

issn 1678-7145  
eissn 2318-4558

# CONFLUÊNCIAS

revista interdisciplinar de sociologia e direito

Vol. 20, N.3  
Dezembro 2018



Programa de  
Pós-Graduação em  
Direito e Sociologia

# CONFLUÊNCIAS

## revista interdisciplinar de sociologia e direito

**VOLUME 20, Nº 3**  
Niterói: Editora PPGSD-UFF, dezembro de  
2018

www.confluencias.uff.br  
Programa de Pós-Graduação em  
Sociologia e Direito – UFF

ISSN 1678-7145 || EISSN 2318-4558

Rua Tiradentes, 17 (Térreo) – Ingá –  
Niterói, - RJ - CEP: 24.210- 510  
(Faculdade de Direito – Campus II)

Telefone: (+55 21) 3674-7477  
E-mail:

### EXPEDIENTE

**Editores:** Napoleão Miranda e Wilson Madeira  
E-mail: [napoleaomiranda@id.uff.br](mailto:napoleaomiranda@id.uff.br)

**Revisão:** Maria Alice Costa  
**Diagramação:** Eduardo Barbuto Bicalho

Todos os direitos reservados. Os artigos publicados são a expressão exclusiva das posições intelectuais de seus respectivos autores e não do conselho editorial ou da revista.

Os artigos publicados poderão ser livremente reproduzidos em qualquer meio, desde que sejam feitas as devidas referências aos autores e à revista.



## CONSELHO EDITORIAL

Adalberto Cardoso (UERJ)  
Baudouin Dupret (CNRS, França)  
Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra (CES/UC), Portugal)  
Carmem Lucia Tavares Felgueiras (UFF)  
Delton Meirelles (UFF)  
Edmundo Daniel dos Santos (*Université d'Ottawa*, Canadá)  
Eliane Junqueira (PUC-RJ)  
Elísio Estanque (Universidade de Coimbra (CES/UC), Portugal)  
Glória Márcia Percinoto (UERJ)  
Henri Acserald (UFRJ)  
Joaquim Leonel de Rezende Alvim (UFF)  
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)  
Luís Antônio Cunha Ribeiro (UFF)  
Marcelo da Costa Pinto Neves (IDP)  
Marcelo Pereira de Mello (UFF)  
Margarida Camargo Lacombe (UFRJ)  
Maria Alice Costa (UFF)  
Maria Geralda de Miranda (UNISUAM)  
Maria Paula Meneses (Centro de Estudos Sociais, CES/UC, Portugal)  
Mónica María B. Rúa (*Universidad de Medellín*, Colômbia)  
Napoleão Miranda (UFF)  
Raul Francisco Magalhães (UFJF)  
Renan Springerde Freitas (UFMG)  
Sam Moyo (*African Institute for Agrarian Studies* – Zimbábue)  
Samuel Rodrigues Barbosa (USP)  
Sophie Olfield (*University of Cape Town*)  
Wilson Madeira Filho (UFF)

## APRESENTAÇÃO

*Estimadas e estimados Leitores e Leitoras,*

A Revista Confluências encerra o ano de 2018, com 10 preciosos artigos. O primeiro artigo intitulado **“A ORIGEM DA IDEIA DO DIREITO: UMA REFLEXÃO DE ÉMILE DURKHEIM A PARTIR DA CRÍTICA À OBRA DE GASTON RICHARD”**, de autoria de Gerardo Clésio Maia Arruda e Bruno Queiroz Oliveira, nos apresenta uma reflexão interdisciplinar entre a Sociologia e o Direito, a partir da ideia da origem direito, no pensamento de Émile Durkheim, engendrando a crítica ao livro *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, de Gaston Richard. O artigo apresenta Durkheim mostrando o esforço de Gaston Richard para justificar a emergência dos elementos constituintes da ideia do direito, na teia de relações sociais construída no cotidiano dos indivíduos. Acaba por criticar a análise de Richard, que em princípio, se assenta na concepção de que o indivíduo, traz em si, a pressuposição do sentimento de justiça.

O segundo artigo **“JURISDIÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E *JUS STANDI* INDIVIDUAL: A EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL”**, de autoria de Tamires de Lima de Oliveira e Tiago Meyer Mendes, analisa duas importantes questões jurídico-filosóficas da contemporaneidade: a realização do ideal de justiça internacional e a emancipação do ser humano, enquanto sujeito de Direito Internacional. Os autores realizam uma inflexão sobre a figura do ser humano acima da soberania estatal e do próprio Estado, reconhecendo o *jus standi* internacional dos indivíduos, enquanto seres

humanos dotados de prerrogativas inatas e cosmopolitas, as quais devem ser defendidas diante de seus próprios direitos.

No terceiro artigo **“GUERRA SANTA”: UN ENFOQUE SOCIOLÓGICO DEL ESTADO ISLÁMICO** a autora Ana Claudia Moreira Miguel Philippini analisa o fenômeno do denominado “Estado Islâmico”, pela perspectiva jurídica e política, questionando se este movimento de insurgência, que tem afetado proporções mundiais, é uma guerra justa ou uma guerra santa.

O quarto artigo de autoria de Lucas Kaiser Costa e Gilsilene Passon Picoretti Francischetto, intitulado **“NEUTRALIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA JURÍDICA: AS DISFUNÇÕES DO PARADIGMA POSITIVISTA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO”**, questiona a pretensão da neutralidade axiológica e científica do Direito, indagando sobre a previsibilidade das interpretações subjetivas jurídicas na aplicação das normas.

O quinto artigo de Bárbara Silva Diniz, intitulado **“MEDIÇÃO DE CONFLITOS COMO PROMOTORA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL – CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA UMA REFLEXÃO”** problematiza a prática de mediação de conflitos ao apresentar diversas abordagens e concepções de pacificação social. A autora traz à luz algumas concepções de paz e de pacificação social que podem ser antagônicas entre si e que, por vezes, podem negar contraditoriamente a própria busca pela paz, na medida em que não há apenas uma concepção de paz.

A autora Natasha Gomes Moreira Abreu, no artigo **“TEORIAS MACROSSOCIOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE”**, analisa abordagens

sobre a criminologia e, traz a reflexão sobre o crime pensado a partir de uma perspectiva macrosociológica, que tem por objeto o estudo do fenômeno delitivo, a partir da análise de multifatores, que conduzem à sociedade para a criminalidade e, não apenas, uma abordagem focada no indivíduo ou em determinadas comunidades.

Destacamos, o sétimo e oitavo artigos, para tratarmos sobre as questões da luta pela garantia de proteção aos direitos das mulheres. As autoras Leila Bijos e Milena Mariano de Nardi, no artigo **“MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA: RELACIONAMENTOS FIDOS”**, analisam a violência perpetrada contra as mulheres, mesmo quando os relacionamentos íntimos terminam. As autoras trazem a polêmica a respeito da limitação da aplicação da lei “Maria da Penha”, na medida em que a letra da lei diz ser proteção de violência doméstica e familiar; excluindo, portanto, relacionamentos fidos que geram violências contra as mulheres e os feminicídios. No artigo intitulado **“MULHER NEGRA ENCARCERADA FACE AO PODER PUNITIVO SUL-MATO-GROSSENSE”**, Luzia Bernardes da Silva e Gustavo de Souza Preussler realizam uma análise dos dados referentes ao aprisionamento feminino no estado do Mato Grosso do Sul, dando primazia às mulheres negras, por serem elas que possuem maior representatividade dentro do sistema prisional do estado. Os autores demonstram que existe, nas políticas criminais, a continuidade da modulação dos dispositivos raciais. Em outras palavras, o Estado tem cada vez mais encarcerado mulheres negras oriundas das comunidades historicamente vulneráveis, desde a escravidão no Brasil.

No artigo **“NOVAS FORMAS DE ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PRÁTICA DOCENTE”**, Carlos Victor Nascimento dos Santos nos

apresenta reflexões sobre o ensino do Direito em salas de aula, inquietando os docentes sobre a necessidade de – didaticamente – compartilharmos com os discentes o estranhamento com o campo do conhecimento jurídico, com a relativização e a desnaturalização de categorias jurídicas, colocadas, majoritariamente, como verdades absolutas.

E finalizamos, esta Edição de 2018, com o artigo **“RELAÇÕES SIMBÓLICAS: ANIMAIS HUMANOS E NÃO-HUMANOS”** das/o autoras/o Luiza Alves Chaves, Wilson Madeira Filho e Alba Simon, que realizam uma reflexão sobre as relações que se dão no campo social no papel ocupado por indivíduos não-humanos, no ordenamento jurídico e na sua *não* obtenção de direitos. São elencadas as principais correntes vinculadas ao direito dos animais, visando identificar como são constituídas as aporias entre animais humanos e não-humanos nas sociedades ocidentais, detalhando os aspectos mais relevantes para uma compreensão expandida da bioética.

Nesta Edição, aproveitamos para desejar, em nome da Revista Confluências e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), **Boas Festas!**

Esperamos que, em 2019, possamos traçar novos objetivos, acreditar em sonhos libertos e democráticos, realizar bons projetos e reinventar caminhos, pois a possibilidade de retrair novos rumos sempre existe, e depende, em grande parte, de cada um de nós.

Uma ótima leitura!

**Napoleão Miranda e**

**Wilson Madeira Filho**

**Editores da Revista Confluências**

## Sumário

### Artigos

1. A ORIGEM DA IDEIA DO DIREITO: UMA REFLEXÃO DE ÉMILE DURKHEIM A PARTIR DA CRÍTICA À OBRA DE GASTON RICHARD - *Gerardo Clésio Maia Arruda e Bruno Queiroz Oliveira*.....6
2. JURISDIÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E *JUS STANDI* INDIVIDUAL: A EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL - *Tamires de Lima de Oliveira e Tiago Meyer Mendes*.....24
3. “GUERRA SANTA”: UN ENFOQUE SOCIOLÓGICO DEL ESTADO ISLÁMICO.....42  
*Ana Claudia Moreira Miguel Philippini*
4. NEUTRALIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA JURÍDICA: AS DISFUNÇÕES DO PARADIGMA POSITIVISTA E SUAS INFLUÊNCIAS NO DIREITO - *Lucas Kaiser Costa e Gilsilene Passon Picoretti Francischetto*.....57
5. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO PROMOTORA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL – CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA UMA REFLEXÃO - *Bárbara Silva Diniz*.....73
6. TEORIAS MACROSSOCIOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE - *Natasha Gomes Moreira Abreu*.....99
7. MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA: RELACIONAMENTOS FENDOS - *Leila Bijos e Milena Mariano de Nardi*.....119
8. MULHER NEGRA ENCARCERADA FACE AO PODER PUNITIVO SUL-MATOGROSSENSE - *Luzia Bernardes da Silva e Gustavo de Souza Preussler*.....143
9. NOVAS FORMAS DE ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PRÁTICA DOCENTE - *Carlos Victor Nascimento dos Santos*.....168
10. RELAÇÕES SIMBÓLICAS: ANIMAIS HUMANOS E NÃO-HUMANOS - *Luiza Alves Chaves, Wilson Madeira Filho e Alba Simon*.....198

# A ORIGEM DA IDEIA DO DIREITO: uma reflexão de Émile Durkheim a partir da crítica à obra de Gaston Richard

**Gerardo Clésio Maia Arruda**

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

E-mail: [clesioarruda@yahoo.com.br](mailto:clesioarruda@yahoo.com.br)

**Bruno Queiroz Oliveira**

Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

E-mail: [brunoroz@bol.com.br](mailto:brunoroz@bol.com.br)

## RESUMO

Neste artigo discute-se a origem da ideia do direito, com base no pensamento de Émile Durkheim, engendrado na crítica ao livro *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, de Gaston Richard. As reflexões de Durkheim, expostas em artigo no ano de 1893, funcionaram como fio condutor das ilações aqui produzidas. Ressaltam-se as críticas de Durkheim que negam e/ou reafirmam as teses basilares presentes nos argumentos de Richard. E, principalmente, explicitam-se os argumentos que sustentam a construção histórica da ideia da arbitragem, da garantia, do delito, da pena e do elemento comum a estas noções constituintes da ideia do direito, ou seja, a solidariedade. Conclui-se que, ao procurar demonstrar que a solidariedade é a essência do direito, o trabalho de Durkheim aqui enfocado apresenta os primeiros ensaios do método empregado pelo sociólogo no campo jurídico.

**Palavras-chave:** Émile Durkheim; Gaston Richard; Direito; Solidariedade.

---

## ABSTRACT

In this article is discussed the origin of laws idea, on given grounds of Emile Durkheim thoughts, begeted on the criticism of the book *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, Gaston Richards. The reflections of Durkheim, exposed on the article in the year of 1893, were as the conduct of ilation here produced. Its projected the criticism of Durkheim that denies or reafirm basilar tesis presente on arguments of Richard E., mostly, make explicit arguments that sustain the historical construction of the arbitrated ideia, of guaranteee, of transgression, of sentence and the common element of this constituting notions by the ideia of law, therefore, solidarity. Consequently concludes, that by looking to demonstrate solidarity the essence of law, the work of Durkheim here enfocade shows the firts essays of the method used by the sociologist in the juridic field.

**Keywords:** Emile Durkheim; Law; Solidarity.

## INTRODUÇÃO

Émile Durkheim<sup>1</sup> escreveu o artigo intitulado *L'origine de l'idée de droit* no ano de 1893, onde refletiu criticamente o pensamento de Gaston Richard<sup>2</sup> que, no ano anterior, publicara o livro *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, à época recepcionado festivamente por coadunar elegância expositiva e inteligência argumentativa. Apesar da distância temporal que nos encontramos deste debate intelectual, o trabalho de Émile Durkheim, um texto de aproximadamente dez páginas, continua sendo uma referência atualizada de como se deve perquirir e submeter a testes de comprovação hipóteses com pretensão de validade científica.

Por isto, para além de um registro histórico de reflexões embrionárias que, posteriormente, contribuíram para erigir sua sociologia jurídica, o artigo de Durkheim aqui focado trata-se também de um modelo exemplar de resenha crítica, que, sem dúvida, se coloca ainda hoje como exemplo metodológico para este tipo de trabalho. Sem desconsiderar esta contribuição do sociólogo para a literatura científica, as questões suscitadas ao longo deste texto foram sistematizadas enquanto possibilidades de se constituir em fonte inspiradora para o delineamento de abordagens que tencionem a apreensão da realidade contemporânea.

Na consecução deste artigo optamos por tracejar um caminho que respeitasse o mais aproximadamente possível os percursos realizados originalmente no artigo de Durkheim, que serviu de fio condutor para a exposição das ideias aqui explicitadas. Neste sentido, procurou-se expor todas as concordâncias do sociólogo concernentes as argumentações de Gaston Richard, salientando inclusive as questões que foram objeto de referências elogiosas. Mas, para que se evitasse o risco de não atender a preocupação que atravessa toda a produção durkheimiana, a saber, o rigor científico na investigação dos fenômenos sociais, e que, como não poderia ser de outra forma, também se encontra presente neste seu breve comentário à obra de um seu contemporâneo, procurou-se cercar do máximo de cuidado na explicitação das negações realizadas às ideias e nos encadeamentos propostos por Gaston Richard. Isto porque, invariavelmente, tais negações se realizam com o objetivo de ir além do desejo de demonstrar sua nulidade, na medida mesma em que se tenciona a superação dialética de uma tese que originalmente, dado a forma de sua apresentação ou mesmo pela insuficiência de fatos que sejam mais significantes para sua validação, parecem não se sustentar como hipótese demonstrativa da realidade.

Com efeito, o artigo *L'origine de l'idée de droit*, publicado em 1893, foi produzido num espaço e num contexto socioeconômico e cultural específico e longínquo, considerando os dias atuais. Isto pode suscitar ponderações quanto a insignificância deste trabalho como arcabouço

válido para nos auxiliar na tentativa de compreender problemas contemporâneos. Mas, ante a tais especulações, exponho a reflexão de Darbo-Peschanski (1992) que, ao discutir as relações entre ética e política, considerando a realidade mundial e, colateralmente, a brasileira às vésperas do século XXI, se apoiou no pensamento dos gregos antigos objetivando localizar nas diferenças elementos capazes de contribuir para o esclarecimento, por intermédio de estruturas de análises, do objeto pesquisado. E levanta a hipótese de que, quando nos referimos a uma nova ordem jurídica internacional ou às causas humanitárias que requerem o direito de ingerência, faz sentido observar os historiadores da Antiguidade, uma vez que, guardadas suas particularidades, tencionaram pensar a ordem e a justiça do mundo, delineando assim um modelo de apreensão da lógica e da complexidade da realidade.

Não é demais lembrar que o conjunto da obra de Emile Durkheim foi produzida num período histórico mundial de incertezas. Em particular, na França, do último quartel do século XIX, assistiu-se a transformações significativas nos campos da economia, da política e da cultura. Rodrigues (1990) sumariza este conturbado contexto referenciando a proclamação da III República francesa a 4 de setembro de 1871, a votação da Constituição de 1875 e a eleição de Mac-Mahon, primeiro presidente sob sua égide; na dimensão cultural, a instituição do divórcio, após acirrados debates que se estenderam de 1882 a 1884, a implantação do sistema educacional laico e obrigatório em 1882; no aspecto político-econômico, o acirramento das lutas entre os interesses dos trabalhadores e empregadores; e, apesar de se vivenciar um quadro econômico de dificuldades, devido às dívidas de guerras, indica a existência de uma ambiência na França deste período que, contraditoriamente, exalava uma esperança que apontava para uma marcha da humanidade rumo a um avanço na direção de um futuro promissor, pois estava-se às vésperas de vigorosas inovações tecnológicas, principalmente a difusão do aço, da energia elétrica e do início do petróleo como fonte de energia e de insumos industriais.

Iniciava-se a Segunda Revolução Industrial, que trouxe para a circulação e o consumo um amplo conjunto de novas mercadorias, dos automóveis aos aviões, passando por toda gama de eletrodomésticos, assim inaugurando cadeias produtivas e provocando transformações substantivas nos hábitos e nos costumes. Estes marcos sociais de caráter múltiplos e que abarcam um espectro sócio-cultural-político-econômico geraram um ambiente denominado de “vazio moral da III República”. Destarte, não é exagero afirmar que a sociologia de Emile Durkheim, fortemente influenciada pelos fenômenos de sua época, configuradores de uma mentalidade coletiva que associava angústia e esperança, justamente por isto, trata-se de uma referência obrigatória na discussão que objetiva compreender os fenômenos sociais em períodos marcados pela incerteza.

## 1. OS QUATRO ELEMENTOS FUNDANTES DA IDEIA DO DIREITO

Ao refletir acerca dos elementos constitutivos do direito, com base na crítica ao livro de Gaston Richard, publicado em 1892 e intitulado *Essai sur l'origine de l'idée de droit*, Émile Durkheim localiza, nesta obra, a existência de um esforço intelectual que procura delinear uma argumentação lógica contra o prejudgamento e, por decorrência, uma tentativa de contribuir com a filosofia do direito via abertura de uma nova frente para explicar o direito como dever. O livro se apresenta como uma novidade à época, segundo Durkheim, porque se posiciona frontalmente contrário, simultaneamente, tanto a doutrina dos utilitaristas quanto a doutrina dos metafísicos. Ambos são igualmente identificados como incapazes de explicar o direito como dever, uma vez que se assemelham no entendimento acerca do individualismo. Pois, se de um lado, o interesse pessoal é o fim único objetivado na dogmática utilitarista, premissa idêntica à adotada no individualismo; de outro lado, a moral para o metafísico se constitui numa apoteose da personalidade individual.

Durkheim chama a atenção para a possibilidade de críticas quanto a esta última observação, pois algumas doutrinas metafísicas, como o hegelianismo, vai numa direção radicalmente contrária. Para Hegel (1997), sempre que se objetive estudar qualquer forma de regulação social, o ponto de partida jamais poderá ser o indivíduo considerado isoladamente. Mostra-se deveras atual a ideia de que a sociedade constitui um aglomerado involuntário de indivíduos que convivem em reciprocidade em razão de uma necessidade não planejada. Ou seja, de acordo com Hegel (1997, p. 169), “o indivíduo somente existe em sua relação mitológica com o outro, ao passo que a lógica individualista se fundamenta numa identidade apartada e isolada sobre si mesma.

Emile Durkheim ressalta, ainda, o kantismo como parcialmente em oposição ao individualismo, uma vez que dá relevância ao princípio que submete o indivíduo a uma lei da qual ele não foi protagonista, de sorte que o indivíduo se queda à imperiosidade de uma regra que se lhe impõe de forma impessoal; porém, deve ser observado que esta impessoalidade pode ser reduzida ao indivíduo abstraído e idealizado.

A adequação do indivíduo a uma regra que se impõe imperiosamente induz à conclusão de que a *dogmática do egoísmo*, seja concernente aos utilitaristas ou aos metafísicos, distingue todo comportamento orientado por convenções à condição de dever, ao considerá-lo incondicionalmente como sendo uma doação, um sacrifício ou uma resignação. Isto leva Emile Durkheim a sentenciar que o pensamento de Gaston Richard induz à compreensão de que o direito não se funda no individualismo, porque a prática jurídica não pode se reduzir à compaixão.

Durkheim assevera que o equívoco individualista se assenta no fato de que empiristas e aprioristas investigam a ideia do direito em abstrato, de tal maneira que ele se apresenta como se fosse instituído independente das condições reais de desenvolvimento. A sua crítica se fundamenta na inobservância de que se trata de uma decorrência da vida em sociedade a necessidade da determinação do que *o indivíduo pode exigir de outro ou de todos e que todos podem exigir do indivíduo*, ou seja, as relações jurídicas engendram-se na teia de relações sociais travadas no cotidiano, como necessidades intrínsecas.

O sentido empregado por Horkheimer e Adorno (1973, p. 25) para o termo sociedade reforça o entendimento aí explicitado, uma vez que, para os teóricos da Escola de Frankfurt, a sociedade se trata de uma teia tecida no entrelaçamento das relações de todos os homens, em que se criam relações de dependências de uns em relação aos outros, sem que ninguém escape desta armadilha; além do que a subsistência da coletividade depende completamente da “unidade das funções assumidas pelos coparticipantes, a cada um dos quais se atribui, em princípio, uma tarefa funcional; em que todos os indivíduos, por seu turno, estão condicionados, em grande parte, pela sua participação no contexto geral”. Vê-se, neste conceito, a sociedade como sendo apreendida nas relações obrigatórias que se dão entre os seus componentes e nas regras que as sustentam, ao funcionar como parâmetro para as ações de seus membros e emprestando regularidade às relações de cada um com todos e de todos com cada um.

Este entendimento, também presente no pensamento de Durkheim, leva o sociólogo a asseverar que a filosofia do direito deve buscar sempre uma aproximação com a sociologia. E desvela o objeto da obra de Gaston Richard como sendo a identificação das influências sociais que suscitaram a ideia do direito e impulsionaram sua evolução histórica. Para Durkheim, uma abordagem com este viés se trata de uma proposição científica de grande envergadura, pois a noção do direito é um fenômeno que se compõe a partir de elementos que devem ser analisados em suas particularidades. E assim procede Gaston Richard, e Durkheim segue-o observando criticamente.

A arbitragem é o primeiro elemento a ser explicitado, dado o entendimento de Gaston Richard de que as sentenças arbitrais são derivadas dos costumes codificados; por isto a anterioridade do seu surgimento ante os demais elementos constituintes da ideia do direito e a aceitação de que sua instituição tenha ocorrido em concomitância à vida social.<sup>3</sup> Durkheim interpreta que Gaston Richard pressupõe como sendo derivado desta relação intrínseca indivíduo-sociedade-indivíduo, que origina uma mutualidade em suas determinações que torna incapaz o discernimento entre o fator estruturante e o estruturado, a existência de dois estados de consciência no indivíduo que se encontram em potencial e prontas a se transmudarem em ideais claras e

objetivas. Sendo uma destas consciências a concepção dos fins sociais, entendida como a compreensão quanto a necessária proteção coletiva contra toda e qualquer causa de destruição. Esta concepção sustenta a máxima que defende ser a sociedade uma entidade que tem como fim primordial a manutenção da própria existência, de tal maneira que ela se volta contra homens e coisas que se coloquem como ameaça. E a segunda consciência que repousa nos indivíduos é a crença na existência de uma luta permanente dos membros da coletividade, que se engendra na busca contínua de cada um para atender seus desejos. Arruda e Teixeira (2015), ao interpretarem o pensamento de Thomas Hobbes a respeito do elemento gerador da felicidade, asseveram que o homem tem o desejo sempre voltado para algo, num movimento sem fim. Outrossim, com base nesta afirmação, apontam que Thomas Hobbes conclui que há no homem uma tendência infinita para a aquisição das coisas que ele pensa como sendo bom. Para Russel (1969, p. 73), “a felicidade implica progresso contínuo; consiste em prosperar, não em ter prosperado; não existe a felicidade estática”.

Ao explicitar estas duas consciências, Émile Durkheim salienta o caráter contraditório de suas tendências. Isto ocorre porque a primeira consciência atua no sentido de garantir a preservação da unidade de todos e de objetivos comuns, o seu exercício age como freios que funcionam para a contenção de práticas percebidas como nocivas à integridade do grupo. Já a segunda consciência pode ser vista como um sentimento que enxerga o indivíduo como sendo naturalmente voltada para o desenvolvimento de esforços que lhe proporcione condições de alcançar os objetos intuídos como proporcionadores de prazer. Vê-se, então, que a tendência presente na primeira consciência tem o potencial de conter a tendência presente na segunda consciência por intermédio da repressão aos seus excessos.

Portanto, encontra-se no cerne desta contradição a produção de mecanismos de controles dos conflitos, que os impede de se generalizarem e ocasionarem guerras abertas. A violência sempre esteve presente nos fenômenos sociais. Vale ressaltar que Maffesoli (1987), diante da constatação deste fenômeno como sendo algo permanente na trajetória civilizacional, propugna que, antes de se formular estratégias de combatê-la, é interessante analisar a maneira de negociar com ela.

Eis aí onde se estruturam os constrangimentos que impulsionam os indivíduos a submeter seus litígios ao arbítrio de outrem. É também neste processo que nasce as formas de constrangimento sobre aquele que arbitra, que se vê obrigado a intervir pressionado pelo sentimento da coletividade. Em suma, a arbitragem resulta de forma direta e imediata das interações sociais, fazendo crer que mesmo sociedades muito rudimentares produzem as condições necessárias para o seu engendramento.

A existência da arbitragem não é suficiente para dizer-se da concretização da ideia do direito, para tanto faz-se necessária a garantia desta arbitragem à vítima. Noutras termos, é preciso que a vítima possa recorrer à arbitragem sempre que ela se fizer necessária, de sorte que o culpado esteja impedido de obstar-lhe essa possibilidade. A arbitragem e a sua garantia para a vítima tratam-se de coisas diferentes, que nem sempre estiveram hermeticamente imbricadas. Émile Durkheim discorre que Richard Gaston demonstra que no processo civilizatório encontram-se fases vividas pelas sociedades primitivas em que os julgamentos não possuíam força executória, como também se registram fases em que mesmo as partes não estavam obrigadas a submeter seus litígios a outrem. Daí se deriva a ideia da garantia como um novo elemento surgido na trajetória civilizacional.

Para perscrutar seus elementos fundantes, Émile Durkheim indica que Gaston Richard levanta a seguinte questão: qual o fator determinante para que os homens organizassem esta garantia? Para Durkheim, esta inquirição do autor que ele analisa se erige nas mesmas razões que motivam as especulações da filosofia experimental do direito. Isto porque os filósofos engajados nesta escola creem que somente um aparelho de coerção exterior ao indivíduo e resultado de uma convenção poderia engendrar este tipo de garantia. Tal aparelho seria originado no cálculo interessado que levou a humanidade a optar pelos malefícios da obediência e da disciplina aos malefícios de maior magnitude gerados por estado permanente de guerra.

Entretanto, Émile Durkheim se contrapõe a essa tese e assevera que não é verdade que o homem seja um ser utilitário e que o cálculo tenha sido o artesão da história. Justamente por isto não concorda com a ideia de que a anarquia tenha sido para o homem o objeto de horror como supôs Hobbes (1989); uma vez que se prevalecesse a hipótese do autor de *Leviatã*, acredita Durkheim que jamais teríamos colocado em marcha o desenvolvimento civilizacional. Propõe que, para se identificar a causalidade dos fatores determinantes da defesa da garantia de todos à arbitragem, faz-se necessário empreender um exercício de lógica contrário ao proposto por Hobbes. Ou seja, são nas disposições simpáticas e altruístas e não nos sentimentos interessados que devemos investigar a solução do problema. Numa palavra, o que faz com que a sociedade obrigue o acusado a se submeter a arbitragem e a não obstar a garantia da vítima a mesma é que todos se sentem solidários a este último.

É a forte disposição presente em cada indivíduo que o leva a desenvolver o sentimento de simpatia em relação aos demais membros de sua coletividade, como também lhe direciona para não aceitar passivamente que um dos seus seja vítima da ação de um outro e não tenha o prejuízo ressarcido. Isto se deve ao fato de que todos têm a consciência de que o mal que aflige um membro da sociedade não pode generalizar-se, porque colocaria todos na condição de vítima em potencial.

Em suma, a sociedade assume naturalmente uma causa que não é sua. É nesta premissa que Émile Durkheim sustenta sua oposição a Thomas Hobbes e afirma que a existência e a permanência da coletividade demanda, para além da sua organização na forma de Estado, que os indivíduos que a compõe se sintam solidários na luta pela existência.

Como observa Blais (2008), “a comunidade, com sua tradição e sua consciência coletiva, preexiste à sociedade jurídica e política, mas é o estado que garante a cooperação e a justiça nos contratos, ou seja, aos olhos de Durkheim, a verdadeira solidariedade. Com efeito, o sociólogo francês defende que se encontra justamente neste sentimento totalmente interior a causa asseguradora da *garantia*, contrariamente ao que defendem os utilitários, que delimitam como sendo sua fonte um constrangimento externo e artificial. Porém, salienta que a constituição do Estado, embora não seja sua causa originária, sem dúvida proporciona regularidade ao exercício desta garantia, que está enraizada na consciência da coletividade.

A concepção da ideia da arbitragem e da garantia pressupõe a existência da ideia do delito, dado que a garantia se trata de uma proteção e possui como condição *sine qua non* a possibilidade da ameaça e/ou da agressão. Têm-se, assim, que a ideia do delito se constitui noutro elemento instituidor da ideia do direito, sendo assim uma ideia que lhe antecede. Esta sentença traz perturbação ao entendimento do senso comum que compreende o delito como uma ação que viola o direito, pois o direito é apreendido como antecedente a ação delituosa. Émile Durkheim chama a atenção para a fórmula apresentada por Gaston Richard que diz que este último entendimento subverte a ordem real dos fatos. Isto porque defende que em sendo a representação do direito construída anteriormente ao delito, estar-se-ia pressupondo as ações caritativas e a simpatia de uns em relação aos outros como uma energia que transitaria sem obstáculos e destituído da interferência de sentimentos contrários. Desta forma, não haveria necessidade de se instituir a garantia e, por decorrência, o direito não se originaria. Na estrutura do pensamento elaborado por Richard Gaston faz-se necessária a existência da sociabilidade para a concepção da ideia do direito, mas é precisa uma sociabilidade em que o desordenamento esteja presente de forma parcial e intermitente; ou seja, se predominasse exclusivamente uma sociabilidade que de maneira permanente e em sua totalidade se localizasse a desordenação, estar-se-ia diante de um estado de guerra, por outro lado, se esta sociabilidade estivesse completamente destituída de conflitos, seria uma entidade perfeita, portanto, em uma extremidade ou na outra não estariam dadas as condições necessárias ao surgimento da ideia do direito.

Destas últimas ponderações, levanta-se outra questão, a saber: se a noção do direito depende da noção do delito, onde se origina esta última e onde alicerça seus pressupostos? Émile Durkheim

aponta que Richard Gaston discorda da tese que idealiza o delito como sendo uma representação elaborada a partir do legislador<sup>4</sup>, bem como rejeita o pensamento que enxerga o delito como um ato exclusivamente nocivo. Ele o compreende como uma coisa natural e que tem suas condições instituídas na sociabilidade, que, justamente por isto, não pode ser algo que se faz a partir da mudança da compreensão dos homens de Estado quanto aos comportamentos que devam ou não ser criminalizados. Daí a sua formulação da máxima de que o que constitui o delito são as manifestações destituídas de disposições altruístas.

Émile Durkheim explica que Gaston Richard compreende por disposições altruístas não somente a probidade e a justiça, mas também a piedade filial, o sentimento nacional, o pudor, o sentimento de honra, etc. O que leva Durkheim a avaliar que sua definição é bem mais abrangente do que a de criminologistas influentes de sua época, como a do italiano Garófalo<sup>5</sup>, uma vez que o seu conceito alargado de delito permite vinculá-lo às condições fundamentais da vida social. Com efeito, não é o legislador que substancia o ódio coletivo no egoísmo nocivo, ou seja, ao tipo que confronta e atenta contra o objetivo essencial da sociedade; pois, para a emergência deste sentimento, é preciso que haja uma sociedade coerente e consciente de sua unidade. Enfim, é no altruísmo que se fundamenta a ideia do delito; salientando que se nos povos inferiores ainda aparece de forma obscura é porque o altruísmo entre estes ainda não chegou ao nível de desenvolvimento observado nas sociedades civilizadas.

Até este ponto da crítica de Émile Durkheim à obra de Gaston Richard, vê-se formar, com base num encadeamento sequencial dos seus elementos constituintes, a ideia do direito. Partiu-se da compreensão de que os regramentos dos conflitos se originam no seio da sociabilidade, portanto, que a arbitragem e a sua garantia são consequências das relações sociais que dão consistência ao tecido social que se desenvolve tendo como fim último a proteção de cada um dos seus membros. A perquirição realizada para identificar e dissecar os fundamentos nos quais, segundo Durkheim, Gaston Richard se apoia para elaborar sua definição do delito, nos mostrou qual a fórmula que a sociedade se guia para a elaboração das estratégias de solução dos conflitos. Numa palavra, a sociedade combate o egoísmo, repele a insociabilidade. Em busca de se aproximar o mais fielmente possível da noção de direito, Durkheim explicita que Gaston Richard se propõe identificar quais são os meios utilizados no combate ao egoísmo nocivo.

Para alcançar seu fim último, a proteção de seus membros contra ameaças, a sociedade utiliza dois procedimentos. Diante de uma ação danosa, a sociedade obriga o culpado a reparar o dano causado, podendo ainda em certos casos aplicar uma pena. Gaston Richard caminha em sua reflexão, de acordo com a crítica de Durkheim, para uma fórmula que conduz os dois

procedimentos para uma unidade. Para ele, estamos diante de duas formas diferentes da ideia de dívida. Nestes termos, enxerga tanto a repressão penal quanto a repressão civil como sendo derivadas do costume da submissão, que se trata do elemento fundante da repressão. Desta perspectiva, a submissão é percebida como uma compensação da injustiça causada pelo crime; assim sendo, o crime se trasmuda em dívida contraída pelo criminoso.

A marcha civilizatória alargou o espaço para a obrigação do culpado funcionar como reparação ao mal causado pelo criminoso em substituição ao costume da submissão. A mesma compreensão se aplica às obrigações surgidas das relações contratuais. Acerca desta proposição, Durkheim (2017, p. 7) salienta a seguinte afirmação de Gaston Richard: “Numa passagem interessante, o autor mostra que o direito contratual, bem longe de ter sido o fato primordial da vida jurídica, como o dizem certos teóricos, é, ao contrário, um simples prolongamento do direito criminal”. Portanto, com base nesta perspectiva analítica, não seria exagero afirmar que o direito criminal se trata do germe originador do direito em sua integralidade.

Derivado do mesmo nexos causal que o leva a identificar a origem da repressão penal e da repressão civil no costume da submissão e, na sequência, na ideia da dívida, Gaston Richard, como expõe Durkheim, traz a pena também para o estatuto de uma dívida contraída. A pena corresponderia, assim, a uma dívida de seguridade contraída pela sociedade em relação aos seus membros. O autor explicita sua tese ao defender que, de um lado, o crime suscita e arrasta contra o criminoso o ressentimento de toda a comunidade e, simultaneamente, erige-se neste processo uma necessidade de vingança. A vingança coletiva, da mesma forma que a vingança privada, coloca em xeque a ideia de garantia, trata-se, então, de uma perturbação da ordem. Justamente por isto, a sociedade vê-se obrigada a garantir o criminoso contra a própria cólera. Por outro lado, a sociedade é também obrigada a se proteger contra ameaças e agressões a seus membros, evitando que se generalizem. Nesta dicotomia em que a sociedade se obriga a estabelecer garantia para aqueles que são objeto de sua vingança, ao mesmo tempo em que é obrigada a garantir sua estabilidade e permanência de sua unidade, produz-se a pena. Como sintetiza Gaston Richard, vê-se aí as duas formas engendradas a partir da submissão: uma é substituto da vingança privada; outra, da vingança pública.

## **2. A SOLIDARIEDADE ENQUANTO CONDIÇÃO PRIMEIRA DA IDEIA DO DIREITO**

A noção da arbitragem, da garantia, do delito e da pena constituem os quatro elementos que juntos dão consistência à noção do direito. Vê-se que esta noção que muitas vezes aparece no senso comum como algo simples, dado a sua aparência de unidade e indivisibilidade, na verdade, trata-se

de um fenômeno extremamente complexo. O que promove esta visão equivocada é um processo psicológico que provoca o desaparecimento nas consciências dos indivíduos das partes que, quando agrupadas, dão forma à noção de direito.

Para Durkheim, Gaston Richard, ao se esforçar para explicar este processo psicológico que atua de forma a fazer desaparecer as partes constituintes do direito, traz à tona o fato de que na base de cada uma das partes formadoras do direito encontra-se um elemento comum, ou seja, todos os quatro elementos derivam da mesma fonte: a solidariedade social. Uma vez que é precisamente a solidariedade social que induz os litigantes a submeterem suas querelas a um árbitro. Assim como, trata-se também do fator que gera o sentimento de partilha com a causa e a dor da vítima. E, ao se investigar o crime no concernente a sua essência, vê-se que não é outra coisa que um atentado contra a solidariedade. Por fim, mas de extrema significância, a investigação acerca da origem da ideia da pena e da reparação civil remete à compreensão de que ambos são instrumentos completamente direcionados para a proteção contra as vinganças individuais e coletivas. Neste sentido, pode-se afirmar que a solidariedade se trata da essencialidade do direito.

Neste ponto de sua crítica, Émile Durkheim realiza uma inflexão na sua exposição; em primeiro lugar, salienta os aspectos positivos no método adotada por Gaston Richard, chamando a atenção para o seu espírito de observação, para o refinamento de sua análise quando do detalhamento de cada aspecto de seus argumentos, enxerga no autor uma engenhosidade dialética que lhe possibilita o enfrentamento e o desvendamento de questões complexas, mas principalmente elogia sua capacidade lógica de promover encadeamentos de fatos relevantes para desvelar o objeto estudado, tudo isto realizado num estilo literário muito elegante. O estilo da exposição e o rigor da argumentação observados no autor possibilitam de maneira clara e precisa concluir que a solidariedade é a alma do direito. Esta assertiva propugnada por Gaston Richard é plenamente aceitável, entretanto, como crítico arguto, Durkheim desenvolve reflexões em que salienta algumas questões passíveis de críticas, bem como de forma sucinta estende e aprofunda alguns argumentos presentes na obra do autor por ele analisado.

O direito e as violações do direito, para Émile Durkheim, constituem duas ordens de fatos concomitantes e contemporâneos, justamente por isto, torna-se impossível a hipótese de que existe procedência de um sobre o outro. Portanto, não é possível argumentar uma anterioridade de encadeamento em que a existência de um se desse condicionada à existência primeira de outro. Apesar deste questionamento, Durkheim considera tal procedimento metodológico irrelevante, pois assente que esta busca pela precisão cronológica da emergência de fenômenos sociais não é fundamental para a reflexão sociológica. Isto porque o que importa mesmo para a sociologia é

precisar quais são as relações que levam os fenômenos a se projetarem uns sobre os outros. É supérfluo, enfatiza Durkheim, o esforço para apresentar os conceitos logicamente enfileirados.

Émile Durkheim coloca para si uma questão que pensa ser mais importante: a racionalização de Gaston Richard é rigorosa? Isto o leva a inquirir sobre a validade do que ele considera basilar na obra de Richard, ou seja, coloca sob suspeição a afirmação de que existe mesmo uma compaixão que define as regras imperativas de comportamento; e, derivado deste primeiro questionamento, traz um segundo, a saber, o de que estas regras seriam jurídicas. Durkheim observa que da perspectiva dialética trata-se de algo que afeta a concepção geral da obra. Mas, por outro lado, lembra que Richard, como se refere já no título de sua obra, procura explicitar a gênese da ideia do direito e não do direito propriamente dito. Entretanto, Durkheim chama a atenção para o fato de que Richard parece fazer uma análise onde considera o direito como um conjunto de coisas, de realidades dadas, e, desta forma, deveria pesquisar as regras apoiado no método das ciências naturais; porém, ao invés disto, o seu procedimento se dá como um sistema de conceitos ligados logicamente entre eles e colocados sob a dependência de um conceito supremo que origina todos os demais.

Em suma, esta é a fórmula empregada por Gaston Richard para enfrentar o problema a que se propõe, que fica explícita quando se constata que o autor expõe como a ideia da dívida estava implicada na ideia do delito, que, por sua vez, estava vinculada à ideia da garantia, estando esta última, sustentada na ideia da arbitragem, que, por fim, se assenta na ideia da solidariedade. Observa Émile Durkheim que Gaston Richard não admite em sua análise que algumas destas noções, como também aquelas que as envolve, nos sejam dadas como coisas. Elas são apresentadas como sendo resultado de uma construção progressiva, portanto, uma vez que existam, no transcurso de seus desenvolvimentos engendrariam o direito.

Durkheim obsta que o direito é, na verdade, resultado de diferentes condições de experiências, entretanto, a fórmula adotada por Gaston Richard em nada nos autoriza a crer que tenha ocorrido desta maneira. Ora, para que se possa postular a existência da ideia do direito, faz-se necessário que o direito exista. Neste sentido, o que existe na realidade são os direitos, ou seja, uma multiplicidade indeterminada de regras jurídicas. E é preciso ainda considerar que cada uma dessas regras está assentada em causas particulares e se tratam de respostas a fins específicos.

As regras nascem de causas fortuitas e de uma maneira plenamente inconsciente. Os homens, em suas atividades coletivas, dão formas a regras de ações, sem que tenham consciência das necessidades sociais as quais elas correspondem. Com base neste pensamento, Durkheim acredita que cada povo, em épocas determinadas, têm uma certa ideia do direito e de como ele atua sobre a humanidade. Não há dúvida, segundo Durkheim, de que está ideia tenha uma origem, mas

que se trata de algo que pode ser apreendido sem a necessidade do desprendimento de esforços magnânimos.

Para Durkheim, a ideia do direito emerge diretamente das regras que funcionam a olhos vistos. Numa sentença, a ideia do direito resulta do direito já existente, reflete uma estrutura que foi elaborada e funciona no cotidiano dos indivíduos. Como sintetiza Durkheim (2017, p. 9): “Nossa ideia de mundo não passa de um reflexo do mundo onde nós vivemos. Ela exprime a essência das coisas que ela representa”. É esta essência que deve ser pesquisada. Visto desta forma, pode-se dizer que há entre todas as espécies jurídicas caracteres comuns, que são suas essências erigidas a partir da vida coletiva. Portanto, a noção do direito não pode ser o germe de onde se originou o direito.

Ao finalizar sua crítica, Durkheim sugere que a reflexão acerca da ideia do direito seja realizada com base na rejeição do hábito arraigado de se distinguir a noção de justiça como direito da compaixão, entendimento este que vislumbra a justiça como base elementar da moral, sendo seu coroamento realizado pelo direito da compaixão. Para Durkheim, a análise de Gaston Richard redireciona esta ordem e demonstra ser a compaixão o fundamento do direito. Embora trace uma trajetória correta, as razões que são por ele apresentadas não são suficientemente convincentes. Uma vez que acredita ser a compaixão a alma do direito, e que nasce do sentimento do conjunto dos membros da coletividade contra a guerra injusta, contra os ataques e ameaças aos direitos reconhecidos.

A solidariedade percebida em sua formação a partir desta lógica pressupõe a existência *a priori* de uma justiça, que a sua natureza teria sido preliminarmente determinada. Diante desta proposição, Durkheim levanta o seguinte questionamento: esta determinação fez-se então independentemente de todo sentimento de solidariedade, e esta interveria somente para assegurar a defesa dos direitos, uma vez estabelecidos? Em resposta, pondera que, em sendo esta sentença verdadeira, poder-se-ia afirmar que a antiga teoria seria verdadeira em grande parte e satisfaria o fato mais essencial.

Émile Durkheim, após estas considerações, arremata afirmando que os direitos de cada um são definidos graça às concessões e aos sacrifícios mútuos; pois o que é acordado para uns é necessariamente abandonado por outros. O direito que eu reconheço a outrem de guardar os frutos de seu trabalho implica que eu reconheça a faculdade de me apoderar. O direito resulta então de uma limitação mútua de nossos poderes naturais, limitação que se faz no espírito de compreensão e de harmonia.

## CONCLUSÃO

O trabalho de Émile Durkheim, que nos serviu de base para as reflexões realizadas ao longo deste artigo, aparece nos dias de hoje como uma fonte inspiradora para a realização de resenhas de obras relevantes. A veracidade desta informação encontra legitimidade quando se observa que, em um trabalho extremamente sucinto, o sociólogo explicita de forma objetiva as ideias norteadoras, ao mesmo tempo em que procede uma investigação dos argumentos que lhes dão sustentação, e sempre sem perder de vista o método empregado pelo autor analisado. Por outro lado, reflete deste a forma expositiva até o encadeamento dos fatos adotados para justificar as assertivas e as hipóteses realizadas, em busca de salientar as inovações agregadas ao estado da arte, mas sem deixar de apontar pontos obscuros e argumentos que demandam aprofundamentos. Demonstra, ao afirmar e negar partes das teses expostas, e, principalmente, porque este procedimento amplia o debate sobre o tema e abre fissuras a serem exploradas, que o fazer científico se trata essencialmente de uma construção social.

Ao percorrer o caminho adotado pelo autor analisado para a estruturação de seus argumentos, Durkheim produziu uma reflexão em que chama a atenção seguindo o pensamento do autor na demonstração da construção das noções da arbitragem, da garantia, do delito e da pena, como estes quatro elementos vão se encadeando e originando a noção do direito. Salienta, Émile Durkheim, o fato de Gaston Richard apontar na base destas noções a solidariedade como germe de onde todas as outras se erigem; mas o autor concebe a justiça como uma ideia já presente nos indivíduos, portanto, que a solidariedade intercede para preservá-la de ameaças. Neste sentido, apresenta uma fórmula em que a ideia de justiça antecede as coisas concretas que lhe dá sustentação; diante disso Durkheim é peremptório, tal entendimento nos induz a pensar que a ideia do direito teria produzido o direito, que, então, seria algo descolado da solidariedade.

De um lado, Emile Durkheim salienta o esforço de Gaston Richard que busca justificar a emergência dos elementos constituintes da ideia do direito na teia de relações sociais construída no cotidiano dos indivíduos que interagem uns com os outros na busca de garantir suas sobrevivências; mas, de outro lado, critica a análise de Richard que em princípio se assenta na concepção de que o indivíduo traz em si a pressuposição do sentimento de justiça. Ora, para o pensamento durkheimiano aparece aí uma inversão que deriva a formulação da ideia de concepções abstratas e não do mundo concreto, das coisas existentes no mundo vivido.

Enfim, para Durkheim, o direito resulta de múltiplas situações concretas existentes na vida cotidiana; assim, o direito emerge no cerne das relações de uns membros da sociedade com os

outros, e que daí se codifica tornando-se uma representação. Vê-se aí, nesta contraposição ao pensamento de Gaston Richard, toda a radicalidade de Durkheim na defesa da vida social como o lugar, por excelência, da estruturação das formas de pensar, de sentir e de agir, enfim, de todas as ideias e de suas significações.

Não é demais lembrar que o ano em que Émile Durkheim publicou, na forma de artigo, sua crítica ao livro de Gaston Richard, coincidiu com a publicação, em 1893, de sua obra seminal *A divisão social do trabalho*<sup>6</sup>. Vê-se, então, que o pensamento de Durkheim exposto no seu artigo traz ao conhecimento público, *en passant*, traços de pensamentos estruturadores de sua sociologia jurídica, que aparece de forma mais acabada no livro *Lições de sociologia*<sup>7</sup>, publicado no ano de 1950, que retratam aulas ministradas entre os anos de 1890 a 1900, registradas em manuscritos intitulados *Física dos costumes e do direito*. Portanto, para além de um registro histórico, o artigo de Émile Durkheim que foi aqui discutido se trata, principalmente, de uma fonte de apreensão de seu método adotado no campo jurídico.

## REFERÊNCIAS:

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia e TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves. **Origem e controle da violência: uma discussão a partir dos pensamentos de Thomas Hobbes e Sigmund Freud**. In: BASSO, Ana Paula; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e RAMOS, Marcelo Maciel. **Sociologia, antropologia e cultura jurídica**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BLAIS, Marie-Claude. **La solidarité**. Le Télémaque, vol. 33, No. 1, 2008, pp. 9-24.

BUSTO RAMÍRES, Juan. **Manual de derecho penal español** - Parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; e RAMOS, Marcelo Maciel. **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. Florianópolis: CONPEDI (Revista Eletrônica), 2015. pp. 347-372.

DARBO-PESCHANSKI, Catherine. Humanidade e justiça na historiografia grega, V-I a. C. In: NOVAES, Aduato. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

DURKHEIM, Émile. **L'origine de l'idée de droit**.

[www.uqac.quebec.ca/zone30/classiques\\_des\\_sciences\\_sociales/index.html](http://www.uqac.quebec.ca/zone30/classiques_des_sciences_sociales/index.html). Acesso em: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. **Lições de sociologia**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Da divisão social do trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1989.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Cultrix, 1973.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso** - Edição histórica. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

MAFFESOLI, Michel. **Dinâmica da violência**. Trad. de Cristina França. São Paulo: Vértice, 1987.

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, José Albertino. A sociologia de Durkheim (Introdução). In. RODRIGUES, José Albertino (Organizador). **Emile Durkheim**. São Paulo: Editora Ática, 1990.

RUSSEL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. (Tradução de Breno Silveira). 3ª Edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

SILVEIRA, Renato de Jorge Mello. **Direito penal supra individual: Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.

---

## NOTAS:

<sup>1</sup> Émile Durkheim nasceu na França em 1858 e faleceu em 1917. Diretamente influenciado pelo [positivismo](#) de [Auguste Comte](#), dedicou sua trajetória intelectual na construção de uma ciência que possibilitasse o entendimento dos comportamentos coletivos. Sua grande preocupação era explicar os elementos capazes de manter coesa a nova sociedade que ia se configurando após a [Revolução Industrial](#). Metodologicamente adotou o funcionalismo em seus trabalhos, sendo considerado por alguns o fundador da sociologia acadêmica, publicou obras que são referências teóricas-empíricas para o conhecimento sociológico, antropológico e para a psicologia social.

<sup>2</sup> Gaston Richard fez doutorado em letras e filosofia, em Paris, tendo defendido as teses *Essai sur l'origine de l'idée de droit* e *Le mécanisme psychologique par Descartes*. Foi nomeado professor de filosofia no Liceu de Harvre e, posteriormente, para a cadeira de sociologia na Universidade de Bourdeaux. Destacou-se por suas publicações na revista [L'Année sociologique](#), que obtiveram larga repercussão no meio acadêmico francês na primeira década do século XX.

<sup>3</sup> A arbitragem como sendo resultado de uma necessidade erigida nos costumes é uma tese que encontra respaldo na discussão que a antropologia cultural realiza quanto a relação entre política e cultura. Mas, para tanto, faz-se necessário entender a cultura, como sendo algo bem mais profundo do que um conjunto coletivamente elaborado de cultos e costumes, dado que se trata de estruturas de significados que expressão e dão concretude as experiências dos homens; e a política, mais do que golpes e constituições, deve ser vista como o campo em que essas estruturas se desenvolvem e têm visibilidade pública. A partir deste procedimento, segundo Geertz (1989), torna-se possível o estabelecimento de nexos existentes entre cultura e

política. Partindo das investigações feitas tendo como campo de pesquisa a Indonésia, Geertz toma este país como caso concreto para especular acerca deste tema de estudo, ou seja, de como cada povo em particular elabora o seu fazer político. Herdeira de tradições polinésias, índicas, islâmicas, chinesas e europeias, a Indonésia foi palco de grandes abalos motivados por paixões ideológicas que alcançaram e influíram na lógica e funcionamento de todas as instituições da sociedade, como o exército, o judiciário, a universidade, a imprensa e os partidos. Abalos estes que se explicam, grande parte, nas características deste país, que é não só geograficamente um arquipélago, mas que, principalmente, estrutura-se a partir de múltiplas divisões étnicas, que o constitui como um universo cultural marcado pelo contraste e pela contradição. Geertz afirma que a inconsistência de sua institucionalização e os constantes movimentos que leva a Indonésia a oscilar entre governos e administrações públicas extremadas ideologicamente deve-se a recusa entranhada na sociedade de se colocar contraria as convenções, sendo esta uma prática muito mais significativa para o estado permanente de crise política-institucional do que a simples divisão interna em suas muitas minorias raciais e religiosas. De sorte que a história da Indonésia se constitui de lutas travadas entre os grupos que extrapolam a questão de interesses políticos e econômicos, pois se dão no direito de atribuir sentido a verdade, a justiça, a beleza, a moralidade. Apoiado nestes pressupostos, Geertz (1989, p. 211), entende que: “Os processos políticos de todos os países são mais amplos e profundos do que as instituições formais destinadas a regulamentá-los. Algumas das decisões mais críticas que concernem à direção da vida pública não são tomadas nos parlamentos, mas nos reinos não-formalizados do que Durkheim chamou a consciência coletiva”.

<sup>4</sup> Dentre as polêmicas que mais rondaram a discussão acerca do bem jurídico-penal merece destaque a indagação se a existência dos bens jurídicos é anterior a construção eminentemente jurídica, de modo que eles preexistem à norma, e, portanto, são consagrados por essa como essenciais ao desenvolvimento humano, ou, se, estes são reconhecidos nessa perspectiva somente desde efetiva legitimação por intermédio da consagração normativa. A ideia de bem jurídico apareceu na primeira metade do século XIX. Nessa quadra histórica, os penalistas pertenciam à corrente defensora da noção de que o Direito Penal tutelava direitos, de modo que o delito representava a lesão de um direito. Por óbvio, essas ideias partiam da perspectiva do contrato social, pois a partir dessa noção surgiu um direito a ser respeitado e aflorou um dever a respeitar, sendo o delito consistente numa lesão desse direito a ser respeitado e um dever de respeitar, que, de modo sintético, consistia na liberdade como direito consagrado do contrato social (BUSTO RAMIRES, 1984, p.45). As origens do conceito surgiram no bojo do movimento iluminista, objetivando traçar balizamentos ao legítimo exercício do poder punitivo. Nesse momento, surgiram os contornos para a ideia de crime na perspectiva individualista que tinha como pressupostos essenciais o dano social, o direito subjetivo e a necessidade de pena (SILVEIRA, 2003, p. 38).

<sup>5</sup> Garófalo é considerado um dos fundadores da *Scuola Positiva italiana*, que estabeleceu uma contraposição metodológica, ao se apoiar no método empírico-dedutivo, alicerçado na observação dos dados e dos fatos, oposta ao método abstrato e dedutivo, adotado pela Criminologia Clássica. De acordo com Gomes e Molina (2012, p. 191), a tese de Garófalo acerca da fundamentação do comportamento criminoso se alicerça na existência de uma suposta anomalia de caráter psíquico ou moral. “Trata-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica, transmissível por via hereditária e com conotações atávicas e degenerativas”. Portanto, Garófalo mantém em sua concepção da criminalidade traços do pensamento lombrosiano, pois mesmo que levante alguns aspectos sociais como relevantes na compreensão dos fatores criminológicos ainda centraliza o elemento explicativo no autor do delito. Lombroso (1983, p.502), por sua vez, afirma que o delito, tanto pela estatística como pelo exame antropológico, parece um fenômeno natural, ou seja, no linguajar dos filósofos é um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, as doenças mentais, do qual é frequentemente uma variante. Afirma ainda que os atos instintivamente cruéis dos animais não parecem mais separados como por um abismo, daqueles atos do homem criminoso.

<sup>6</sup> Este trabalho de Émile Durkheim (1999) é para seus críticos e biógrafos a primeira formulação da adoção do funcionalismo na sociologia.

<sup>7</sup> Esta obra de Durkheim (2013) reúne aulas ministradas pelo sociólogo que foram transcritas no manuscrito originalmente intitulado *Física dos Costumes e do Direito*, trabalho este que teve sua primeira edição publicada pela Faculdade de Direito da Universidade de Istambul.

**AUTORES:**

**Gerardo Clésio Maia Arruda**

Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor e Mestre em Sociologia, Especialista em Geografia e Graduado em Ciências Econômicas.

**Bruno Queiroz Oliveira**

Doutor em Direito Constitucional, Mestre em Direito Público. Professor do Centro Universitários Christus (UNICHRISTUS). Advogado Criminalista.

# JURISDIÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E JUS STANDI INDIVIDUAL: a emancipação do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional

**Tamires de Lima de Oliveira**

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI

E-mail: oliveira.tamireslima@gmail.com

**Tiago Meyer Mendes**

UniSociesc

E-mail: tmeyermendes@hotmail.com

## RESUMO

Inserido no campo da filosofia do Direito Internacional, este artigo analisa duas importantes questões jurídico-filosóficas da contemporaneidade: a realização do ideal de justiça internacional e a emancipação do ser humano, enquanto sujeito de Direito Internacional. Estas questões ganham maior destaque a partir do desenvolvimento e consolidação da jurisdição internacional em direitos humanos. De modo que, a atribuição do *jus standi* internacional aos indivíduos tanto contribui para a sofisticação e efetividade do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quanto reaproxima o próprio homem do Direito em sentido universal, o que implica em um resgate e ressignificação de valores e uma substituição das noções tradicionais próprias de uma antiga sociedade internacional estatalista. O método empregado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, com a técnica da revisão bibliográfica.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos; Direito Internacional; Jurisdição Internacional.

---

## ABSTRACT

Inserted in the field of International Law Philosophy, this article looks at two important legal and philosophical issues of contemporary society: the ideal of international justice realization and the human emancipation being a subject of International Law. These issues gain greater prominence from the development and consolidation of international jurisdiction on human rights. Then, the assignment of international *jus standi* to individuals contribute to the sophistication and effectiveness of the international human rights system of protection, reconnecting the man of the law on universal sense, which implies a redemption and redefinition of values and a replacement of own traditional notions of an old international statist society. The method employed in research is the hypothetical-deductive, with the technique of the literature review.

**Keywords:** Human Right; International Law; International Jurisdiction.

*É chegado o tempo para que o homem se dê a sua meta. É chegado o tempo para que o homem plante o germe de sua mais alta esperança (Nietzsche 2014: 27).*

## INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos Direitos Humanos marca, sem dúvidas, um (re)nascer do humano e o desenvolvimento de um novo paradigma ético e jurídico global.

O grande ideal do Direito Internacional dos Direitos Humanos é, sem dúvidas, a primazia do indivíduo em relação ao Estado<sup>1</sup>. E, o grande ideal do Direito Internacional da pós-modernidade é, por sua vez, a manutenção da paz internacional e a promoção de valores de dignidade e justiça à humanidade. Dois ideais que se mostram, cada vez mais, indissociáveis.

De fato, a emancipação do indivíduo enquanto ator de importância e agora potencial sujeito de direitos na sociedade internacional surge em um cenário de caos, que caracteriza o ser humano na dicotômica identidade de vítima e autor de violações de direitos humanos, mas, sobretudo, o faz existir novamente enquanto sujeito detentor do poder de dar a si a sua própria “meta”.

O processo de legitimação dos indivíduos representa um avanço nesse sentido, tanto contribuindo à sofisticação dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como também ao desenvolvimento do próprio Direito Internacional, uma vez que desafia e denuncia o fracasso da lógica estatalista<sup>2</sup> de sua efetividade.

Reconhecer a personalidade do humano não apenas como vítima tutelada, mas como promotor ativo da defesa de seus direitos contribui, ademais, para a formação de uma consciência jurídica internacional verdadeiramente humana, que devolve ao homem seu protagonismo enquanto fundamento e dever ser do direito.

Nesse sentido, este artigo objetiva analisar através do método hipotético-dedutivo e com a técnica da revisão bibliográfica, a urgência do reconhecimento de um *jus standi* internacional<sup>3</sup> do indivíduo perante as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, verificando a potencialidade de tal fenômeno em ressignificar as bases tradicionais, positivistas do Direito Internacional, no sentido de humanização de princípios tais como a justiça internacional, bem como a questão da subjetividade internacional.

## 1. O SER HUMANO NO DIREITO INTERNACIONAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Em âmbito filosófico e doutrinário, a discussão acerca da subjetividade internacional dos indivíduos vem se construindo ao longo de vários séculos. Ainda no estágio embrionário de desenvolvimento do Direito Internacional público que conhecemos hoje, a figura do indivíduo enquanto sujeito de “direitos das gentes” permeou a filosofia jusinternacionalista moderna.

Entre os autores de destaque, considerados fundadores do Direito Internacional e que compõem a filosofia clássica deste ramo do direito, destacam-se Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Emmerich de Vattel e Hugo Grotius<sup>4</sup>, pensadores que vivenciaram um complexo período de transição entre o paradigma medieval teocêntrico e o nascimento da modernidade secularizada, fundada nas razões de Estado e na consolidação das soberanias estatais<sup>5</sup>.

No que concerne ao tema dos sujeitos de Direito Internacional, a contribuição de Francisco de Vitória, reside na substituição realizada pelo autor do termo *hominis* por gentes, designando nações (ainda que nações cristãs e não políticas). Dessa forma, segundo Paulo E. V. Borges de Macedo (2010), o autor contribuiu para a visão positivista-estatalista que viria a se consolidar mais tarde, principalmente por considerar o direito das gentes como parte do direito positivo.

Além disso, ao reconhecer também aos povos não-cristãos a possibilidade de exercer autoridade soberana e domínio, Vitória estabeleceu as bases para que releituras de sua obra pudessem identificar em sua *communitas orbis* um direito entre os povos, de natureza positivista, inserto numa sociedade internacional sobreposta à soberania estatal.

A noção de comunidade humana, como destinatária do Direito Internacional, encontra-se também na doutrina de Francisco Suárez, que ao conceituar o direito das gentes, afirma que a razão de ser desse direito é que o gênero humano de modo que cada Estado é também, em relação ao gênero humano, de certo modo um membro dessa comunidade universal (Macedo, 2014). Pouco tempo mais tarde, Emmerich de Vattel (Mancuso 2014) inova transmutando essa compreensão para a teoria da soberania estatal, transferindo a titularidade do poder soberano do Estado para a Nação, que passaria a ser o real sujeito de Direito Internacional.

Na abordagem de Hugo Grotius<sup>6</sup> à questão dos sujeitos de Direito Internacional, de acordo com Arno Dal Ri Jr. (2004) verifica-se o abandono da visão realista predominante e adoção de uma base humanista. Grotius considera os indivíduos como sujeitos do direito natural e do *jus gentium*, no sentido de que o código moral aplicado aos Estados deveria ser o mesmo que o aplicado aos

indivíduos, sugerindo um direito criador de obrigações e deveres tanto para Estado, quanto para indivíduos.

O centro da consolidação do Estado como detentor de todo o poder tem seu marco após a Paz de Vestfália<sup>7</sup>. O paradigma das relações internacionais passa a pautar-se exclusivamente nas relações de poder entre os Estados soberanos (Bedin, 2011), logo, a conduta dos indivíduos significa a própria conduta do Estado, ou seja, inexistente a figura da responsabilidade individual, mas tão somente a responsabilidade estatal.

O Direito Internacional “tradicional”, vigente até a segunda metade do século passado, foi marcado pelo voluntarismo estatal, sob o manto do paradigma de uma soberania absoluta e, conseqüentemente, excludente e individualista. O modelo vestfaliano, assim chamado aquele introduzido no cenário internacional a partir da Paz de Vestfália, induzia a atomização e fragmentação (no sentido de exclusão e diferenciação) da comunidade internacional. Com o advento do positivismo jurídico e a consolidação dos Estados-nação – e a ilusão da soberania absoluta –, o papel do indivíduo relegou-se a um status de coadjuvante quase não-existente ante ao Direito Internacional<sup>8</sup>.

A preocupação do momento direcionava-se à efetivação de um Direito Internacional nos moldes do direito estatal, que pudesse ser *hard* em seu poder vinculante, com instituições fortes, capaz de estabilizar conflitos e regular condutas. As pautas da agenda internacional de então voltavam-se para questões de guerra, comércio, conquista territorial, expansão tecnológica. O indivíduo estava ali, mas não estava, sempre de uma forma simbólica, uma figura quase.

Foi, novamente, no âmbito do direito de guerra que as preocupações com a “pessoa humana” do indivíduo na sociedade internacional voltaram a ter importância, através do chamado direito humanitário. O Direito Internacional Humanitário teve sua origem com a Convenção de Genebra de 1864, que objetivava melhorar a sorte dos militares nos exércitos em campanha, sendo responsável pela criação da organização internacional Cruz Vermelha (referida no artigo 7º). A este texto seguiram-se a Segunda (1906), a Terceira (1929) e a Quarta Convenção de Genebra (1949), que ao lado das Convenções de Haia contribuíram para a codificação de normas costumeiras de proteção humanitária em tempos de conflitos (Mello, 1997).

O papel do indivíduo, nesse contexto, era tangencial e vitimado. Uma consequência da guerra. Cujo cuidado ficava muito mais a cargo das organizações internacionais humanitárias, que dos Estados diretamente. Especialmente no decorrer das Grandes Guerras Mundiais esse papel se destacou.

Ações de organizações como “Médicos Sem Fronteiras”<sup>9</sup> marcam episódios importantes no processo de conscientização política, da necessidade de proteção internacional do ser humano e relativização do paradigma absoluto da soberania estatal<sup>10</sup>.

Outrossim, a realidade das grandes guerras do século XX, trouxe à tona a figura do indivíduo também em outro contexto. Não apenas como destinatário de proteção humanitária, mas como potencial responsável por ilícitos internacionais. O término das guerras e a necessidade de punição dos “culpados”, acelerou a especialização de um Direito Internacional penal, principalmente em matéria jurisdicional.

Dos eventos que marcam essa especialização, destaque-se o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, responsável pela criação do chamado “Direito de *Nuremberg*”, um conjunto de resoluções da Assembleia Geral da ONU e tratados internacionais objetivando a punição dos autores de crimes contra a humanidade. Na prática isso implicava num reconhecimento da possibilidade de afastar a imunidade dos agentes públicos para puni-los individualmente por ilícitos internacionais graves (Ramos, 2012).

Posteriormente, já no final do século XX, o Conselho de Segurança da ONU instituiu tribunais penais internacionais ad hoc para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, marcando novamente a preocupação em punir crimes bárbaros contra a humanidade, marcando a estabilidade da preocupação internacional com a penalização em matéria de proteção humanitária. Recentemente, questão foi cristalizada com a criação do Tribunal Penal Internacional, primeiro tribunal com jurisdição compulsória e legitimidade para julgar diretamente indivíduos responsáveis por crimes internacionais.

Perceba-se que, nesses casos, indivíduos foram pessoalmente responsabilizados por violações do Direito Internacional, ou seja, foi lhes atribuído uma espécie acesso indireto e subjetividade passiva internacionais. No entanto, é possível também perceber que, até aqui, o indivíduo adquiriu a forma de, pelo menos, três personagens ante ao Direito Internacional moderno: a) mero elemento da concepção de Estado, inserido no componente humano, “povo”; b) membro vitimado da comunidade internacional, destinatário de ajuda humanitária; c) indivíduo responsável e responsabilizável em determinados casos por crimes internacionais.

Todos esses personagens encerram um caráter passivo ao indivíduo (ativo apenas enquanto autor de ilícito), que deve ser protegido, pode ser demandado e encontra-se sob a soberania de um ente internacional. É no contexto de internacionalização dos direitos humanos que processo de atribuição de um caráter propriamente ativo e o reconhecimento do protagonismo do indivíduo

enquanto sujeito de Direito Internacional, passa a tomar forma concreta, tornar-se a figura de ator internacional.

Destaca-se, no quesito normativo, a adoção da Carta da ONU em 1945, sob a qual os Estados signatários comprometeram-se a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, bem como o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, à qual seguiram-se às convenções regionais.

Entretanto, pouca significatividade teriam tais normas não fosse a ação efetiva das Cortes Regionais, que compõem o chamado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, integrado pela Declaração de 1948 e pelos Sistemas Regionais de Proteção, quais sejam, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos (CADHeP), bem como suas respectivas Declarações Regionais e os Estatutos.

## **2. A LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO NOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

A construção da personalidade jurídica internacional, através do acesso individual aos sistemas de proteção de direitos humanos – no sentido da humanização do direito e dos meios de acesso à jurisdição –, desafia a ressignificação dos conceitos mais tradicionais do Direito Internacional.

Noções há muito arraigadas, tais quais competência nacional exclusiva, domínio reservado do Estado e soberania se não ultrapassadas, estão, ao menos, bastante relativizadas. Realmente, a própria concepção de identidade nacional já não mais se sustenta em moldes absolutos, em face do multiculturalismo e da globalização cultural e mercadológica.

Em especial, no que refere ao reconhecimento de subjetividade internacional aos indivíduos, as cortes internacionais de Direitos Humanos, assumem papel preponderante, compondo o processo maior chamado humanização do Direito Internacional. Tal processo se manifesta nos tribunais internacionais contemporâneos, através da ação destes em assegurar a centralidade das vítimas no processo internacional, buscando atender às reais necessidades da comunidade internacional (Trindade, 2013).

É necessário compreender a humanidade do indivíduo como o pressuposto da sua percepção como detentor de direitos humanos e direitos jurídicos autônomos no âmbito internacional. Essa dicotomia da relevância do Estado e sua soberania como garantidora exclusiva do indivíduo cria um

cenário de cerceamento de defesa quando o próprio Estado é quem promove as infrações. Os Estados mantêm este poder de forma absoluta, o que dificulta o desenvolvimento de uma sociedade mundial (Wermuth; Mendes 2016).

A questão acerca da capacidade processual dos indivíduos teve suas primeiras discussões no âmbito da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Um comitê da então Liga das Nações foi designado, em 1920, para discorrer sobre o tema. Dos dez membros do comitê apenas dois pronunciaram-se a favor do *jus standi* aos indivíduos. A maioria dos juristas presentes argumentaram que os indivíduos não são sujeito de Direito Internacional e que somente os Estados, na condição de pessoas jurídicas internacionais, poderiam ser partes perante a Corte (Trindade, 2002).

Ainda na década de vinte, Nicolas Politis em sua monografia *Les Nouvelles Tendances du Droit International* (1927), criticou o pensamento estatalista, afirmando que os Estados nada mais são que ficções, uma vez que compostos de indivíduos, de modo que o real fim de todo direito é o ser humano. Uma verdade obscurecida pela ideia da soberania. De acordo com Politis (1927), o acesso direto do indivíduo à Corte além de promover o direito de fazer valer seus interesses legítimos, traria ainda a vantagem de despolitizar o procedimento judicial (pautado na proteção diplomática discricionária do contencioso interestatal). No mesmo sentido, destacava-se a necessária evolução da organização internacional a fim de garantir ao indivíduo o direito de defender, ele próprio, seus direitos internacionalmente, independentemente da tutela de seu Estado e mesmo em desfavor deste (Trindade 2002).

Apesar de tais críticas, o pensamento pela não subjetividade dos indivíduos prevaleceu e foi mantido no texto legal do Estatuto da CIJ (artigo 34 (1)). A evolução para um regime de defesa geral de direitos humanos ocorreu apenas após os horrores do pós-Segunda Guerra Mundial. Na segunda metade do século XX é que se firmou uma progressiva aceitação da capacidade processual do indivíduo. Capacidade esta expressamente conferida pelos Estados. A jurisprudência começou a mover-se nesse sentido, como, por exemplo, no caso da “Jurisdição dos Tribunais de *Dantzig*”, onde opinou-se no parecer consultivo que tratados internacionais podem outorgar legitimidade diretamente a indivíduos (Ramos, 2012).

Com efeito, foi com a adoção do sistema de internacional de proteção dos direitos humanos que alguns tratados passaram a prever a possibilidade de peticionamento individual perante tribunais internacionais – notadamente as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

As condições para a caracterização do indivíduo como sujeito do Direito Internacional, atualmente são duas: 1) o indivíduo deve possuir direitos/deveres regulados diretamente pelo

Direito Internacional; 2) o indivíduo deve possuir capacidade processual tanto ativa quanto passiva para agir em juízo, caso cometa ilícitos internacionais ou para o pleito de direitos. Nesse contexto, a questão da personalidade jurídica internacional do indivíduo, direciona a atenção principalmente para a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos e para os limites da ação individual nestes casos (Ramos, 2012).

Observe-se que na processualística internacional dos direitos humanos o indivíduo já logra do chamado direito de comunicação, que consiste no requerimento aos tribunais internacionais de uma resposta acerca da denúncia de uma violação de direito humano, conforme prevê o artigo 24 da Declaração Universal de Direitos Humanos (Ramos, 2012).

O que usualmente se chama direito de petição, previsto nos estatutos das três cortes regionais de direitos humanos, por muito tempo consistiu na possibilidade de o indivíduo realizar diretamente uma espécie denúncia de violação de direitos humanos, acionando os órgãos responsáveis pela instauração do processo – mormente, as Comissões de Direitos Humanos das Cortes – contra o Estado agressor.

O peticionamento, como verdadeiro *jus standi*, no sentido de o indivíduo inaugurar o processo enquanto parte ativa e direta foi inaugurado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. De acordo com o Regimento da CEDH que regulamenta o artigo 34 da Convenção (com as alterações dos protocolos nº 11 e 14), tanto indivíduos, quanto ONGs e grupos de indivíduos podem apresentar petições, agindo por iniciativa própria ou através de um representante, sendo vedado aos Estados criar quaisquer entraves ao exercício efetivo desse direito.

Os critérios de admissibilidade das petições estão dispostos no artigo 35 da Convenção e envolvem: a) o esgotamento das vias jurisdicionais nacionais; b) que o pedido à Corte seja feito dentro do prazo de seis meses após a decisão final do tribunal nacional; c) a petição não pode ser anônima; d) não pode haver coisa julgada internacional, ou seja, a questão já ter sido examinada pela Corte ou submetida a outra instância judicial internacional, bem como não contenha nova informação relevante; e) a petição deve ser bem fundada, compatível com as disposições da Convenção e dos protocolos, não podendo caracterizar abuso do direitos de petição; f) o requerente necessita ter sofrido desvantagem significativa, com exceção do caso em que o respeito pelos direitos humanos exija a análise do pedido sobre o mérito, especialmente nos casos em que o caso não tenha sido devidamente considerado pelo tribunal nacional.

Importante mencionar, que antes da entrada em vigor do protocolo n. 14 à Convenção, o procedimento judicial europeu seguia um modelo processualístico chamado modelo bifásico. Tanto as vítimas quanto os Estados-partes apresentavam suas petições à Comissão e não à Corte

diretamente, cabendo à primeira analisar as alegações e decidir pela propositura da ação ou não. O procedimento era lento e o filtro bifásico, por vezes, constituía um dificultador da proteção dos direitos humanos<sup>11</sup>.

Apesar disso, o mencionado modelo bifásico é ainda o procedimento em vigor na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH ainda não prevê o peticionamento direto das partes, que devem submeter suas petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, o indivíduo, neste sistema, não possui o direito de ação direta à Corte, tal qual no sistema europeu.

Permanece apenas o direito de petição no sentido restrito, ou seja, de provocar a Comissão para análise do mérito e então acionamento ou não da Corte. Esta é a regra do artigo 61 da Convenção, segundo o qual somente a Comissão ou os Estados-partes podem demandar Estados perante a Corte. O indivíduo depende assim do intermédio da Comissão Interamericana ou do Estado para acessar a jurisdição regional.

Casos concretos, no entanto, tem progressivamente destacado o valor da participação do indivíduo no contencioso internacional e, aos poucos, a ideia de abertura ao *jus standi* individual consolida-se nas opiniões da Corte e a tendência que se vislumbra é de que a CIDH siga o molde europeu atual (Trindade, 2002).

Interessante observar que a mais recente Corte a compor os sistemas regionais de direitos humanos, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, já deu passos nesse sentido, ainda que de forma meramente formal. Em relação ao direito de ação à Corte, esta prevê o que se tem chamado de acesso condicionado do indivíduo. Isso significa que, enquanto a legitimidade para a propositura de ações é estendida à Comissão Africana, ao Estado-parte (ativa ou passivamente), o Estado de nacionalidade da vítima, organizações internacionais intergovernamentais africanas, o indivíduo e organizações não governamentais dependem da adesão facultativa dos Estados-partes (Ramos 2012).

Quanto a esse modelo, Ramos (2012), chama atenção para as dificuldades que o indivíduo ou ONG enfrentam para ter acesso à Corte, pois além da declaração estatal de anuência mencionada, existe a discricionariedade da própria Corte em aceitar ou não a ação individual.

O que se percebe, não apenas na Corte Africana e Interamericana, mas também na Europeia, é que a proteção internacional dos direitos humanos é subsidiária e que a visão estatalista ainda predomina, apesar de suas diferenças quanto a uma maior ou menos abertura de legitimidade ao indivíduo.

O sistema regional e global de proteção dos direitos humanos é um sistema que, nas palavras de Ramos (2012: 53), age *na falha do Estado*. Falha esta que, em regimes democráticos, não é

reparada principalmente por conta do engendramento dos mecanismos de ação por parte das maiorias que capacitam o poder estatal. É nesse sentido, refere o autor, que a interpretação internacional dos direitos humanos tem a importante característica de ser contramajoritária, *porque as violações que chegaram ao crivo internacional não foram reparadas mesmo após o esgotamento dos recursos internos (a visão majoritária)*.

É por conta disso também, que a afirmação e o reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do homem perante os tribunais internacionais de direitos humanos, inclusive em litígio contra o próprio Estado, constitui um dos avanços mais importantes na realização do ideal de justiça internacional. Juntamente ao elemento de obrigatoriedade dessas jurisdições, o direito de ação forma os pilares básicos da emancipação do ser humano enquanto sujeito de Direito Internacional e contribui para a realização do ideal de justiça internacional (Trindade, 2010).

### **3. JUSTIÇA INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O (RE)NASCIMENTO JURÍDICO DO HUMANO EM NÍVEL GLOBAL**

Ao observar o caminhar do direito na sociedade internacional contemporânea, marcada pela lógica de proteção e efetivação de direitos humanos, constata-se que, como bem articula Cançado Trindade (2013: 12) *no âmbito do novo jus gentium de nossos dias, a pessoa humana tem logrado emancipar-se de seu próprio Estado, e acudir à justiça internacional, sempre que este se afasta de seus fins humanos e se transforma em mecanismo de opressão*.

A noção de justiça internacional da atualidade liberou-se das amarras da mera prática dos Estados, e agora efetivamente vindica para si a sua função legítima de dizer o direito, tarefa vinculada à responsabilidade maior e inevitável de proteção e afirmação de direitos básicos de dignidade à humanidade.

Pode-se apontar a evolução do conceito de justiça, desde o conceito de virtude grega, onde Aristóteles apontaria como uma virtude, podendo esta ser natural ao homem bom, em um critério (jus)naturalista e já a partir do conceito moderno o conceito de justiça tem a ver com liberdade e libertação.

Este conceito de liberdade individual, nascido com a Reforma Protestante, unido a um conceito de libertação, sob o prisma de um sujeito autônomo *erga omnis*, do qual se origina o ideal de justiça internacional autogerida, onde o sujeito por só tem a liberdade de propor uma ação contra garantindo direitos fundamentais, sendo estes personalíssimos ou coletivos.

Um conceito de justiça mais acessível relaciona-se com o “dever ser” do Direito a partir da visão kantiana, bem como, possibilita uma maior proteção aos direitos humanos, garantindo as liberdades necessárias para uma sociedade internacional balizada em uma estrutura jurídica, não opressora (Sandel, 2010).

É preciso demonstrar e comprovar que o Direito Internacional não se reduz a um instrumento de poder, mas que *su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades e aspiraciones básicas, entre las cuales se destaca la de la realización de la justicia* (Trindade 2013: 24).

O Direito Internacional estreita a relação do indivíduo com o mundo por meio do afastamento de possíveis restrições do Estado ao sujeito, ou uma transgressão dos direitos realizada por este (Mendes; Mendes 2015). Realmente, *Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade* (Trindade, 2006: 139).

Conforme afirmam Arruda Junior e Gonçalves (2002: 125) hoje *a busca de uma ordem na desordem é absolutamente uma questão de vida ou morte para a humanidade*. O mundo encontra-se em meio a um esforço para *relacionar diagnósticos da promessa moderna, receituário das modernizações experimentadas nos séculos XIX e XX, e prognósticos para este século*.

Veja-se que em uma perspectiva positivista, a justiça representaria um péssimo critério a seguir devido à sua incerteza e relatividade. No entanto, quando a questão entre direito e justiça é dialogada não mais apenas do ângulo jurídico interno, mas através de um mínimo ético internacional, há uma modificação interessante. Isso, porque esse mínimo ético não representa uma concepção específica de justiça, mas uma espécie de fundamento ou estrutura que permite a eficácia normativa do direito (Arruda Junior; Gonçalves, 2002).

Nesse sentido, em meio às perspectivas atuais, os direitos humanos representam o que se tem de mais próximos a um *consenso axiológico vigente em meio ao politeísmo de valores das sociedades mundiais, mesmo com todas as armadilhas que possam daí surgir* (Arruda Junior; Gonçalves 2002: 128). Esse consenso tem se formado não somente através de acordos internacionais, mas especialmente pela atuação das Cortes internacionais de direitos humanos.

Os tribunais internacionais contemporâneos contribuem de forma progressiva para a expansão da jurisdição internacional, que está vinculada à própria afirmação e consolidação da personalidade jurídica internacional do ser humano, como sujeito tanto ativo, como passivo do Direito Internacional, em face dos tribunais internacionais de direitos humanos (legitimidade ativa) e dos tribunais penais internacionais (legitimidade passiva).

A busca da justiça se materializa, portanto, na própria expansão da função judicial internacional. Em que pese à eficácia normativa desta justiça de que tratamos continue a ser um problema dos Estados, no plano mundial este fenômeno de jurisdicionabilidade dos direitos humanos demonstra que os mecanismos processuais positivos da contemporaneidade não são estáticos, mas mutáveis. Mesmo quando direitos humanos não estão positivados, permanecem vinculados a uma expectativa de eficácia por parte da sociedade, sendo potencialmente capazes de constituir-se em “direito forte” pela atuação de um organismo judicial.

Sob o prisma dos direitos humanos, a concepção da justiça parece perpassar a noção de Rawls (2002: 694) de justiça enquanto equidade, segundo a qual *a sociedade não está subdividida no que diz respeito ao reconhecimento mútuo de seus princípios primeiros*. Isso contribui para a ação unificadora da concepção de justiça. Antes de ser instrumento de legitimação genérica de queixas, como aduz Rawls, a justiça serve de instrumento de reconciliação no coque de visões e reivindicações diversas, reconciliando através da razão, ou seja, partindo daquilo que todas as partes envolvidas têm em comum.

Daí a importância da noção de que a justiça deve partir de algum consenso, como pode-se resgatar da teoria grotiana. Essa ideia hoje se encontra na noção de consciência jurídica universal (Trindade, 2013), como resultado da evolução do Direito Internacional dos direitos humanos e da ascensão da pessoa como sujeito do Direito Internacional, que cria uma espécie de novo *ethos* a ser seguida e traduz a justiça internacional tanto como uma busca por um ideal ético comum de dignidade humana, quanto à efetivação desse ideal através de mecanismos jurisdicionais adequados e eficientes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dois principais marcos jurídicos em matéria de direitos humanos da sociedade internacional, quais sejam o advento da Carta da ONU de 1945 e da subsequente Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual se seguiram as Cartas regionais, ocasionaram o que pode ser chamado de (re)nascimento do indivíduo enquanto ator de acentuada importância em âmbito internacional, cuja própria subjetividade já começa a ser ventilada.

Em que pese esta seja uma discussão bastante contemporânea, muito antes, juristas e filósofos que hoje reconhecemos como fundadores do Direito Internacional depararam-se com questões de impressionante atualidade, entre elas a existência de um direito comum a toda a humanidade e a possibilidade de sua afirmação, um “direito das gentes” verdadeiramente no sentido

ético da palavra, destinado aos indivíduos e aos povos como um todo e não somente originário desta inter-relação.

Nestes tempos, em que a aproximação entre direito e justiça retorna à reflexividade intelectual autores, como Hugo Grotius (2005: 981), que escreveu há mais de cinco séculos, relembra o que a Modernidade apenas recentemente e após terríveis eventos reconheceu: que *cada indivíduo não é somente vingador de seu próprio Direito, mas [...] é também daquele de outrem.*

Neste cenário, a questão a respeito da necessidade de afirmação de um Direito Internacional válido e efetivo reveste-se de um novo viés. Antigos princípios de raiz humanista retornam ao debate internacionalista, dentre eles, a busca pela efetivação de um ideal de justiça internacional e o reconhecimento da subjetividade humana perante o Direito Internacional, hoje relacionados a um mínimo ético e dignitário sob a égide dos direitos humanos.

Dessa forma, é que a questão da necessidade de reconceituação das bases do ordenamento jurídico internacional, e dos conceitos outrora cristalizados pela lógica estatalista e positivista, toma espaço definitivo na prática e na teoria do Direito Internacional.

A possibilidade de autonomia do indivíduo de autocomposição em sua defesa jurídica internacional, demonstra que a figura do ser humano está acima da soberania estatal e acima do próprio Estado. É uma garantia inerente a proteção do sujeito contra a própria estatalidade, alterando de forma significativa a ideia de cosmopolitismo, tirando seu cunho de globalização estatizada e lhe outorgando o caráter de humanidade complexa que interage.

O reconhecimento do *jus standi* internacional dos indivíduos, enquanto seres humanos igualmente dotados de uma prerrogativa inata e cosmopolita de ver defendidos e efetivados seus próprios direitos, é um passo decisivo para o reestabelecimento do “elo perdido” entre a Humanidade e o Direito.

## REFERÊNCIAS:

- AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Trad. Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVEZ, Marcus Fabiano. Globalização, Direitos Humanos e desenvolvimento. In: ANNONI, Danielle (coord.). Os novos conceitos do novo Direito Internacional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. pp. 125-144.
- BEDIN, Gilmar Antônio. Paradigmas das relações internacionais. 3. ed. Ijuí: Unijuí Editora, 2011.
- BETTATI, Mario. O Direito de ingerência – mutação da ordem internacional. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

DAL RI JR, Arno. Tradições do pensamento às teorias internacionais: Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. In: Wagner Menezes (org.). O Direito Internacional e o direito brasileiro. Ijuí: Unijuí, 2004. pp. 115-155.

GROTIUS, Hugo. O direito da guerra e da paz. v. 2. Ijuí: Unijuí Editora, 2005.

KELSEN, Hans. A paz pelo direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A genealogia da noção de Direito Internacional. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. v. 1, n.18. Rio de Janeiro: 2010.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Francisco Suárez. In: DAL RI JÚNIOR, Arno e outros (orgs.) A Formação da ciência do Direito Internacional. Ijuí: Unijuí, 2014.

MANCUSO, Francesco. Emmerich de Vattel. In: DAL RI JÚNIOR, Arno e outros (orgs.) A Formação da ciência do Direito Internacional. Ijuí: Unijuí, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDES, Tiago Meyer; MENDES, Eduardo Meyer. Da globalização ao cosmopolitismo, as mudanças na sociedade mundial e o percurso do Direito Internacional rígido. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 22, p. 15-40, ago. 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. Assim falou Zaratustra. Porto Alegre: L&PM, 2014.

POLITIS, Nicolas. Les Nouvelles tendances du droit international. França: Hachette, 1927.

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional em Direitos Humanos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael J. Justice: What is the right thing to do? New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. A personalidade e a capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. In: ANNONI, Danielle (org.). Os novos conceitos do novo Direito Internacional – cidadania, democracia e Direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. Revista Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Os tribunais internacionais contemporâneos. Brasília: FUNAG, 2013.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MENDES, Tiago Meyer. A evolução do Direito Internacional em seu percurso histórico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a promoção dos direitos humanos em âmbito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 331-347, jan./mar. 2016.

---

#### NOTAS:

<sup>1</sup> A evolução que se dá desde o momento da concepção do Estado Leviatã, onde demonstra o Estado como o “devorador” de sujeito na figura individualizada, até o “nascimento” simbólico da figura do cidadão, titular de direitos e com certa autonomia, na Reforma Protestante, se dá sempre pela busca da transformação do Estado inimigo em Estado Social, como o idealizado, principalmente, na Revolução Mexicana de 1910 a 1920.

<sup>2</sup> A expressão “lógica estatalista” refere-se à realidade jurídica, consolidada na Modernidade, em que há a figura do Estado enquanto monopolizador do poder, que se apresenta como a fonte de todo o direito, não admitindo outros meios de produção de normas e, assim, mantendo-se dissociado da realidade social, em especial a internacional.

<sup>3</sup> *Jus standi* é expressão latina utilizada nas Ciências Jurídicas com o significado de acesso direito à determinada Corte ou Tribunal. Logo, a expressão “*jus standi* internacional” refere-se à possibilidade de acesso direto às Cortes e Tribunais Internacionais, em especial os de Direitos Humanos, referindo-se, ainda, à possibilidade de que esse acesso direto seja realizado pelo próprio indivíduo.

<sup>4</sup> Relativamente à temática aqui abordada, podem-se destacar as seguintes obras dos autores mencionados: **Francisco de Vitória** – “Os Índios e o Direito da Guerra”, Editora UNIJUI, 2006; **Francisco Suárez** – “*Tratado de las leyes y de Dios legislador*”, Instituto de Estudios Políticos, 1967; **Emmerich de Vattel** – “O Direito das Gentes (Le Droit Des Gens)”, Editora UNIJUI, 2008; **Hugo Grotius** – “O Direito da Guerra e da Paz”, volumes I e II, Editora UNIJUI, 2005.

<sup>5</sup> Consoante não olvidar que o desenvolvimento de um pensamento de Direito Internacional moderno, como um todo, se dá, somente, através da ruptura teocrática, ocorrida no paradigma Iluminista, através da profanação do sagrado, onde as divindades começam a ganhar signos humanos, levando a representação humana para o sagrado, desta forma, aproximando, ou devolvendo, o metafísico ao físico (Agamben 2007). Nesta tomada do teocêntrico para o homocêntrico surge a figura do pensamento humanista, com autores como São Tomás de Aquino, Antonio de Montesinos, Bartolomeu de Las Casas, entre outros.

<sup>6</sup> Hugo Grotius (1583-1645) foi um jurista e filósofo neerlandês que é considerado um dos “pais fundadores do Direito Internacional”, a partir de uma noção avançada para a época acerca do “direito das gentes” e do direito natural.

<sup>7</sup> A expressão “Paz de Vestfália” designa vários tratados internacionais que encerraram a Guerra dos Trinta Anos, série de conflitos que diversas nações europeias travaram entre si a partir de 1618 por motivos variados: rivalidades religiosas, territoriais e comerciais.

<sup>8</sup> Diz-se isso tanto no plano teórico quanto no plano pragmático da realidade internacional. Não se olvida, contudo, que a questão da subjetividade do indivíduo não passou despercebida da doutrina juspositivista moderna, principalmente pelo viés da responsabilização internacional direta. Hans Kelsen, em obra intitulada “A paz pelo Direito” (2011) argumenta que a manutenção da paz internacional necessitaria de dois pilares básicos: a instituição de tribunais internacionais de jurisdição compulsória e a adoção de responsabilização individual por atos contrários ao direito internacional público.

<sup>9</sup> “Médicos Sem Fronteiras” é uma organização humanitária internacional que leva cuidados de saúde a pessoas afetadas por graves crises humanitárias. Para mais informações acesse: < <https://www.msf.org.br/>>.

<sup>10</sup> Relata Mario Bettati (1996) que anos que se seguiram após a elaboração da Carta da ONU, iniciou-se um acirrado debate jurídico e político a fim de definir quais os assuntos seriam essencialmente decorrentes da competência nacional, ou seja, assuntos estritamente internos. Isso tinha especial relevância porque envolvia saber até que ponto estaria relativizado o princípio da não-intervenção (corolário da soberania estatal) suscrito no artigo 2º, §7 da Carta, pois havia enorme resistência entre os Estados em reconhecer que a defesa dos Direitos Humanos pudesse ultrapassar suas fronteiras domésticas. Assim, inúmeros países adotavam uma lista tão vasta quanto possível do que seriam tais “assuntos” e consideravam qualquer hipótese de intervenção internacional como a mínima interferência em seus atos internos. A África do Sul, por exemplo, um dos primeiros países a dar interpretação restritiva à Carta, se opunha a qualquer olhar exterior sobre suas políticas racistas, notadamente com relação ao *Apartheid*.

<sup>11</sup> De acordo com Ramos (2012), desde o primeiro julgamento da CEDH, o “Caso *Lawless versus Irlanda*” (14 de novembro de 1960), até a data da extinção da Comissão (1998), haviam sido recebidas aproximadamente 45 mil petições, a Corte, no entanto, havia julgado somente 837 casos. Desde a modificação do procedimento, que permite agora o direito de ação direto das partes demandantes, os julgamentos cresceram exponencialmente, tendo-se chegado, apenas dez anos depois (2008) ao número de dez mil julgamentos. Embora isso caracterize uma maior abertura ao princípio do acesso à justiça, não se pode olvidar o problema orgânico que o sistema europeu enfrenta no que diz respeito à taxa de congestionamento (diferença entre entrada de petições e casos julgados). Essa é, atualmente, um dos maiores desafios e constante alvo de críticas à defesa da instituição do *jus standi* dos indivíduos perante tribunais internacionais.

## **AUTORES:**

### **Tiago Meyer Mendes**

Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Docente de Ensino Superior na UNISOCIESC campus de Blumenau (Grupo *Ânima*) das matérias de Direito Internacional Público, Direito Comercial Internacional, Direito Constitucional, Filosofia, Ciência Política e Teoria do Estado e Direito Empresarial para o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais - Direito. Pesquisador na área do Direito Internacional, Direitos Humanos, Direito Constitucional e Sociedade Mundial. Tem experiência na área das Ciências Jurídicas e Sociais, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional, Sociologia, Sociedade Mundial, Direito Constitucional, Ciência Política, Direitos Humanos, Estado democrático de Direito, Cidadania, Democracia, Filosofia jurídica e Sociologia do direito.

### **Tamires De Lima De Oliveira**

Mestre em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), cursado com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUP/CAPES). Bacharel em Direito na mesma instituição (2015). Experiente em pesquisa na área de Direito Público, Direito Internacional, Direitos Humanos, Filosofia do Direito e

Teoria do Estado. Experiente em prática jurídica nas áreas de Direito e Processo do Trabalho e Direito e Processo Civil. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - RS (OAB/RS 105.978). Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI - Brasil).

# “GUERRA SANTA”: un enfoque sociológico del Estado Islámico

**Ana Claudia Moreira Miguel Philippini**

Universidad de Buenos Aires, UBA, Argentina

E-mail: [anaphi@uol.com.br](mailto:anaphi@uol.com.br)

## RESUMEN

Durante los últimos años, el grupo formado por insurgentes sunitas, conocido como el Estado Islámico, ha ampliado su control sobre las áreas de Irak y Siria, estableciendo una situación de guerra que amenaza al mundo en su conjunto. Con una interpretación extremista de la religión y de la ley, el Estado Islámico atrajo personas de varios países, dispuestos a abandonar sus raíces para unirse como combatiente en una "guerra santa". Por lo tanto, el objetivo de la investigación es analizar sintéticamente el Estado Islámico por la perspectiva jurídica y política de la guerra justa y por el punto de vista sociológico de la religión. La principal conclusión obtenida es que las medidas adoptadas por el grupo no se encuadran en guerra justa, puesto que no es una guerra por agresión ni una guerra moralmente justificada en caso de ausencia de agresión.

**Palabras-Clave:** Sociología Jurídica; Estado islámico; Guerra Santa.

---

## RESUMO

Durante os últimos anos, o grupo formado por insurgentes sunitas, denominado Estado Islâmico, vem ampliando seu controle sobre as áreas do Iraque e Síria e estabelecendo uma situação de guerra que ameaça o mundo como um todo. Com uma interpretação extremista da religião e do direito, o Estado Islâmico atrai pessoas de vários países, dispostas a deixar suas raízes para ingressar como combatente em uma “guerra santa”. Assim sendo, o objetivo da investigação é analisar de modo sintético o Estado Islâmico pela perspectiva jurídica e política da guerra justa e pelo ponto de vista sociológico da religião. A principal conclusão obtida é de que as ações praticadas pelo grupo não se enquadram como justificantes para uma guerra justa, visto que não é uma guerra de agressão nem uma guerra que seja justificada moralmente.

**Palavras-chave:** Sociologia Jurídica; Estado Islâmico; Guerra Santa.

---

## ABSTRACT

Over the past few years, the Islamic State, a group of Sunni insurgents, expanded control over the territory of Iraq and Syria, establishing a situation of war and reaching currently the status of a global threat. The group's extremist interpretation of the religion and the laws attracts people from several countries that leave their states to join as a combatant in a "holy war". The objective of this research is to analyze briefly the Islamic State from legal perspective and from the just war theory. The main conclusion obtained is that the actions taken by the group do not qualify as a just war, because it is not a war of aggression or a war that is morally justified.

**Keywords:** Sociology of law; Islamic State; Holy war.

## INTRODUCCIÓN

El Estado Islámico (EI)<sup>1</sup> es un grupo formado de varios insurgentes sunitas<sup>2</sup> que ha ampliado su control sobre áreas del noroeste de Irak y el noreste de Siria en una nueva situación de guerra que amenaza todo el mundo. El grupo se formó de una rama de *Al Qaeda* liderada por Abu Bakr al-Baghdadi en Irak. A partir de la región sunita iraquí, uno de sus miembros, Abu Mohamad Al-Golani, fundó el frente al-Nusra, que es el principal actor yihadista<sup>3</sup> de la guerra civil en Siria. A mediados del 2014, el grupo declaró la intención de crear un califato<sup>4</sup> y expandir para sus ideáis por todo mundo islámico. De esa manera, Abu Bakr al-Baghdadi fue nombrado como la autoridad máxima de todos los islámico.

Con la proclamación del califato, la milicia del Estado Islámico atrajo millares de personas de todo el mundo decididas a abandonar sus países e ingresar en la yihad como combatientes. El reclutamiento empezó con una extensa publicidad en el ciberespacio, llegando a propagarse por las redes sociales y *Twitter*. Estos nuevos terroristas son jóvenes, principalmente europeos, criados en las naciones más desarrolladas del continente y no son particularmente devotos del islam o cualquier otra religión. Ellos dejan sus países para hacer lo que los yihadistas entienden como la “guerra santa” en el Oriente Medio, o sea, la lucha armada para imponer la fe. Para Esparza (2015, p. 20), los miembros del Estado Islámico repiten literalmente los hechos atribuidos a Mahoma en el siglo VII “*como si el tiempo se hubiera congelado en el islam*”. En realidad, Mahoma creó la religión musulmana de la cual se deriva la doctrina del islam, es decir, del Corán y de la tradición mahometana se deduce lo que se llama la Sharia, la ley islámica, que tiene como base cinco principios y cinco pilares. Esparza (2015: 20-21) afirma que:

*El islam tiene cinco principios, a saber: uno, que Dios existe, que es uno u único, que no es representable ni tampoco puede materializarse ni encarnarse; dos, que hay un mundo superior, angélico, de luz; tres, que el Corán es la única revelación inalterada; cuatro, que las profecías son ciertas y hay que creer en ellas, y, por último, que un día todo volverá al principio, vendrá el Juicio Final y solo existirá Alá. Junto a estos cinco principios, hay otras tantas prácticas, los famosos ‘cinco pilares del islam’ que son la oración, la limosna – que incluye la contribución al culto -, el ayuno, la peregrinación a la Kaaba de La Meca y la profesión de fe, es decir, que ‘no hay más Dios que Alá y Mahoma es su profeta’. El camino recto que conduce a la salvación consiste en someterse a esa verdad revelada. Islam quiere decir precisamente ‘sumisión’.*

Así, la organización, que tiene influencia en los sectores estratégicos de la geopolítica y el petróleo, intenta reconstruir hoy los hechos de Mahoma de manera a imponer su interpretación extremista de la religión y del derecho islámico, en especial, de la Sharía, llevando a cabo

ejecuciones públicas, como las decapitaciones de cristianos, incluyendo niños, que se negaron a la conversión, así como la destrucción de templos y mezquitas, de modo que compite con *Al Qaeda* por la supremacía en los grupos yihadistas.

Considerando que con los años la palabra árabe *yihad* sufrió distorsiones, dejando su sentido literal de “esforzarse por una causa digna y ennoblecadora” para ser considerada “guerra santa contra los no-musulmanes” (Jalal, 2009: 17), lo que se hará en este trabajo es intentar mostrar de modo sintético el Estado Islámico por la perspectiva jurídica y política de la guerra justa y por el punto de vista sociológico de la religión.

Por consiguiente, existen tres interrogantes que necesitan ser respondidas: Una de ellas es básicamente si es que es posible considerar el Estado Islámico como una nueva guerra religiosa. La otra interrogante es cómo la sociología clásica comprender este fenómeno religioso. Por fin, se traza como objetivo descubrir cómo la sociología explica ese reclutamiento en masa de combatientes.

## 1. MATERIALES Y MÉTODOS

Este trabajo de investigación comprende la técnica cualitativa, una vez que abarca la observación de acciones y el análisis del discurso (Cardinaux; Kunz, 2004: 143). Las acciones observadas son las del Estado Islámico vueltas para hacer la *yihad* y el reclutamiento de los jóvenes desde la óptica de la teoría tradicional de la guerra santa hasta la observación sociológica de ese reclutamiento.

Para eso, la reconstrucción teórica fue preciso utilizar una hermenéutica que se realizó desde formatos de análisis críticos de los corpus discursivos que constituyen las fuentes de indagación hechas para materializar la pesquisa, a saber: ¿La *yihad* promovida por el Estado Islámico es una guerra santa?; ¿Es posible comprender el fenómeno de lo punto de vista sociológico? ¿Cómo es hecho el reclutamiento?;

La perspectiva jurídica y política de la guerra justa parte de las enseñanzas de Agustín (1961), Aquino (1980), Walzer (2003), Flori (2004), Rahman (1966), Esparza (2015), Brener (1993) y Jalal (2009) para desarrollar la investigación respecto del Estado Islámico como una nueva guerra religiosa. Ya del punto de vista de la sociología se basa en las líneas de pensamiento de Comte (1978), Durkheim (1996), Marx (2010) y Weber (1982) para comprender este fenómeno religioso. Finalmente, examina el reclutamiento en masa de combatientes por los estudios de Bauman (2001).

## 2. RESULTADOS

La teoría de la guerra justa surgió de una perspectiva formulada por San Agustín y fue perfeccionada siglos más tarde por Santo Tomás de Aquino, trayendo la ética para los enfrentamientos bélicos. Para Agustín (1961) la guerra justa es aquella que tiene como objetivo restablecer la paz. La premisa de que las guerras pueden ser emprendidas por la voluntad de Dios está en su obra *Ciudad de Dios*, escrita entre los años de 413 y 427. La filosofía tomista, por su vez, indica situaciones capaces de legitimar una guerra: la autoridad del príncipe, la justa y reta intención de los beligerantes; el no cabimiento de un particular promover la guerra ni alistarse en milicias; y si el bien público depende del Estado, es el Estado que tiene que proteger los intereses de la ciudad, de la provincia o del reino (Aquino, 1980).

Así, el enfoque de la guerra justa trató de establecer la causa de la guerra (*jus ad bellum*), la conducción de la guerra (*jus in bello*), y las consecuencias de la guerra (*jus post bellum*), siendo que Agustín (1961) y Tomás de Aquino (1980) dieron un carácter religioso al explicar cómo una guerra podría empezar y cómo se podría combatirla.

Walzer (2003) revisó la teoría de la guerra justa en el siglo XX con el fin de discutir la guerra y las conductas dadas la actual estructura del mundo moral, recuperando, así, aquel enfoque a los ojos de la política y la moral. Walzer establece que el Estado debe analizar primero las razones por las que hay para comenzar una guerra y determinar si son justas o injustas. Posteriormente, se debe juzgar a los medios a ser adoptados, definiendo si será combatida de modo justo o injusto. En el primer caso tenemos el *jus ad bellum*, cayendo en el juicio sobre la agresión y la autodefensa. En el segundo tenemos el *jus in bello*, centrándose el juicio sobre las normas consuetudinarias y positivas de combate.

De acuerdo con Walzer (2003: 34):

*La realidad moral de la guerra es dividida en dos partes. La guerra es siempre juzgada dos veces: primera, con referencia a los motivos que los Estados tiene para luchar; segundo, con referencia a los medios que adopten. El primero tipo de juzgamiento es de naturaleza adjetiva: decimos que una guerra determinada es justa o injusta. El segundo es de la naturaleza adverbial: decimos que una guerra es hecha de manera justa o injusta. (Traducción libre de la autora)<sup>5</sup>*

La regla basilar de la justa causa en una guerra es la ocurrencia de agresión. De acuerdo con la Resolución nº 3.314 (XXIX) de la Organización de las Naciones Unidas (1974: 151):

*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente Definición.*

No obstante, hay algunas otras excepciones que pueden justificar moralmente la guerra en ausencia de agresión manifiesta: la intervención por adelantado en caso de agresión inminente en los casos que ponen en peligro la integridad territorial y la soberanía de los Estados; la intervención para revertir los efectos de una intervención anterior; la interferencia en situaciones probadas de violaciones de los derechos humanos; y para prestar asistencia a los movimientos separatistas, desde que sea demostrado su carácter representativo.

Con relación al Estado Islámico se observa que no es caso ni de guerra por agresión ni se encuadra en una de las excepciones que pueden justificar moralmente la guerra en ausencia de agresión y, consecuentemente, en una guerra justa. Mismo considerando que en la Edad Media, la noción de guerra justa ejerció influencia en la escena política y sirvió, por varias veces, para justificar tanto la conducta de la Iglesia como la de los cristianos, también no es posible denominarla de guerra santa.

Flori (2004: 7) explica, inclusive, que a finales del siglo XI, la Iglesia cristiana predicó la cruzada como forma de remisión de los pecados de los caballeros cristianos, teniendo como objetivo la recuperación y defensa del Santo Sepulcro de Jerusalén, contrariamente a la doctrina de Jesús Cristo del no uso de la fuerza y las armas. Ya la yihad es anterior a la cruzada y se admite desde el origen del islam. Sin embargo, su objetivo era la conquista de regiones que no habían sido pobladas por el islam, los llamados territorios de la guerra, con el fin de establecer la ley del islam, y no para convertir a sus habitantes como ocurre con el Estado Islámico.

Para Jalal (2009: 19), la palabra *yihad*<sup>6</sup> no puede ser interpretada como lucha armada o guerra santa sin distorsionar su significado coránico. Su palabra raíz aparece cuarenta y un veces en el Corán y ni siempre en el sentido de guerra, en cuanto las prohibiciones contra las guerras aparecen más de setenta veces. No obstante, en los versos que ligan la yihad a la lucha en beneficio de Dios, todas sus derivaciones significan empernarse por la causa de la fe. Cabe esclarecer, todavía, que la única yihad mencionada en el Corán como lucha armada es *al jihad fi sabil Allah* (yihad en el camino de Dios). Sin embargo, los versos que usan ese término son generalmente seguidos de exhortación a la paciencia en la adversidad y la dulzura en la fuerza.

Consecuentemente no fue el libro sagrado del islam que le dio la noción de guerra a la yihad. Según Rahman (1966: 37), la discrepancia entre el texto y las interpretaciones posteriores comenzó en el primer siglo del Islam, por secta extremista *kharajita*<sup>7</sup> que llegó a definir yihad como

violencia legítima contra los enemigos del Islam, tanto internos como externos, y declaró que ella era un pilar fe. Para los *kharajita*, las personas que se desviaban de las enseñanzas del Corán y de las prácticas prescritas por Mahoma no podrían vivir en comunidad.

De hecho, el Estado Islámico se utiliza de esa inversión del concepto clave del islam de manera de reducir la *yihad* a la guerra perpetua contra los no musulmanes para lograr sus objetivos que no son simplemente religiosos. De acuerdo con Esparza (2015), la pretensión de la *yihad* es extender el gobierno de la ley coránica a todas las esferas, en especial, en la esfera política. No obstante, para Ortiz y Caro (2018) su objetivo es imponer la ley islámica en los órdenes político, económico y cultural. Para ello (2018: 39):

*(...) el imperialismo es occidental porque de ahí surge el sistema capitalista que, trascendiendo lo religioso, afecta los patrones de comportamiento social, político y económico en culturas distintas. Por tanto, estos movimientos yihadistas surgirían por el deseo de reafirmar su identidad cultural -determinado por la diada diferenciadora del “nosotros/ellos”- frente a la amenaza extranjera. Por otro lado, el antiimperialismo, en concreto, se manifiesta en un odio hacia las potencias extranjeras (países europeos más Estados Unidos), las cuales se perciben como culpables de los problemas políticos, sociales y económicos, en tanto sus intervenciones políticas y militares dentro de Medio Oriente han generado un contexto de inestabilidad, violencia y pobreza.*

Cabe señalar que para entender el Estado Islámico es necesario comprender el fenómeno religioso y su incidencia en la vida social. Así es esencial desarrollar, mismo que de forma superficial, la sociología de la religión por cuatro pensadores que se consideran sus padres fundadores: Comte, Durkheim, Marx y Weber.

Comte (1978: 24-26) enfatizó la noción de fuerzas morales de las creencias religiosas. Para él, el papel central de la religión sería de integración del sistema social, de consolidación y estabilización de la relación hombre y sociedad. Sin embargo, Comte creía que las religiones tradicionales eran obstáculo para el progreso de la ciencia, aunque indispensables para la vida social. Él rechazaba las religiones como explicadoras de los fenómenos de la naturaleza y la sociedad, una vez que le cabía a la ciencia ese papel.

Por lo tanto, él consideraba imprescindible el establecimiento de una nueva religión, la religión de la humanidad, que se garantice la dirección y la cohesión a los grupos de la sociedad moderna. Escribió así un nuevo catecismo, cuya idea era la sustitución de Dios por la humanidad, transformando el aspecto metafísico de la religión en algo real y observable y dando fuerza significativa al hombre como representante de la humanidad y transformador del mundo (Ribeiro Júnior, 2003: 148-150).

Por consiguiente, el Estado Islámico no se encaja con las enseñanzas de Comte.

Así como Comte, Durkheim (1996: 32) juzga la religión como algo importante, pero afirma que ellas no tendrían lugar en las sociedades modernas debido al progreso técnico científico. Durkheim define la religión como “*un sistema solidario de creencias y prácticas relativas a las cosas sagradas, o sea, separadas, prohibidas, creencias y prácticas que reúnen en una misma comunidad moral, llamada iglesias, todas aquellas que a ellas adhieren*” (Traducción libre de la autora)<sup>8</sup>.

Él distingue las formas de organización religiosa en formas elementales, o sea, aquellas propias de sociedades donde prima la estructura comunitaria (solidaridad mecánica) y las formas complejas, es decir, desarrolladas en sociedades con una amplia división del trabajo (solidaridad orgánica). La religión es vista como una realidad *sui generis*, siendo ella más importante que sus practicantes, a quienes se les impone y determina. Esto significa que no es posible comprender el fenómeno religioso observando solamente a las experiencias subjetivas de sus practicantes.

De tal manera, como hecho social, tiene la facultad de ejercer la coerción externa sobre los individuos. En la vida colectiva se observa una síntesis peculiar de la conciencia privada y las experiencias religiosas colectivas, como los ritos, cultos y creencias, son expresiones de la realidad colectiva que permiten cohesionar a un grupo alrededor de un conjunto de prácticas que trascienden a los individuos.

Aunque Durkheim (1996: VII) considere las religiones como fuerza de coerción social, él cree que ella son “*verdaderas a su modo: todas corresponden, aún que de maneras diferentes, a condición dada de la existencia humana*”. (Traducción libre de la autora)<sup>9</sup>

Por la línea de pensamiento de Durkheim (1996), las acciones del Estado Islámico también no se justifican, una vez que quieren imponer una única religión para la humanidad.

Marx (2010a), por su vez, visualiza la religión como una falsa e ilusoria representación del mundo. Para él, la religión es un conjunto de ideas que resultan como fracción del desenvolvimiento de la cultura, de las ideas humanas, que, por su vez, son ilusoriamente atribuidas a la actividad de dioses o fuerzas sobrenaturales, y es esta su gran característica y su gran poder alienador. Esa alienación hace que el individuo olvide que el mundo es creado por la actividad humana y permite que la religión se constituya un pilar para el mantenimiento de estructuras de dominación social. Afirma, todavía, que las religiones legitiman acciones que son, de hecho, producto de las luchas entre clases. Por esa razón, Marx (2010a: 45) considera los argumentos religiosos ideologías que esconden y legitiman la dominación y la exclusión social, de modo a justificar el poder de los dominantes sobre los dominados. Según Marx “*la religión representa el espíritu de la sociedad*

*burguesa, la expresión de la división y del distanciamiento entre las personas*”. (Traducción libre de la autora)<sup>10</sup>

Cabe señalar que para Marx (2010b: 146) una sociedad no emancipada produce la religión. Así el fundamento de su crítica es que quien hace la religión es el hombre y no la religión que hace el hombre. La religión es el resultado de la conciencia imperfecta que el hombre tiene de sí mismo como ser social, siendo al mismo tiempo la expresión de la miseria real y el protesto contra la miseria real. En síntesis, la religión es el opio del pueblo. Según Marx, a pesar de la religión ser la expresión de la miseria de la sociedad, ella trasciende, dando voz de protesto para la voz humana, siendo el canal de expresión para dar sentido a la vida o tórnala soportable.

Aunque Marx nunca haya estudiado la religión en detalle y la mayoría de sus ideas surgieron en diálogo con Feuerbach, sus pensamientos han influenciado fuertemente en el desarrollo de los estudios en el campo (Marx; Engels, 1984).

Considerando las enseñanzas de Marx, se observa que el Estado Islámico es incompatible con la emancipación de la sociedad, por tratarse de dominación de masa, de una especie de opresión bajo la sumisión de los seres humanos a un ser creado por ellos (Alá) para su exploración.

De modo contrario a Marx, Weber (1982: 309) dedicó parte de su vida al estudio de las religiones. Él estudió el cristianismo, hinduismo, budismo, taoísmo y judaísmo antiguo, pero no tuvo tiempo para terminar sus estudios sobre el islamismo, siendo que sus consideraciones al respecto del islam son fragmentarias. En síntesis, Weber buscó indagar sobre las circunstancias históricas por las cuales sólo en occidente se ha desarrollado lo que conocemos como el mundo moderno.

En su análisis sobre sociedad moderna, Weber (1982) afirma prevalecer el proceso de racionalización, identificando una tensión constante entre el pensamiento religioso y la racionalidad instrumental de la ciencia, entre el dominio de la creencia en la ciencia y la creencia en la salvación religiosa. Sobre el proceso de racionalización, explica Lora (2007: 6):

*A través de su análisis de las instituciones correspondientes a la progresiva racionalización (la economía capitalista, la burocracia y la ciencia empírica profesionalizada) muestra que la “racionalización” de la sociedad no conlleva ninguna perspectiva utópica, de cualquier signo que ésta sea, sino que más bien conduce al aprisionamiento progresivo del hombre moderno en un sistema deshumanizado o a la “creación de una ‘jaula de hierro’ de racionalidad burocrática de la cual nadie puede escapar*

A ese proceso de desencantamiento del mundo Weber denominó ascetismo intramundano. Él compara, por consiguiente, la influencia de las diversas ideas religiosas sobre las diversas

actitudes económicas, infiriendo a través de nexos directos o indirectos, como se da la conformación de los respectivos sistemas de la civilización. Según Cely (2007: 79):

*De esta manera, Weber logra problematizar la hipótesis propuesta previamente por Marx, según la cual la religión es un aparato ideológico que colabora en el sostenimiento de las estructuras sociales tradicionales, mostrando que los sistemas religiosos pueden representar también un papel vital en los procesos de cambio social, tal y como se da en el caso de la ética protestante y su influjo en el desarrollo del capitalismo.*

Las contribuciones de Weber (1982) para la sociología de la religión son innumerables, como por ejemplo, el enfoque subjetivista, que se basa en la comprensión de los efectos psicológicos de una doctrina religiosa. Son esos efectos que orientan y motivan la acción humana mediante concepciones de orden general de existencia, revistiendo tal aura de facticidad que los estados de ánimo y las motivaciones se presentan como singularmente realistas. Tal dimensión es muy importante para comprender el Estado Islámico y la fuerza motivacional que impulsa su milicia.

Con relación a la “guerra santa” de los yihadistas, Weber (1982: 311) enseña que su sentido histórico dice respecto a una guerra religiosa expansionista muy similar al judaísmo bíblico y no proselitista. Así, históricamente la guerra por la fe islámica fue impulsada por el interés de las riendas feudales, para la conquista de tierras y no por lo intento de convertir las personas a la religión islámica.

Aunque Weber (1982) tenga historiográficamente razón cuando escribe que la guerra santa musulmana no estaba dirigida a efectos de la conversión, pero tenía ambiciones políticas motivadas por intereses territoriales, él afirma que el propósito de la yihad era aún la expansión universal del dominio islámico y no de la religión islámica. Se desprende, por tanto, que Weber postuló al islam una identidad cultural totalmente incompatible con la modernidad y con la establecida por el Estado Islámico.

Finalmente, hace necesario analizar el reclutamiento en masa de combatientes, una vez que se trata de un fenómeno peculiar en que extranjeros dejan sus países para unirse a los extremistas. Para entender la razón de esa fascinación con el movimiento, en especial por los jóvenes europeos, es preciso tener en mente la falencia de las políticas de integración social.

Según Barrett (2014), el extranjero que va a combatir en la Siria tiene entre dieciocho y veintinueve años, aunque tenga muchos entre quince y diecisiete años como también personas con más de treinta, diferentemente de la yihad ocurrida en Afganistán en la primera década de este siglo, cuyos combatientes extranjeros tenían entre veinticinco y treinta y cinco años. Esto significa que los

extremistas están cada vez más jóvenes. Otro detalle importante es que la mayoría son hombres, aunque exista un determinado número de mujeres, en particular de países occidentales, que van con amigo o marido o mismo solo. Además, estas personas no tienen entrenamiento militar o experiencia en combatir, siendo que solamente algunos tienen entrenamiento básico. Barrett (2014: 18) afirma, todavía, que:

*Esto parece ser común en la mayoría de las nacionalidades y encaja con el elevado número de conversos, probablemente las personas que buscan un mayor sentido de propósito y significado en sus vidas. De hecho, la narrativa islamista de Siria como una tierra de "yihad" ocupa un lugar destacado en la propaganda de los grupos extremistas en ambos lados de la guerra, tal como lo hace en los comentarios de los medios sociales de sus reclutas extranjeros. La oportunidad y el deseo de presenciar y participar en una batalla profetizada 1.400 años antes es un motivador fuerte. Y para algunos, también lo es la oportunidad de morir como un "mártir" con jeques extremistas y otros expertos religiosos autonombrados que declaran que cualquier persona que muera luchando contra el enemigo "infiel", sea quien sea, será especialmente favorecida en el más allá (Traducción libre de la autora)<sup>11</sup>*

Para esos jóvenes la *yihad* ofrece la igualdad de oportunidades que ellos no tendrían en sus países. Además para ellos el Estado Islámico es emocionante, glorioso y, principalmente, está en la moda, en el sentido de traer la aceptación en el medio social, bien como las cosas materiales deseables a los jóvenes. Para eso, el internet se ha transformado en un vector de propaganda para la juventud. En ese sentido, Adhami (2007) afirma que es la capacidad de difundir la información de forma instantánea y sin costo alguno es la clave para ganarse la total aceptación de los musulmanes en el mundo. Rivas (2014: 2), que ha observado los yihadistas franceses, asevera que la propaganda hecha en las redes sociales mira los jóvenes que buscan la fama. Para tanto:

*El nuevo look de los extremistas vehiculado a través de internet se aleja de la figura sombría y aspecto medieval de los muyahidín del pasado. Basta echar un vistazo por los perfiles de los jóvenes yihadistas franceses para darse cuenta de la modernización de los métodos de captación. **Fiestas al borde la piscina, paseos en moto**, veladas-kebab y nada de thobes, quamis u otra túnica islámica, sino **ropa de marca occidental, calzado deportivo a la moda y las inevitables Ray-Ban**. Y, por supuesto, "chicas". Es el yihadismo cool.*

El reclutamiento en la internet contempla no son solo los jóvenes franceses pero jóvenes del mundo todo seducidos con la yihad. Hurtado (2014) cita, por ejemplo, los jóvenes turcos, en espacial, aquellos de la Universidad de Estambul y de las provincias rurales.

Así la inspiración no es la doctrina religiosa ni las enseñanzas del Corán, pero si es una identificación con una causa supuestamente fascinante y una acción que promete gloria, admiración y estima de amigos, bien como el respecto eterno.

Ese fenómeno puede ser examinado por la perspectiva de Bauman (2001) al respecto de la liquidez moderna. Según Bauman, hay una época de liquidez, de incertidumbre e inseguridad, en que todos los conceptos de referencia de la época anterior se han retirados para dar espacio para una lógica del consumo, del ahora, del disfrute y de la artificialidad. Él utiliza, inclusive, la palabra conexión para referirse a las relaciones personales, una vez que lo fundamental es desconectarse sin grandes pérdidas o costos. De hecho, Bauman se refiere al miedo de establecer relaciones duraderas y de la fragilidad de establecer lazos solidarios, pues en la modernidad esos dependen solamente de los beneficios que generan. Afirma, así, que el amor al prójimo, ha distorsionado hasta tal punto que se teme a los extraños.

Bauman (2001) sostiene que vivimos en un tiempo líquido, en que no hay valores sólidos, pues los modelos y estructuras sociales no perduran lo suficiente para enraizarse. Vivimos, todavía, el debilitamiento de los sistemas de seguridad que protegían al individuo, donde las ciudades son metrópolis del miedo, lo cual no deja de ser una paradoja, dado que los núcleos urbanos se construyeron rodeados de murallas y fosas para protegerse de los peligros que venían del exterior. No obstante, vivimos la renuncia a la memoria, puesto que el olvido se presenta como condición del éxito.

Es esta fragilidad que presupone que estos jóvenes salgan de sus países para vivir como mercancía para ser consumida y desechados. Es la liquidez que explica este camino para la muerte.

## CONCLUSIONES

Sobre la base de lo que se discutió en esta investigación, se concluye que el Estado Islámico no se encuadra en guerra justa, puesto que no es una guerra por agresión ni una guerra moralmente justificada en caso de ausencia de agresión. Se observa que las reglas que justifican la guerra con base en la religión tanto por la teoría tradicional de Santo Tomás de Aquino y Agustín como la teoría revista por Walzer no se coadunan con las acciones del Estado Islámico.

Es importante tener en cuenta que su contexto histórico también no la incluye como una de guerra santa. En realidad, hay un cambio de sentido en la palabra *yihad*, de forma que modificar su acepción para una guerra contra los no musulmanes por motivos que van además del alcance religioso, como político, cultural, económico, entre otros.

Con relación al estudio comparado con versiones presentadas por los cuatro fundadores de la sociología de la religión, fue posible observar, mismo que de forma perfunctoria, la importancia del Estado Islámico como fenómeno religioso. Sin embargo, se desprende, principalmente por Weber, a incompatibilidad de las acciones del Estado Islámico con los dogmas del islam.

Por fin, en lo que dice respecto al reclutamiento en masa de extranjeros como combatientes, se verifica que el movimiento fascina a los jóvenes por diversas razones, siendo resultado de este mundo líquido, sin valores sólidos o modelos y estructuras sociales que se puede enraizarse.

Además el uso del internet como herramienta del reclutamiento es eficaz y la propaganda hecha mira el los jóvenes de todo el mundo que buscan no el anonimato, pero el suceso y el poder, en que pese tratarse de algo superficial.

## REFERENCIAS:

ADHAMI, Wael. **La importancia estratégica de Internet para los grupos armados insurgentes en las guerras modernas**. 2007. Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc-868-adhami.pdf>>. Acceso en: 20 oct. 2018.

AGUSTÍN, Aurélio. 1961. **Cidade de Deus**. São Paulo: Editora das Américas.

AQUINO, Tomás. 1980. **Suma teológica**. Porto Alegre: Sulina.

BARRETT, Richard. 2014, “Foreign fighters in Syria”. **The Soufan Group**. Disponible en: <<http://soufangroup.com/wp-content/uploads/2014/06/TSG-Foreign-Fighters-in-Syria.pdf>>. Acceso en: 26 abr. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. 2001. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BRENER, Jayme. 1993. **Ferida Aberta: o Oriente Médio e a Nova Ordem Mundial**. 6. ed. São Paulo: Atual.

CARDINAUX, Nancy Susana; KUNZ, Ana Elena Margarida. 2004. **Investigar en derecho**. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho.

CELY, William Mauricio Beltrán. 2007. “**La sociología de la religión: una revisión del estado del arte**”. In: Delgado, Mauricio de Jesús Adarve (et al.), Creer y poder hoy: memorias de la cátedra Manuel Ancízar, pp. 75-94.

COMTE, Auguste. 1978. **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural.

DURKHEIM, Émile. 1996. **As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália**. São Paulo: Martins Fontes.

ESPARZA, José Javier. 2015. **Historia de la yihad: catorze siglos de sangre en el nombre de Alá**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Ateneu.

FLORI, Jean. 2004. **Guerra santa, yihad, cruzada: violencia y religión en el cristianismo y el islam**. Granada: Editorial Universidad de Granada.

JALAL, Ayesha. 2009. **Combatentes de Alá**. São Paulo: Larousse.

HURTADO, Luís Miguel. **El Estado Islámico se pone de moda entre los jóvenes turcos**. 2014. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/internacional/2014/10/25/544a8b7ee2704e73028b4570.html>>. Acceso en: 20 oct. 2018.

LORA, Laura Noemi. 2007. **La condición posmoderna: La calidad de vida en el instituto de la adopción Perspectiva socio-jurídica**. Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires.

MARX, Karl. 2010a. **A questão judaica**. São Paulo: Boitempo.

\_\_\_\_\_. 2010b. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. 1984. **A ideologia alemã. Teses sobre Feuerbach**. São Paulo: Moraes.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Resolución nº 3.314**. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3314%28XXIX%29>>. Acceso en: 22 abr. 2015.

ORTIZ, Cristóbal; CARO, Isaac. 2018. “La yihad sunita del Estado Islámico y Al-Qaeda: islamismo, antiimperialismo... ¿y nihilismo político-mesiánico?”. **Estudios internacionales**. vol. 50. N. 189: 37-62.

RAHMAN, Fazlur. 1966. **Islam**. New York: Anchor.

RIBEIRO JÚNIOR, João. 2003. **Augusto Comte e o positivismo**. Campinas: Edicamp.

RIVAS, Luis. **Fiestas, ropa cara y chicas: el yihadismo ‘cool’ de la "generación Gran Hermano**. 2014. Disponible en: <[https://www.elconfidencial.com/mundo/2014-09-16/fiestas-ropa-cara-y-chicas-el-yihadismo-cool-de-la-generacion-gran-hermano\\_196070/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2014-09-16/fiestas-ropa-cara-y-chicas-el-yihadismo-cool-de-la-generacion-gran-hermano_196070/)>. Acceso en: 20 oct. 2018.

SCLOFSKY, Sebastián. **Introducción al Medio Oriente**. 2010. Disponible en: <<http://libroesoterico.com/biblioteca/islam/Introduccion%20Al%20Medio%20Oriente.pdf>>. Acceso en: 20 oct. 2018.

WALZER, Michael. 2003. **Guerras justas e injustas**. São Paulo: Martins Fontes.

WEBER, Max. 1982. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: JC Editora.

---

## NOTAS

1. También denominado Estado Islámico de Irak y Siria (ISIS) o Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIL).

2. Los sunitas surgieron con la primera división del islam, pero para entenderlo es necesario comprender lo que es el islam y el islamismo. Es posible decir, que el islam es una religión que empezó cuando Dios reveló su verdad a Mahoma, que por su vez, dejó la revelación impresa en el Corán. El islamismo se procede del islam y representa la pretensión de extender el gobierno del Corán a todas las esferas de la vida en nombre de la ortodoxia religiosa. Con la muerte de Mahoma, su suegro Abu Bakr le sucedió y empezó la expansión territorial del islam. Por su vez, Abu Bakr fue sucedido por otro suegro de Mahoma, Omar ibn Al-Jattab, que gobernó por diez años y continuó la expansión del islam. Con su muerte asumió Otmán Uzman ibn Affan, que era casado con dos hijas de Mahoma. No obstante, después que Otmán falleció sin dejar sucesor ocurrió una gran división del islam entre sunitas y chiitas. Los chiitas, del árabe *chía*, que significa partido o facción, eran favorables a la trasmisión del poder a Alí ibn Abi Talib, que era pariente estrecho de Mahoma. Ya los sunitas, del árabe *suní*, que quiere decir los que siguen la sunna, o sea, los dichos y hechos de Mahoma, defendían que el poder debía quedarse con aquellos que seguían la tradición de Mahoma, o sea, con las familias tradicionales de La Meca. Así se empezó una guerra por el califato, en que la facción vencedora fue la sunita (BRENER, 1993).

3. La palabra yihadista viene de yihad, un vocablo árabe generalmente traducido como guerra santa por tratarse de la imposición del islam por la fuerza de las armas. Según Esparza (2015: 21): *“En realidad, yihad significa propiamente ‘lucha’ o ‘esfuerzo’ y es una de las obligaciones capitales de cualquier musulmán. Su interpretación en términos literalmente bélicos es discutible. Muchos sostienen que en realidad se trata de una ‘lucha espiritual’ interior. Según la interpretación más habitual, hay una ‘yihad mayor’, que es la lucha personal por mejorar a los ojos de Dios, y una ‘yihad menor’, que es el combate físico contra los enemigos del islam”*.

4. El vocablo califato viene de la palabra califa, que quiere decir sucesor. El primer califa fue Abu Bakr, suegro de Mahoma. En la secuencia viene Omar ibn Al-Jattab y Otmán Uzman ibn Affan, comúnmente llamados califas ortodoxos. Con la disputa por el poder y consecuente división entre los chiitas y los sunitas se han creado diversos califatos. El califato del Estado Islámico se deriva de una de los varios califatos del grupo sunitas.

5. En portugués (texto original): *A realidade moral da guerra é dividida em duas partes. A guerra é sempre julgada duas vezes: primeiro, com referência aos motivos que os Estados têm para lutar; segundo, com referência aos meios que adotam. O primeiro tipo de julgamento é de natureza adjetiva: dizemos que uma guerra determinada é justa ou injusta. O segundo é de natureza adverbial: dizemos que uma guerra é travada de modo justo ou de modo injusto.* (WALZER, 2003: 34)

6. La yihad designa el esfuerzo para llegar a la fe. No se trata de un sexto pilar del islam ni necesariamente guerra, aunque a lo largo de la historia del islam siempre se he hablado en la yihad en un contexto bélico.

7. Según Sclofsky (2010: 13): *“Los Kharajitas fueron la primera secta en el Islam en expresar una política igualitaria sin compromisos: la de que el liderazgo de la comunidad islámica pertenecía a los musulmanes más observantes”*. Jalal (2009) afirma que *en la visión kharajita, los musulmán que se desviasen del Corán y de la práctica prescrita por Mahoma no debía continuar en la comunidad, bien como una yihad tenía que ser contra ellos*.

8. En portugués (texto original): *“um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a elas aderem”* (DURKHEIM, 1996: 32).

9. En portugués (texto original): *“verdadeiras a seu modo: todas correspondem, ainda que de maneiras diferentes, a condições dadas da existência humana”* (DURKHEIM, 1996: VII)

10. En portugués (texto original): *“a religião representa o espírito da sociedade burguesa, a expressão da divisão e do distanciamento entre as pessoas”*. (MARX, 2010a: 45)

11. En inglés (texto original): *This appears to be common across most nationalities and fits with the high number of converts, presumably people who are seeking a greater sense of purpose and meaning in their lives. Indeed, the Islamist narrative of Syria as a land of ‘jihad’ features prominently in the propaganda of extremist groups on both sides of the war, just as it does in the social media comments of their foreign recruits. The opportunity and desire to witness and take part in a battle prophesized 1,400 years earlier is a strong motivator. And for some, so too is the opportunity to die as a ‘martyr’ with extremist sheikhs and other self-appointed religious pundits declaring that anyone who dies fighting the ‘infidel’ enemy, whoever that may be, will be particularly favored in the afterlife* (BARRETT, 2014: 18)

**AUTORA:**

**Ana Claudia Moreira Miguel Philippini**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena, especialista em Direito Público (enfoque: Direito Constitucional e Administrativo) pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena e em Direito em Administração Pública (enfoque: Direito Constitucional e Administrativo) pela Universidade Castelo Branco. Mestre em Ciência Política (enfoque: Direito Internacional) pela Universidade da Força Aérea. Formação complementar na Fordham Law School (Direito Internacional). Cursa atualmente Doutorado em Direito (enfoque: Direito Constitucional Geral e Internacional) na Universidade de Buenos Aires.

# NEUTRALIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA JURÍDICA: as disfunções do paradigma positivista e suas influências no direito

*Lucas Kaiser Costa*

Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

E-mail: lucas-kaiser@hotmail.com

*Gilsilene Passon Picoretti Francischetto*

Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

E-mail: gilsilenepasson@uol.com.br

## RESUMO

Na modernidade, a ciência passou a exercer papel de primazia no que diz respeito às constatações da verdade e da falsidade acerca das coisas do mundo, em detrimento das demais formas de saber. Verificou-se, assim, a partir da racionalidade moderna, a supremacia do conhecimento científico. A cientificização do mundo, por sua vez, influenciou os demais campos do conhecimento, dentre os quais o próprio direito; advém, daí o positivismo jurídico. Ocorre, porém, que as características inerentes à ciência – dentre as quais, a neutralidade –, a partir da complexificação das relações sociais, passaram a se mostrar insuficientes para oferecer repostas às demandas dessa mesma sociedade, o que levou ao esgarçamento das disfunções desse paradigma positivista. Neste sentido, portanto, o presente artigo tem como proposta central contribuir com sobredito debate, investigando-se, de uma forma dialética e dialógica, justamente, quais os impactos e as influências das disfunções do paradigma positivista, notadamente, no que diz respeito à pretensão de neutralidade científica, no campo do direito.

**Palavras-chave:** Modernidade; positivismo; positivismo jurídico; neutralidade científica.

---

## ABSTRACT

In modernity, science has taken on a leading role in regard to truth and falsehood about things in the world, to the detriment of other forms of knowledge. Thus, from the point of view of modern rationality, the supremacy of scientific knowledge was verified. The scientificization of the world, in turn, influenced the other fields of knowledge, among which the law itself; hence, legal positivism. However, the inherent characteristics of science - such as neutrality - from the complexification of social relations, have become insufficient to offer answers to the demands of the same society, which led to the scrapping of the dysfunctions of this paradigm positivist. In this sense, therefore, the main purpose of the present article is to contribute with a great deal of debate, in a dialectical and dialogical way, investigating precisely the impacts and influences of the dysfunctions of the positivist paradigm, especially with regard to the pretension of scientific neutrality, in the field of law.

**Keywords:** Modernity; positivism; legal positivism; scientific neutrality.

## **INTRODUÇÃO**

A teoria do conhecimento aponta, comumente, três formas de saber como meios capazes de explicar os fenômenos do mundo e as coisas da vida, seriam elas, a teologia, a filosofia e a ciência. É bem verdade, porém, que em determinado momento da história se rompeu com as explicações teológicas e filosóficas, verificando-se a supremacia da forma de saber científica. Nomeia-se esse momento como modernidade.

A modernidade, por sua vez, tem como característica marcante uma racionalidade calcada na razão humana. Vale dizer, rompe-se com o modelo anterior – pré-moderno – e se estabelece o homem e o atendimento das suas necessidades como fim último. Daí a busca incansável pela verdade, pelo progresso e pelo controle e dominação da natureza, como formas de instrumentalizar esse sucesso.

Essa busca pela verdade não se traduziu, contudo, numa busca por qualquer verdade, senão pela verdade da ciência, como única capaz de dar uma resposta satisfatória – eis que pretensamente precisa – às angústias humanas.

Passou-se, assim, a se cientificizar o mundo, na medida em que as respostas eram encontradas apenas dentro dessa forma de conhecimento, o saber científico. Atribui-se a esse paradigma o nome de positivismo, que, se espraiando pelas diversas áreas do conhecimento, veio a refletir inclusive no direito – positivismo jurídico.

Como forma de justificar sua dominância de maneira a reduzir a possibilidade de questionamentos, o positivismo cientificista tem como uma de suas características marcantes a neutralidade, ou seja, os procedimentos científicos obtêm seus resultados independentemente da subjetividade do investigador, uma vez que a verdade está sempre no objeto, cabendo ao pesquisador tão somente a descobrir.

Ocorre, todavia, que sobredita neutralidade é inexistente, vale dizer, não passa de um mito. E isso porque, assim como ocorre com as demais formas de saber, também na ciência suas reflexões e seus procedimentos são sempre parciais, existenciais, contextuais. São, portanto, sempre frutos de escolhas.

Dito de outro modo, o caminho que se trilha através da ciência, enquanto instrumental, na busca pela verdade, depende de escolhas feitas por quem dela se vale; escolhas essas que variam de acordo com cada indivíduo, seu contexto, seu aspecto existencial, entre outros. E é exatamente essa parcialidade que nega a neutralidade científica.

Deste modo, sob o mantra de uma “pseudoneutralidade” se impõe uma vontade hegemônica – também parcial – como se ela fosse decorrência lógica do próprio fenômeno investigado, ou mera manifestação dessa verdade.

O que se observa, portanto, são verdadeiras disfunções do paradigma positivista científicista, na medida em que, tentando dominar a realidade, enquadrando-a no seu bojo, reduziu-a drasticamente àquilo que entendia hegemonicamente enquanto compreensão perfeita e acabada dos fenômenos e das coisas da vida.

O problema, porém, é que essas disfunções não ficaram adstritas à ciência, uma vez que, notadamente a partir do século XVIII, com a consolidação dos Estados Modernos – após o advento da Revolução Francesa, em 1789 –, verificou-se a ampliação da influência do espectro positivista para outros campos do conhecimento, dentre os quais o direito.

Essa pretensão de transposição da lógica positivista para o mundo jurídico, através da científicização do direito, trouxe consigo as disfunções a ela inerentes, influenciando-o aparentemente de forma perversa, na medida em que o subjugou a trabalhar segundo seus próprios mecanismos, onde a dicotomia científica do verdadeiro/falso se converte no binômio legal/ilegal; lícito/ilícito.

Problema ainda maior parece se verificar não apenas quando as características do paradigma positivista influenciam o universo jurídico, mas quando seus mitos e ilusões também o fazem, como ocorre com a neutralidade científica, científicizando o direito a partir de um imaginário socialmente compartilhado e coletivamente reproduzido, que concebe e reafirma um discurso hegemônico conveniente, não obstante sabidamente falso.

Nesta perspectiva, portanto, surge como elemento motivador da realização deste estudo a seguinte indagação: Quais os impactos e as influências das disfunções do paradigma positivista, notadamente no que diz respeito à pretensão de neutralidade científica, no direito?

## **1. O PARADIGMA MODERNO: A RACIONALIDADE MODERNA E SUA CRISE**

O presente tópico tem por objetivo tratar do paradigma da modernidade, descrevendo-o, apresentando a racionalidade que o forja e sua crise. Nesta perspectiva, denota-se de fundamental relevância a contribuição de Boaventura de Sousa Santos no exame acerca da racionalidade moderna. E isso porque, tem-se que a passagem da pré-modernidade para a modernidade marcou a formação do paradigma moderno, vale dizer, do “modelo científico de verdade, aceito e

predominante em determinado momento histórico” (Kuhn, 1975, p. 218), ou, em outras palavras, da teia de pressupostos políticos, econômicos, sociais e culturais que informam este período.

Nesta perspectiva, um dos pilares que embasaram e sustentaram a modernidade – juntamente com o direito moderno estatal – foi o conhecimento científico, que, por sua vez, buscou informar os critérios de verdade e de falsidade para as explicações sobre a vida humana de uma maneira geral.

Saiu-se, então, de um momento pré-moderno, fortemente marcado pela influência do “divino”<sup>1</sup> na explicação dos acontecimentos do mundo, para um momento moderno, em que essas mesmas explicações passaram a se basear na razão<sup>2</sup>. E isso porque, a teologia e a filosofia mostraram-se incapazes de atestar a verdade ou a falsidade acerca das coisas do mundo e da vida propriamente.

Essa racionalidade, por sua vez, se pautou justamente na ciência – a racionalidade científica –, uma vez que se acreditou que essa forma de conhecimento seria capaz de responder com precisão às indagações humanas. Centrou-se, assim, no homem e não mais na figura divina; ocasião essa que marcou o rompimento com a Idade Média, caracterizando-se, então, a passagem da pré-modernidade para a modernidade.

Esse modelo de racionalidade moderna foi constituído a partir da revolução científica<sup>3</sup>, no século XVI, tendo perdurado pelos séculos subsequentes, sobretudo os séculos XVII e XVIII, e tem como característica marcante a separação<sup>4</sup> entre ciência, filosofia e teologia, tendo ficado incumbido à primeira – ciência moderna –, conforme mencionado, o “monopólio da distinção universal entre o verdadeiro e o falso” (Santos, 2007, p. 03).

Noutras palavras, coube à ciência moderna não apenas a primazia da verdade, mas também o papel de protagonismo epistemológico como única forma de conhecimento credível, de modo que, em sentido contrário, todo conhecimento que não se pautava nos métodos científicos<sup>5</sup> e em seus preceitos era rechaçado ou invisibilizado (Santos, 2010b).

E a possibilidade de se chegar a essa verdade, através da ciência, adviria de suas próprias características, tais como a racionalidade, a sistematicidade e a verificabilidade (Lakatos, 2010, p. 62). Porém, foi à pretensão à objetividade que conferiu ao conhecimento científico sua [pseudo] neutralidade.

E isso porque, a neutralidade subjazeria da objetividade, na medida em que a característica desta dispõe que “o sujeito conhecedor não deve influenciar [no] objeto de modo algum” (Dionne, 1999, p. 27). Vale dizer, sendo objetiva por si só, não haveria espaço para a subjetividade do investigador. Daí, portanto, adviria a neutralidade.

Ocorre, entretanto, que sobredita neutralidade é um mito<sup>6</sup>, tendo em vista que a ciência pressupõe aspectos culturais, contextuais e valorativos (Japiassu, 1975), que impedem essa neutralidade. O que existem, portanto, são escolhas conscientes que direcionam o caminhar científico.

Assim como ocorre com as demais formas de saber, também na ciência suas reflexões e seus procedimentos são sempre parciais e existenciais. O caminho que se trilha através da ciência, enquanto instrumental, na busca pela verdade, depende de escolhas feitas por quem dela se vale; escolhas essas que variam de acordo com cada indivíduo.

Entretanto, foi sob o mantra da “pseudoneutralidade” que se impuseram verdades hegemonicamente fabricadas, como se fossem decorrências lógicas da própria verdade científica então demonstrada. O que permite constatar a existência de verdadeiras disfunções do paradigma positivista científicista, na medida em que, tentando dominar a realidade, enquadrando-a no seu bojo, mutilou-a, reduzindo a complexidade que lhe é inerente (Morin, 2011).

Todavia, sobreditas disfunções não ficaram adstritas ao conhecimento científico, tendo ampliando seu espectro de influência – sobretudo a partir da consolidação dos Estados Modernos e a emergência de um direito oficial estatal –, para além dos seus muros, chegando a outros campos do conhecimento, dentre os quais o direito.

Aliás, em realidade, a emergência do direito moderno estatal enquanto pilar fundador da modernidade foi possibilitada pela própria ciência moderna; o que apenas reafirma o fato de que enquanto o conhecimento científico é corolário do positivismo, o positivismo jurídico – enquanto concepção teórica predominante no direito moderno – também é resultado deste.

Ocorre que a transposição da lógica positivista para o mundo jurídico, através da científicização do direito, trouxe consigo as disfunções a ela inerentes, influenciando-o aparentemente de forma perversa, na medida em que o subjugou a trabalhar segundo seus próprios mecanismos, onde a dicotomia científica do verdadeiro/falso se converteu no binômio legal/ilegal; lícito/ilícito.

Tratou-se, verdadeiramente, de um casamento aparentemente trágico, mas certamente fértil, uma vez que uma das características centrais do positivismo científicista é, justamente, a aspiração “à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos” (Santos, 2010b, p. 29), o que vai frontalmente ao encontro da pretensão do direito.

Dito de outro modo, o propósito do projeto positivista acabou por guardar íntima relação com a proposta do direito, daí a fertilidade da influência suportada pelo positivismo jurídico. Como

assevera Galuppo (2005, p. 197), “o Positivismo é um projeto inerente à própria Modernidade: conhecer para dominar, e dominar para libertar. Ordem e progresso”. A ordem, do campo do jurídico, e o progresso, do campo científico.

O problema ainda maior se verifica quando não só as características do paradigma positivista influenciam o direito. Mas, quando seus mitos também o fazem, como ocorre com a neutralidade científica, que cientificiza o direito a partir de um imaginário socialmente compartilhado, porém ilusório, que reproduz um discurso hegemônico conveniente à lógica dominante.

E isso porque, as características da neutralidade científica, tais como a mensuração da dimensão apenas externa do objeto analisado, com o devido afastamento de qualquer conteúdo subjetivo do investigador, quando transpostas para o direito, aparentemente reduzem sobremaneira o exame do fato social, distorcendo-o (Santos, 2010b, p. 35).

Neste sentido, o que se observa é que sobreditas características, enquanto frutos de uma perspectiva ilusória, que se mostraram perniciosas na ciência e esgarçam a crise<sup>7</sup> da racionalidade positivista, aparentemente tem o condão de fazer o mesmo no direito. Daí, portanto, a partir da investigação dos impactos dessas disfunções, denota-se a imperiosa necessidade de se repensar o próprio direito.

## **2. POSITIVISMO CIENTIFICISTA E O MITO DA NEUTRALIDADE**

Não apenas a ciência moderna, mas também o direito moderno estatal formam os pilares sobre os quais se fundou a modernidade. Deste modo, enquanto o primeiro tratou de informar os critérios de verdade e de falsidade para as explicações sobre a vida, o segundo regulou-a, dentro dos limites da legalidade e da ilegalidade<sup>8</sup>.

Inclusive, a emergência do direito moderno estatal enquanto pilar fundador da modernidade foi possibilitada pela própria ciência moderna. E isso porque, enquanto o conhecimento científico é corolário do positivismo, o positivismo jurídico – enquanto concepção teórica predominante no direito moderno – também é resultado deste.

Esse positivismo cientificista, decorrente da racionalidade moderna e imperante no paradigma hegemônico, tem como característica a aspiração “à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos” (Santos, 2010b, p. 29).

Em outras palavras, “um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e de estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro” (Santos, 2010b, p. 30). Daí justificar-se a passagem de um momento pré-moderno, em que as explicações para os fenômenos decorriam sobretudo do “divino”, para a modernidade, embasada em uma razão humanista, na qual a ciência poderia fornecer essa previsibilidade almejada.

Observa-se, deste modo, que o projeto positivista tinha o propósito moderno arraigado em si mesmo, quer dizer, tratava-se de um projeto cuja pretensão era a libertação. Como assevera Galuppo (2005, p. 197), “o Positivismo é um projeto inerente à própria Modernidade: conhecer para dominar, e dominar para libertar. Ordem e progresso”.

A concepção positivista tinha como base o estudo das ciências naturais, e, mais do que isso, acreditava num modelo universal dessas ciências, através de sua metodologia e seu caráter experimental, bem como uma marcante separação entre sujeito e objeto, cuja qual julgava imprescindível à própria realização da ciência, vale dizer, o devido afastamento entre o sujeito que conhece, neutro e alheio ao objeto a ser conhecido, como se não fosse parte do mesmo, ou não lhe interferisse de nenhum modo.

Tem-se, assim, a famigerada neutralidade. Vale dizer, a tentativa de não envolvimento – emocional, psicológico e material – do pesquisador no seu objeto de pesquisa, para que a mesma seja realizada sem influências externas e, também, internas – tais como ideologias ou sentimentos do investigador. Trata-se, pois, dito de outro modo, da total ausência de espaço para a subjetividade, do desinteresse pessoal no resultado do trabalho<sup>9</sup>.

Baseava-se, assim, em critérios de cientificidade próprios e pretensamente rigorosos, sistemáticos e exatos, bem como com aspirações à imutabilidade e infalibilidade<sup>10</sup>. Esses preceitos, inclusive, importados das ciências naturais, eram aplicados aos fenômenos sociais<sup>11</sup>.

Era a partir daí, então, que se chegava à verdade na modernidade, e foi precisamente essa verdade que substituiu as explicações anteriores acerca dos fenômenos do mundo. O problema, contudo – notadamente no que atine à transposição da análise científica das ciências naturais para os fenômenos sociais – era que essa verificação sobre a verdade ou falsidade se pautava apenas na mensuração da dimensão externa do objeto analisado, de modo que se reduzia, portanto, sobremaneira, o exame do fato social em si, distorcendo-o de modo grosseiro, quando não tornando-o irrelevante (Santos, 2010b, p. 35).

Evidenciou-se, assim, as limitações e inadequações do modelo positivista, tendo o mesmo, via de consequência, passado a enfraquecer. São várias as razões, como, por exemplo: a diferença

do objeto entre as ciências naturais e as ciências humanas; o alto grau de complexidade dos fatos humanos; a inegável influência exercida pelo pesquisador em sua ação sobre o objeto de estudo; a dificuldade de se atingir o “verdadeiro” ou leis universais, tendo em vista a mutabilidade do comportamento humano (Dionne; Laville, 1999).

E não poderia ser diferente, tendo em vista que nas ciências humanas, o sujeito é também objeto, vale dizer, é parte dele; daí a impossibilidade de sua neutralidade ou afastamento. Noutras palavras, o sujeito é, em realidade, objeto, assim como o objeto é, ao mesmo tempo, também sujeito. Rompe-se, assim, com essa dicotomia, o que contribui sobremaneira para o abalo do modelo positivista.

Ademais, somando-se a este rompimento, a própria ideia de determinismo dos resultados, ante a repetição do procedimento, é absolutamente questionável nas ciências humanas, assim como a própria experimentação, por si só, acerca dos fatos humanos, também já denota enorme grau de dificuldade.

Deste modo, as próprias ciências naturais passaram a se perceber limitadas tendo como pressupostos o positivismo, passando assim a questionar, ela própria, seus princípios de empirismo, sua ideia de lei, de determinismo, assim como suas regras de objetividade (Dionne; Laville, 1999), entre outros.

### **3. O POSITIVISMO JURÍDICO: A TRANSPOSIÇÃO DA LÓGICA POSITIVISTA CIENTIFICISTA PARA O DIREITO**

Conforme mencionado, as próprias ciências naturais, erigidas no seio do positivismo científico, passaram a perceber as limitações do paradigma que as forjou. Todavia, não obstante a percepção de sua limitação e seu conseqüente enfraquecimento, o modelo positivista e sua pretensão de afastamento e de “pureza” científica, influenciou os diversos ramos do conhecimento, dentre os quais o direito. Advém daí, portanto, o positivismo jurídico; ou seja, a pretensão de cientificização do direito.

Essa ideia de cientificização do direito, inclusive, perpassou sobre a figura da autoridade capaz de direito o direito, a autoridade soberana. E tal constatação se liga umbilicalmente com a própria modernidade em si, bem como com a construção da sociedade moderna e dos Estados modernos, que avocaram para si o poder de dizer o direito como único válido, excluindo quaisquer outras fontes.

Deste modo, para o positivismo jurídico só é direito o que é dito – ou “posto”, conforme expressão que melhor configura o positivismo – pela autoridade que tem o poder de dizê-lo, extirpando-se para fora dos limites da legalidade tudo o que não for colocado por este próprio poder.

Qualquer ordem pretensamente jurídica que não emane da figura do Estado, portanto, não é considerado como direito. E, mais, além do fato de que esse direito é válido a partir de posto, não cabendo ao seu intérprete valorar seu conteúdo – se bom ou ruim –, mas apenas aplicá-lo, “em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista” (Wolkmer, 2000, p. 158), também havia um anseio de afastamento com outros ramos do conhecimento, em razão da própria influência positivista.

Em outras palavras, o positivismo jurídico é a ideia pela qual “o Positivismo pretende converter o conhecimento jurídico em ciência” (Galuppo, 2005, p. 198). E essa conversão se daria a partir da observância de quatro características principais, quais sejam: a ficção de que a lei, enquanto objeto do conhecimento jurídico é auto existente e que, por isso, pode ser controlado pelo homem; em segundo lugar, a neutralidade, ou seja, a ideia de que ao cientista do direito não compete atribuir juízo de valor à norma, mas apenas descrevê-la<sup>12</sup>; ainda, o compromisso metodológico da ciência do direito, no sentido de se adotar o modelo das ciências naturais como o adequado ao conhecimento jurídico; e, por fim, o raciocínio sistemático, numa ideia de harmonia com fulcro de regulação da vida humana (Galuppo, 2005, p. 198).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 33-34), por sua vez, identifica duas características principais do positivismo jurídico. A primeira delas, a ausência de lacunas, ou seja, a ideia de um sistema fechado. Já a segunda – inserida na primeira –, a noção de que esse mesmo sistema fechado traz em si mesmo um método, quer dizer, um instrumento do próprio pensamento jurídico; o dogma da subsunção.

Em ambos os exemplos, o que se observa é que as características marcantes do positivismo jurídico operam na direção da redução da complexidade do direito, o que, num primeiro momento, parece adequado – afinal, quando se pensa em complexidade, associa-se à ideia de caos ou desordem –, mas que, em realidade, não o é, tendo em vista que a redução da complexidade do direito é, em última análise, a redução do próprio mundo.

Nota-se, portanto, que a proposta do positivismo jurídico, sobretudo nos dias atuais, tende a fracassar, embora não se negue, evidentemente, o seu valor, eficácia e funcionalidade durante o período em que informou a racionalidade jurídica. Todavia, tem-se que a mesma não responde mais às demandas da sociedade.

Do mesmo modo, aliás, o projeto positivista também ruiu, o que representa, nesta perspectiva, o próprio fracasso do paradigma da modernidade, eis que sua pretensão de emancipação do homem, enquanto proposta inicial idealizada, tomou rumos absolutamente inversos.

Assim se forjou o direito moderno, de forma anacrônica e descontextualizada, não observando o aspecto social em que o mesmo se encontra inserido, como se a ele fosse alheio ou superior. Um direito que não enxerga a pluralidade das experiências do mundo e nega a complexidade das relações humanas, atuando ativamente em sentido contrário. Um fim em si mesmo, bastante por si só.

Neste sentido, do mesmo modo que o conhecimento científico - fruto do positivismo - descredibilizou no seu próprio bojo outras formas de saber, não as tendo como credíveis (uma vez que não reproduziam a sua própria hegemonia); também, no positivismo jurídico isso ocorreu. Vale dizer que descredibilizou todas as outras formas de direito, colocando-se como único possível o direito moderno oficial, o direito estatal.

Ficou exclusivamente a cargo do Estado a incumbência de dizer o que era legal e o que era ilegal, criando-se, assim, esse ilegal a partir dos seus próprios interesses, arraigados aos problemas da modernidade. E, mais do que a ilegalidade, criou-se o “não-direito”, ou seja, aquilo que ultrapassa a fronteira do lícito e do ilícito, o que está além, o que não se vê ou se considera sequer como possibilidade, não merecendo sequer o “status” ou o enquadramento da ilicitude.

Essa é a crise do direito moderno, subjugado aos interesses políticos e econômicos dos Estados modernos. Direito esse que, enquanto produto da sociedade e das relações que nela são estabelecidas – eis que nascido em seu bojo –, é inegavelmente complexo e plural, tendo sido, contudo, reduzido ao que o Estado diz que é direito.

Criou-se, desta forma, uma crise de legitimidade, tendo em vista que se tem um direito que não atende mais às demandas sociais. E mais, um direito que muitas vezes, paradoxalmente, nega direitos ao não os reconhecer; ou, ao reconhecê-los, são tratados como um não-direito.

Esgotou-se, assim, o paradigma da ciência jurídica, ante a sua própria crise, de modo que se passa a abrir um novo caminho, com novas possibilidades, e uma nova forma de se pensar o direito. “A transposição e edificação de outro paradigma no âmbito do Direito representa também a substituição e a construção de novo conceito de racionalidade” (Wolkmer, 2002, p. 03).

#### **4. NEUTRALIDADE CIENTÍFICA E O DIREITO: IMPACTOS E INFLUÊNCIAS DAS DISFUNÇÕES DO PARADIGMA POSITIVISTA**

Tem-se como pretensão investigativa a análise acerca dos impactos e influências das apresentadas disfunções do paradigma positivista, especialmente no que se refere à pretensão mítica de neutralidade científica, no campo do Direito.

Neste sentido, conforme também já demonstrado – quando da abordagem acerca do positivismo jurídico, supra –, há no Direito uma pretensão de cientificidade, de modo que seja possível lhe conferir previsibilidade e segurança nas interpretações jurídicas e na aplicação das normas.

Para se atingir tal pretensão, a ciência do direito se valeu dos métodos das ciências da natureza, colocando, assim, de lado a subjetividade do investigador-jurista, concentrando-se os esforços na mera subsunção do fato à norma. Dito de outro modo, o instrumental de trabalho desse pesquisador passou a ser a norma jurídica, promovendo-se a sua aplicação ao caso concreto de maneira mecânica, acrítica e irrefletida, na medida em crítica e reflexão pressupõem o apego à subjetividade.

Segundo esta perspectiva, as normas jurídicas, objeto de “interpretação<sup>13</sup>” do direito, devem ser interpretadas – numa hermenêutica marcadamente limitada e pretensamente não subjetivista – por si só, segundo sua mera literalidade, ou, quando muito em cotejo com outra norma jurídica, não sendo necessário e possível se recorrer a qualquer outro elemento hermenêutico-argumentativo que se encontre fora da letra da lei.

Em outras palavras, a atividade de aplicação do direito deveria ser levada a cabo por juristas-objetivistas, na medida em que esse objeto – a norma jurídica – possui sentido próprio e a verdade se traduz por meio deste sentido “auto atribuído”. Dessa forma, a vontade da norma repousa nela própria, não havendo que se perquirir, por exemplo, seu contexto de criação ou a intencionalidade legislativa em sua confecção, eis que tal tentativa implicaria num erro hermenêutico.

Ademais, iguais intenções de se imprimir percepções de mundo pessoais e, por isso, inegavelmente valorativas, do investigador em seu objeto não poderiam ser levadas adiante, na medida em que relativizam o sentido inerente à norma, o que não seria condizente com a pretensão de neutralidade científico-jurídica.

Significaria dizer, portanto, que a subjetividade teria o condão de colocar em risco a atividade jurisdicional, na medida em que atentaria contra a pretensa cientificidade desejada ao

direito, colocando em risco institutos como a previsibilidade ou a segurança jurídica. Nada mais falacioso.

Não é possível se conceber o direito meramente como pretendem os juristas-objetivistas, vale dizer, segundo os quais, para se alcançar sobredita previsibilidade e segurança jurídica seria necessário um referencial de correção, que, por sua vez, repousaria no próprio texto legal. O direito, então, resumir-se-ia à aplicação da letra da lei, de forma acrítica e irrefletida.

Tratar-se-ia, pois, daquilo que Warat (1994) atribui o nome de “senso comum teórico dos juristas”. Quer dizer, a pretensão do direito de se colocar como ciência, a partir da tentativa de aplicação das já superadas características das ciências naturais e exatas, cria um direito anacrônico, que querendo ser científico recai no senso comum, um senso comum teorizado.

Nesse viés, a atividade do intérprete do direito não é – e nem pode ser – descomprometida com os fatores que a influenciam. Influência não implica em ingerência. Não se trata da direção da atividade jurisdicional por fatores alheios ao direito, senão a percepção de sua complexidade e de seu lugar no mundo, necessariamente dialógico com as demais formas de saber (Morin, 2011).

A pretensão científica do direito, na medida em que busca romper com a subjetividade, recai, invariavelmente, no problema que busca evitar, uma vez que se pauta apenas em sua ótica limitada e disjuntiva (Morin, 2011). Trata-se, pois – novamente – da ideia do senso comum teórico (Warat, 1994). Quer dizer, a atuação jurisdicional passa a materializar uma *doxa* (opinião), carecedora de fundamentação verdadeiramente científica, eis que limitada à anacronia do direito, e não uma “episteme” – no melhor dizer de Warat (1994) –, enquanto argumento capaz de transpor o senso comum.

A atividade cognitiva jurisdicional, enquanto aplicação do direito, enquanto fundamentação jurídica, entre outros – pretensamente neutra –, não pode se basear meramente num conjunto de *doxas* juridicizadas, vale dizer, em opiniões normatizadas extraídas unicamente do objeto à disposição do neutro-cientista-jurista, senão em argumentos verdadeiramente epistêmico, e, por isso, não-neutros e fundamentalmente complexos.

Não se pode conceber o direito como mera *doxa* politicamente privilegiada (Warat, 1994), quer dizer, argumentos revestidos de roupagem pretensamente epistêmica, mas com conteúdo calcado no senso comum; senso comum meramente e pobremente teorizado.

Tem-se, pois, que a neutralidade, inclusive, e, sobretudo, no direito, é um mito, uma vez que até mesmo no direito não é possível – e nem mesmo desejável –, o seu isolamento em detrimento de outros saberes, bem como, há que se perceber a influência de aspectos culturais, contextuais e

valorativos (Japiassu, 1975). O que existem, portanto, são escolhas conscientes que direcionam o caminhar jurídico-científico.

Não se pode permitir o império das características marcantes do positivismo jurídico, que operam na direção da redução da complexidade do direito, eis que reduzem sobremaneira o exame do fato social, distorcendo-o (Santos, 2010b, p. 35). As disfunções do paradigma positivista científico, jurídico ou não, mutilou a realidade, reduzindo a complexidade que lhe é inerente (Morin, 2011). A redução da complexidade do direito é, em última análise, a redução do próprio mundo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo apresentou a construção de um objetivo geral, como fio-condutor, que serviu de força motriz e combustível ao fôlego teórico dispensado na pesquisa. Assim, oportuno sejam realizadas análises finais acerca da proposta central, sem pretender esgotar o tema, para que fiquem claros os caminhos que foram abertos a partir da investigação.

Buscou-se investigar, nesta pesquisa, os impactos e as influências das disfunções do paradigma positivista, notadamente no que diz respeito à pretensão de neutralidade científica, no direito.

Observou-se a notória influência do conhecimento científico na modernidade, na medida em que suas características foram determinantes na construção da racionalidade moderna, notadamente na famigerada pretensão à objetividade que conferiu ao conhecimento científico sua [pseudo] neutralidade.

A neutralidade, por sua vez, subjazeria da objetividade, na medida em que a característica desta dispõe que “o sujeito conhecedor não deve influenciar [no] objeto de modo algum” (Dionne, 1999, p. 27). Vale dizer, sendo objetiva por si só, não haveria espaço para a subjetividade do investigador.

Entretanto, constatou-se que sobredita neutralidade é um mito, tendo em vista que a ciência pressupõe aspectos culturais, contextuais e valorativos (Japiassu, 1975), que impedem essa neutralidade. O que existem, portanto, são escolhas conscientes que direcionam o caminhar científico. Sobredita constatação, inclusive, foi ponto chave na crise do paradigma positivista e no esgarçamento de suas disfunções.

Assim como ocorre com as demais formas de saber, viu-se que também na ciência suas reflexões e seus procedimentos são sempre parciais e existenciais. O caminho que se trilha através

da ciência, enquanto instrumental, na busca pela verdade, depende de escolhas feitas por quem dela se vale; escolhas essas que variam de acordo com cada indivíduo.

Mencionou-se, também, que há no Direito uma pretensão de cientificidade, de modo que seja possível lhe conferir previsibilidade e segurança nas interpretações jurídicas e na aplicação das normas. Ou seja, não haveria espaço para subjetividade, reduzindo-se o direito à mera aplicação de texto de lei, de forma acrítica e irrefletida.

A atividade jurisdicional seria levada a cabo por juristas-objetivistas, na medida em que a norma jurídica possuiria sentido próprio e a verdade se traduziria por meio deste sentido “auto atribuído”. A vontade da norma repousaria nela própria, para que se evite qualquer erro hermenêutico.

Nesta perspectiva, considerou-se não ser possível se conceber o direito meramente como pretendem os juristas-objetivistas, vale dizer, segundo os quais, para se alcançar sobredita previsibilidade e segurança jurídica seria necessário um referencial de correção, que, por sua vez, repousaria no próprio texto legal. O direito, então, resumir-se-ia à aplicação da letra da lei, de forma acrítica e irrefletida.

A atividade do intérprete do direito não é – e nem pode ser – descomprometida com os fatores que a influenciam. Influência não implica em ingerência. Não se trata da direção da atividade jurisdicional por fatores alheios ao direito, senão a percepção de sua complexidade e de seu lugar no mundo, necessariamente dialógico com as demais formas de saber (Morin, 2011).

## **REFERÊNCIAS:**

DIONNE, Jean; LAVILLE, Christian. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Porto Alegre: Artmed, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica: entre o positivismo e o pós-positivismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – crítica à dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais**. Vol. 01, nº 03, Porto Alegre: IHJ, 2005.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. ed. Imago, 1975.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. **Para além do pensamento do pensamento abissal**: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 78, Outubro, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010b.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: SaFe, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

## NOTAS:

<sup>1</sup> Tanto no campo da teologia, como na área da própria filosofia – como com Santo Agostinho e São Tomás de Aquino –, a influência da figura divina era percebida.

<sup>2</sup> Daí a ideia de racionalidade moderna.

<sup>3</sup> Foram centrais na revolução científica: Copérnico, Galileu, Newton, Bacon e Descartes (SANTOS, 2010b, p. 22).

<sup>4</sup> Destacam-se dentre as razões para essa separação: o advento do renascimento cultural; o surgimento da imprensa; e a reforma protestante – este último, inclusive, foi pilar fundamental no desenvolvimento da ciência, na medida em que questionou os dogmas religiosos outrora impostos.

<sup>5</sup> Os métodos científicos exerceram – e ainda exercem – papel fundamental para a ciência, e, via de consequência, para a própria modernidade, notadamente porque possibilitaram atestar a verdade sobre as coisas da vida através da experimentação e da observação, sobretudo nas ciências naturais e exatas. O problema, porém, assenta no fato de que a mera utilização de um método científico moderno reproduzirá a mesma forma hegemônica já vigente, não possibilitando que se alcancem resultados que rompam com essa lógica. O próprio teórico Boaventura de Sousa Santos (2010b, p. 28) atentando para essa constatação, aduz que o “método científico assenta na redução da complexidade”.

<sup>6</sup> Exemplo disso é que a própria base teórica escolhida para a elaboração da presente pesquisa não é neutra, senão fruto de escolhas e opções do autor. O mesmo ocorre com a metodologia indicada, também eivada do contexto e da historicidade daquele que elabora a investigação.

<sup>7</sup> São várias as razões dessa crise, movida, sobretudo, pela transposição do modelo positivista das ciências naturais, para as ciências humanas e sociais, como o direito. Exemplificativamente: a diferença do objeto entre as ciências naturais e as ciências humanas; o alto grau de complexidade dos fatos humanos; a inegável influência exercida pelo pesquisador em sua ação sobre o objeto de estudo; a dificuldade de se atingir o “verdadeiro” ou leis universais, tendo em vista a mutabilidade do comportamento humano (DIONNE; LAVILLE, 1999).

<sup>8</sup> Esclarece-se que essa é uma concepção moderna de fundação da própria modernidade. Quer dizer, trata-se de como os próprios países centrais a enxergam, ignorando, assim, contribuições das sociedades periféricas. O próprio Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 29), num primeiro momento analítico, identifica duas formas de conhecimento na modernidade, quais sejam, o conhecimento-regulação e o conhecimento-emancipação, no primeiro, a ignorância é o caos, e o saber, a ordem; já no segundo, a ignorância é o

---

colonialismo, enquanto o saber, a solidariedade. Essa lógica, por si só, guarda seus problemas e desafios, porém, exclusivamente aplicáveis às sociedades metropolitanas. É por isso que, posteriormente, o próprio autor tratou de rever sua primeira construção, uma vez que reconheceu que a mesma ignorava a lógica dicotômica existente nos territórios coloniais, segundo a qual se aplicaria a dicotomia apropriação/violência; vale dizer, o domínio do conhecimento e do direito – pilares fundadores da modernidade – assumem diferentes formas nessas sociedades, que envolvem desde incorporação, cooptação e assimilação, até destruição física, material, cultural e humana. Este “outro lado da linha” marca-se pela presença da ausência, pela invisibilidade ativamente construída (SANTOS, 2007).

<sup>9</sup> Sabe-se, porém, conforme já exposto, que essa pretensão de neutralidade é falaciosa, uma vez que a ciência pressupõe aspectos culturais, contextuais e valorativos (JAPIASSU, 1975), que impedem essa neutralidade. O que existem, portanto, são escolhas conscientes que direcionam o caminhar científico.

<sup>10</sup> Essas eram apenas pretensões da ciência moderna, não obstante se saber inexata, mutável e falível. Sua preocupação, então, era a de justamente reduzir ao menor grau as possibilidades de erro, como forma de se colocar como o melhor critério possível para se aferir a verdade.

<sup>11</sup> Essa era, justamente, a pretensão de Émile Durkheim (2007), vale dizer, a “coisificação” do fato social.

<sup>12</sup> Daí a ideia positivista de separação entre direito e moral.

<sup>13</sup> Melhor seria dizer – e o faz-se em sentido pejorativo –, “interpretação-aplicação”, uma vez que há uma limitação hermenêutica ínsita na atividade do jurista, para que o mesmo não recaia em sua subjetividade.

## **AUTORES:**

### **Lucas Kaiser Costa**

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito.

### **Gilsilene Passon Picoretti Francischetto**

Pós-Doutora pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF).

# MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO PROMOTORA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL – CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS PARA UMA REFLEXÃO

**Bárbara Silva Diniz**

Faculdade Anhanguera de Brasília – FAB

E-mail: barbaradiniz3@gmail.com

## RESUMO

No âmbito jurídico, é corrente a ideia de que métodos autocompositivos, entre os quais a mediação de conflitos, promovem a pacificação social. Isso está presente em diversos autores, na Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e também no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Contudo, não está claro o que significa essa pacificação, ou seja, qual a ideologia por trás das ações ou da defesa do termo. Nesse sentido, há uma falácia não verbal, ou seja, a simples repetição do senso comum. Diante disso, o objetivo geral do presente artigo é problematizar concepções de pacificação social possíveis para ações relacionadas à mediação de conflitos. Para tanto, ele se configura como uma revisão bibliográfica interdisciplinar construída dentro da perspectiva dos estudos para a paz. A conclusão expressa a necessidade de se realizar pesquisas empíricas sobre a temática.

**Palavras-chave:** Paz, Pacificação, Mediação de conflitos.

---

## ABSTRACT

In the juridical sphere, the idea is that the autocompositional methods, among them the conflict mediation, promote social pacification. This is present in several authors, in Resolution n. 125, dated November 29, 2010, of the National Council of Justice of Brazil (CNJ), which provides for the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the Judiciary, and also in the National Human Rights Plan (PNDH-3). However, it is not clear what this pacification means, what the ideology behind the actions or the defense of the term. In this sense, there is a non-verbal fallacy, that is, the simple repetition of common sense. Therefore, the general objective of this article is to problematize possible conceptions of social pacification for actions related to conflict mediation. For this, it is configured as an interdisciplinary bibliographical review built within the perspective of peace research. The conclusion expresses the need to carry out empirical research on the subject.

**Keywords:** Peace, Pacification, Conflict Mediation.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral é problematizar concepções de pacificação social que justificam ações de mediação de conflitos. Trata-se de uma revisão bibliográfica interdisciplinar, construída a partir das discussões sobre o campo dos estudos para a paz. Ele surgiu a partir da tecedura de texto que discutiu concepções de educação para a paz (Diniz, 2016) e do posterior estudo das obras de Eberhard (2001) e de Dietrich (2013).

Nas reflexões provocadas pelas leituras, passei a questionar a razão de considerarmos, *a priori*, que métodos autocompositivos de resolução de conflitos, especialmente a mediação de conflitos, produziram uma pacificação social. Com isso, comecei a tentar compreender o que, afinal, queremos dizer com pacificação.

A questão que me coloquei se intensificou porque Warat (1984) considera que o discurso jurídico é carregado de juízos de valor que se repetem sucessivamente, como argumentos, opiniões ou simples crenças. Isso significa que, em regra, as defesas teóricas não precisam de justificação, demonstração ou comprovação, mas apenas da reprodução constante, até que sejam simplesmente aceitas e, portanto, não discutidas. Em outras palavras, trata-se de repetir constantemente o senso comum até ele se tornar uma verdade. A isso Warat (1984: 36) vai chamar de “falácia não verbal”, isto é, “um conjunto de 'slogans' operacionais que permitem o reconhecimento teórico de algumas formas tradicionais de raciocínio persuasivo”.

É possível perceber esse discurso quanto se trata de métodos não judiciais de transformação de conflitos, também aqui chamados de autocompositivos, especialmente quando relacionados à mediação de conflitos.

A partir da citação de Cintra, Grinover e Dinamarco (1997: 26), que diz que, se o que importa é pacificar, “torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”, afirmações de que tais métodos promovem a pacificação social podem ser encontradas nos mais diversos autores, como Azevedo (2015), Sales (2004) e Calmon (2007) ou ainda em Gabbay (2013), Souza (2015), Six (2001) e Mendonça (2006).

Tal fato repete-se na legislação, pois a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, estabelece, claramente, “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios” (BRASIL 2010: 02). Contudo, antes disso, o próprio Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) no seu eixo orientador IV, diretriz 17, já previa a mediação de conflitos como ação

programática para a pacificação social (Brasil, 2010a).

No entanto, nessas referências, não há informações sobre o que se pretende dizer com isso ou o que efetivamente significam paz ou pacificação social (lembrando que pacificação significa restituir ou restabelecer a paz). Em outras palavras, numa livre apropriação da expressão de Hanna Arendt (2004: 36), essas categorias aparecem como um absoluto, uma vez que não precisam de justificação, de conceituação ou de problematização.

Há, assim, uma incerteza, ambivalência e (ou) ambiguidade quanto ao significado desses termos, o que colabora para a simples reprodução do discurso, sem efetiva demonstração de seu significado ou comprovação da afirmação.

O risco desse tipo de construção é que, ao ser apenas reprodução do senso comum, sem compreender as relações de poder existentes no sistema de significações das palavras e permitindo, assim, ambiguidades, o discurso jurídico escamoteia ideologias e concepções de mundo que, por sua vez, podem atuar de forma a justificar dominação e opressão, especialmente quando voltadas a grupos historicamente oprimidos.

Com isso, esse artigo se propõe, em cada uma de suas seções, a apresentar uma concepção de pacificação social (liberal, total, positiva e imperfeita). Tais concepções foram percebidas a partir da leitura das obras de estudos para a paz e de teoria dos conflitos, mas isso não significa que sejam as únicas existentes. Outras podem e devem existir. Por isso mesmo, não há o objetivo de que este trabalho seja definitivo. A proposta é o contrário disso, isto é, pretende-se abrir espaço para estudos posteriores, despertando o interesse para outras análises que possam clarear sobre o tema, especialmente quanto à pesquisa empírica. Para tanto, são organizadas quatro seções, além desta introdução e da conclusão.

Por fim, este trabalho possui relação com outro (Diniz, 2016), que discutiu essas mesmas concepções na área da educação para a paz. Sua diferença, nessa questão, é transferir o debate da área da educação para a seara do direito, a fim de questionar seu objetivo de pacificação social.

## 1. A PACIFICAÇÃO LIBERAL

A construção de uma ideia de pacificação social do tipo liberal vem do desenvolvimento do trabalho de Manuel Pureza (2011), que discorreu sobre o conceito de paz liberal. Sua proposta pode ser compreendida a partir da etimologia latina da palavra, que remete à expressão *pax romana*.

A *pax romana* foi o período sem guerras que existia no Império Romano. Contudo, conforme explica Sader (2000), era uma paz armada, obtida por meio do fortalecimento do exército

e do autoritarismo nos territórios sob dominação.

Na modernidade, o mesmo autor estende essa expressão para se referir à hegemonia dos países ocidentais, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, construída a partir do colonialismo, do nacionalismo, de doutrinas racistas e do Estado-nação liberal, que justificou a interferência dessas potências em processos e conflitos existentes nas regiões sob sua influência ou dominação

Nessa perspectiva, a sociedade normal é vista como harmoniosa e o progresso é algo natural, que surge a partir das ciências e das relações consensuais, obtidas da obediência ao sistema dominante. Diante disso, o conflito ou dissenso é visto como uma perturbação, uma situação de anomia, cujas causas só podem ser encontradas fora da própria sociedade ou do Estado. É a perspectiva social de Durkheim (1999).

Por ser uma ruptura da ordem natural, o conflito é visto como uma espécie de patologia, que precisa ser eliminada por meio de uma decisão heteronômica, ou seja, um terceiro, uma autoridade com força vinculante, capaz de prevenir ou resolver os conflitos e garantir a segurança e a propriedade (Pasquino, 1995). Daí a existência de um Estado-nação forte, que, acima das tensões sociais, atua para fomentar uma paz social, chamada por Manuel Pureza de “paz liberal”.

Nesse modelo, a pacificação social dá-se dentro de dois enfoques: um externo e outro interno. Externamente, ela ocorre por meio da expressão da soberania e pela ausência de guerras entre nações, ainda que seja crescente o armamento dos países (vide o caso do desenvolvimento das novas potências nucleares, como Irã e Coreia do Norte) e o alinhamento das nações em relação às potências internacionais. Internamente, fortalecem-se os modelos autoritários de tomada de decisões e o uso da força punitiva estatal quando os conflitos se expressam. Esse modelo se expande e se desenvolve pelo processo normal de hegemonia dos países ocidentais e pela globalização.

Assim, a paz e a pacificação social surgem como uma construção histórica ocidental e, portanto, etnocêntrica, pautadas na reprodução de um modelo único de sociedade, baseado na democracia representativa, mas sem efetiva participação popular, na economia de mercado e na consequente desconsideração aos modos tradicionais de vida, na pacificação interna pelo controle social de periferias e na consideração apenas às liberdades civis e individuais, ou seja, sem menção aos direitos sociais (Pureza, 2011). Essa percepção pode ser compreendida a partir das palavras do próprio autor, quando diz:

*A paz liberal é, pois, uma paz construída por formas várias de intervenção internacional condicionadora. É certo que se trata de um projecto (sic) compósito, em que convergem dinâmicas de paz muito diversas, desde a paz da vitória militar à paz institucional que garante a governação, passando pela paz constitucional assente na democracia e na liberdade económica e*

*pela paz civil fundada no respeito dos direitos e liberdades individuais (Pureza, 2011: 15).*

Essa paz não “assume a coerção típica do imperialismo tradicional”. Ao contrário, ela insinua “um campo normativo consensual que alimenta uma biopolítica cujas tecnologias delimitam e ordenam os sujeitos dominados por práticas discursivas e por redes de conhecimento e significado” (*Id.*: 16). Em outras palavras, não se tratam apenas de ações militarizadas que obrigam a uma situação de paz ou de ausência de guerra. Trata-se também (ou principalmente) de uma construção consensual que surge a partir de certos discursos, tal qual a absorção, por países periféricos, de políticas públicas gestadas em organismos internacionais (BID, Banco Mundial, FMI, dentre outros), processo esse chamado por Boaventura de Sousa Santos (2004: 246), de localismo globalizado:

*[...] o processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do fast food americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA (SIC).*

Acrescente-se, quanto a isso, a própria exportação da noção de paz ou de ações e políticas que efetivem a pacificação social. Contudo, na adoção de práticas e de conceitos locais preconcebidos, que caracteriza o localismo globalizado, ignora-se a pluralidade de significados e de expressões locais, de cada época e cultura, produzindo, em consequência, desestruturação de sociedades, exclusão e dominação, situação que é chamada por Boaventura de Sousa Santos (*id., ibd.*) de globalismo localizado.

Essa construção é possível de ser observada em vários artigos e pesquisas sobre mediação de conflitos. Para este artigo, optou-se por apresentar, resumidamente, os trabalhos de Vestena e Borges (2009) e de Moreira e Fragale Filho (2015).

O primeiro trata da influência do Banco Mundial na adoção das práticas de composição de conflitos como estratégias para os processos de reformas do Poder Judiciário nos países da América Latina e Caribe. Conforme os autores, se de um lado questiona-se a eficiência do sistema judiciário, por outro se reforçam práticas jurídicas conservadoras, presas a um modelo universalizante e único, direcionado aos interesses das grandes corporações financiadoras da agenda.

Não é por acaso que, na atualidade, algumas das discussões sobre mediação de conflitos relacionam-se diretamente aos bancos e às instituições telefônicas, ou seja, as grandes corporações financeiras da agenda atual, maiores litigantes perante o Poder Judiciário, e tradicionalmente

reconhecidas por desrespeitar direitos do consumidor, como indica a pesquisa “O uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2014), e o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com os 100 maiores litigantes (2011).

Já o segundo trabalho faz uma análise dos discursos, das legislações e de matérias jornalísticas presentes no portal eletrônico do CNJ sobre mediação de conflitos. A partir dessa análise, os autores concluem ser apenas retórica a ideia de que a mediação de conflitos seria um novo paradigma de justiça, que tornaria o Poder Judiciário “democrático, humanizado e acessível”, permitindo a pacificação social (Moreira; Fragale Filho 2015: 182).

Isso porque, além de não haver, à época da pesquisa, informações concretas sobre mediação de conflitos no portal eletrônico e sim sobre conciliação, havia o uso de termos de propagandas comerciais para fins de convencimento (“Rápida, barata, eficaz e... pacífica!”, *id; ibd.*), bem como a afirmação de que “toda conciliação culmina em acordo”, ainda que se enfatizasse a liberdade do cidadão. Com isso, para os autores, não haveria debate, democratização de acesso ou interface com demandas por lutas por direitos, mas apenas propaganda de um método a prioristicamente tido como pacificador. Na verdade, o trabalho sugere que, ao longo do tempo, teria havido um tipo de apropriação política e ideológica do instituto, pasteurizando a prática e reduzindo suas possibilidades emancipatórias à simples diminuição de número de processos judiciais (Moreira; Fragale Filho, 2015: 185).

Sendo isso verdade, há uma questão problemática quando se analisa o Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não Governamentais do Ministério da Justiça (Brasil, 2005: 13), anterior à instituição da política pública, que desde então considera:

*(...) que boa parte dos programas [de solução alternativa de conflitos] governamentais – e mesmo dos não-governamentais – é diretamente patrocinada pelos Judiciários Estaduais e Federal, ou estabelece com eles convênios e parcerias na prestação de serviços jurisdicionais.*

A problemática se estabelece porque, em outras palavras, os processos “alternativos”, que englobam a mediação de conflitos, são fomentados principalmente pelo Estado, o que pode causar esterilização de iniciativas sociais e promover uma visão única e conservadora.

Assim, há uma expansão do direito estatal por meio da mediação de conflitos e do objetivo de se promover uma pacificação social. Contudo, seu resultado, pode ser, ao contrário do pretendido, a diminuição do acesso à justiça, de forma que, em nome da paz ou da pacificação social, promovem-se mais acordos, permite-se o alcance a programas de acesso à justiça, mas não há garantia de efetivação de direitos. Com isso, o que pode haver é a chamada pacificação social se

transmudar em violência.

Quanto a isso, cabe trazer à baila Dahlet (2014: 127) que, ao analisar o eufemismo do discurso liberal, suas formas e efeitos retóricos, evidencia como o termo “pacificação” foi se relacionando justamente à violência das forças estatais:

*(...) aceitas como entidades pacificadoras (cf. a própria denominação de unidades de pacificação das favelas do Rio, lembrando estranhamente que a guerra da Argélia, para tentar conter o movimento de independência, também foi apresentada pelo governo francês da época como sendo uma guerra de pacificação).*

Diante disso, o risco da existência de uma concepção de pacificação social baseada nessas premissas, relacionando-se com a mediação de conflitos, é que esse conceito prega, em verdade, o controle social das periferias pelo Estado, a alienação e, ao invés de uma visão positiva e democrática de conflito, uma visão autoritária e negativa.

Nesse processo, as ações de mediação de conflito podem servir não para acesso a direitos e garantias sociais, previstos na legislação, mas como forma de apaziguamento e de simples diminuição de processos judiciais. Com isso, políticas públicas que pregam a mediação de conflitos como meio de pacificação social podem surgir, em verdade, como mais uma forma de violência e de dominação, de silenciamento de dissensos e como promoção do discurso único e oficial do Estado nação, não se constituindo em ações de emancipação e de promoção de autonomia e de cidadania.

No entanto, esse modelo não é único. Ao lado dele, uma perspectiva de pacificação total também se desenvolve.

## 2. A PACIFICAÇÃO TOTAL

A ideia de uma pacificação total traz a lume termos como vigilância, normalização, cooptação, pensamento único e construção do inimigo. Isso significa pensar tanto em aspectos político-sociais, como o totalitarismo, quanto em institucionais, como as instituições totais.

Em relação ao totalitarismo, o pensamento de Hanna Arendt (2013) e de Claude Lefort (1991) traz reflexões sobre o tema. Para esses autores, na sociedade totalitária há a produção de uma homogeneização: não há diferenciações quanto a crenças, opiniões, costumes, pois seus “membros são rigorosamente solidários uns com os outros” (Lefort, 1991: 28). Em outras palavras, não há pluralidade, pois apesar de todos estarem juntos num mesmo espaço, estão impossibilitados de conviver com a diferença.

A ideia de diferença, assim, é vista como perigosa, como algo que afasta a solidariedade e a harmonia social, intrínseca à sociedade ideal. Nesse sentido, a diferença e a pluralidade são sempre inimigas, que precisam ser extintas e anuladas. Por outro lado, a construção constante do inimigo, do Outro, permite a união do grupo em torno de algo em comum e a perpetuação da solidariedade entre seus membros contra esse mesmo inimigo (Arendt, 2005).

No contexto jurídico, tal ideia remete ao direito penal do inimigo (Jakobs; Meliá, 2007). Nesse modelo, há dois tipos de sistemas jurídicos, um para o cidadão, no qual vigoram todos os direitos e as garantias construídos historicamente, e outro para o inimigo, no qual há a suspensão desses mesmos direitos e garantias, podendo ser utilizado contra ele qualquer meio de punição, inclusive sua completa destruição.

O objetivo deste trabalho não é discutir o direito penal do inimigo, mas não se pode deixar de fazer algumas reflexões acerca dele quando se discutem formas de pacificação. Uma das questões que devem ser colocadas é justamente o limite entre o inimigo e o cidadão, pois se inicialmente aquele pode ser identificado com os grandes terroristas ou os grandes assassinos, paulatinamente ele pode passar a ser qualquer pessoa que não respeita as leis e a ordem legal, ou que pensa de forma diferente.

Há, portanto, a possibilidade de um alargamento conceitual a ponto de permitir que qualquer conflito ou dissenso, inclusive político, produza um inimigo da sociedade. Nesse ponto, a pacificação vem com a destruição desse inimigo, do Outro, numa confirmação do total, e da homogeneização do pensamento.

Em outras palavras, a diferença, a resistência, a oposição, enfim, o conflito precisa ser excluído e eliminado, a qualquer custo. No plano internacional, permite-se a guerra, inclusive preventiva e contra o “terror”, e se estabelece uma situação permanente de suspense sobre qual será o próximo alvo. No plano interno, nacional, há a tentativa de construção de um discurso único, moral, de permanente controle de ações e de pensamentos, com a negativa a qualquer questionamento ou debate. Não há possibilidade de diálogo: ou há a completa solidariedade entre os iguais ou a destruição do Outro, do diferente.

Não há, assim, confusão com a paz liberal, mais próxima de um modelo autoritário. Para demonstrar esse pensamento, faz-se uso da analogia de Hanna Arendt (2013) entre a pirâmide e a cebola. Para a autora, o autoritarismo, que produz uma pacificação do tipo liberal, é uma pirâmide, na qual o poder maior é conhecido e reconhecido por todos (ou uma maioria) e encontra-se no topo:

*A pirâmide, com efeito, é uma imagem particularmente ajustada a uma estrutura governamental cuja fonte de autoridade jaz externa a si mesma,*

*porém cuja sede de poder se localiza em seu topo, do qual a autoridade e o poder se filtram para a base de maneira tal que cada camada consecutiva possua alguma autoridade, embora menos que a imediatamente superior e onde, precisamente devido a esse cuidadoso processo de filtragem, todos os níveis, desde o topo até à base, não apenas se achem firmemente integrados no todo, mas se inter-relacionam como raios convergentes cujo ponto focal comum é o topo da pirâmide, bem como a fonte transcendente de autoridade acima dela (Arendt, 2013: 135).*

A partir dessa autoridade superior, o poder vai sendo passado para a base, de forma que o superior detém sempre mais autoridade que o inferior. Nesse contexto, pode-se pensar o modelo autoritário de ser do Estado em relação à perspectiva da pacificação liberal, pois busca o controle de periferias, realizado por meio de um Estado forte e armado.

O totalitarismo, por sua vez, não se confunde com esse modelo. A metáfora utilizada por Arendt (2013;1999), aqui, é a cebola: no centro, isolado, está o líder, cercado por instituições e funcionários que se sobrepõem, muitas vezes exercendo a mesma atividade, de forma a ser impossível saber de onde emana o real poder, salvo pelo fato de que todos atuam como a exata expressão da vontade do grande pai, do herói da nação, do grande irmão, do supremo líder, enfim. Não há hierarquia e as leis não se incomodam com a conduta e a organização humana, mas apenas em expressar a completa identificação entre o povo e seu máximo governante, ao mesmo tempo em que todos agem como se estivessem no mais alto grau de normalidade:

*[...] a imagem mais adequada de governo e organização totalitários parece ser a estrutura da cebola, em cujo centro, em uma espécie de espaço vazio, localiza-se o líder; o que quer que ele faça (...), ele faz de dentro, e não de fora ou de cima. Todas as partes extraordinariamente múltiplas do movimento: as organizações de frente, as diversas sociedades profissionais, os efetivos do partido, a burocracia partidária, as formações de elite e os grupos de policiamento, relacionam-se de tal modo que cada uma delas forma a fachada em uma direção e o centro na outra, isto é, desempenham o papel normal para um nível e o papel de extremismo radical para outro (Arendt, 2013: 137).*

No campo do direito, essa situação leva a um amorfismo jurídico: qualquer relação jurídica é substituída pela fidelidade pessoal. Não há coerência, hierarquia ou inteireza, mas apenas a única vontade geral do povo, um ente uno e homogêneo, completamente identificado com a vontade de seu líder (Arendt, 1989), que é a de destruir seus inimigos e fomentar um povo uno.

Não vivemos, atualmente, o totalitarismo. Contudo, Castoriadis (1982) alerta para os resquícios do total nas instituições da modernidade, especialmente aquelas direcionadas ao controle de corpos e de mentes, como quartéis, escolas, unidades de internação socioeducativas, hospitais,

presídios. E isso lembra Foucault (1984; 1999) e sua relação com o poder disciplinar e as instituições.

Para Foucault (1984; 1999) as instituições da modernidade atuam por meio do poder disciplinar na tentativa de controlar os que a elas se submetem, negando ou diminuindo resistências ou oposições. Existente em toda a sociedade de forma difusa, esse poder tem como a função a reprodução social e a manutenção do *status quo*.

Daí, ao longo da história, em seu desenvolvimento, ele ter substituído a punição física (sobre o corpo) pela vigilância e pelo controle (sobre a mente) por meio de uma superordenação racional dos espaços e do tempo. Em outras palavras, há uma constante preocupação com o local, a organização, a disposição das coisas e com o tempo dispendido, sempre com o objetivo de “maior produtividade” e controle, anulando-se o que possa perturbar e distrair.

Nesse processo, o poder disciplinar implica uma segregação - aumentando a vigilância e a normalização e diminuindo o questionamento ou a contestação – que atua de forma a classificar, objetificar e, com isso, construir identidades. Não se trata do “poder de alguns sobre alguns”, mas de uma relação “imediate de todos em relação a cada um” (Foucault, 1999: 149).

Ao lado dessa superordenação, o poder disciplinar também faz uso da estratégia de cooptação: alguns membros recebem privilégios e a possibilidade de ascensão em troca da cooperação, isto é, da vigilância dos demais, o que torna o cooptado dócil, obediente e aliado do próprio sistema em troca de benefícios. Assim, apesar de não estarmos, na atualidade, em um regime totalitário, há resquícios do total nas mais diversas instituições, influenciando percepções de conflito, consenso e as formas de agir.

Retomando a questão dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, até parece não haver possibilidade de mediação de conflitos, pela simples impossibilidade de diálogo: ou se inimigo ou se é solidário/cooptado. Por isso mesmo, chama a atenção a existência de projetos e de ações de mediação de conflitos no contexto das instituições totais, especialmente no contexto escolar e dentro de unidades de internação socioeducativas.

Cabe uma explicação aqui: não se trata da aplicação da mediação de conflitos para lidar, por exemplo, com o ato infracional, dentro do trabalho das varas de infância e de juventude do Poder Judiciário, como tratado por Vezzula (2004), em que se defende a conscientização do adolescente quanto a suas ações e a prevenção de sua internação em uma unidade socioeducativa.

A proposta mencionada aqui, ao contrário, relaciona-se aos Parâmetros de Segurança do Sistema Socioeducativo (Konzen, 2015), que indicam a mediação de conflitos na convivência interna das unidades socioeducativas, ou seja, dentro do espaço da própria instituição total.

Quanto a isso, se de um lado Soares (2011), em trabalho sobre a atuação dos psicólogos dentro da unidade, considera que a mediação dos conflitos leva a um atendimento das necessidades dos adolescentes, de outro, Silva, Melo e Lopes (2014), ao tratar sobre as relações de poder, mencionam a necessidade institucional de “saber lidar com o ser humano”, pois, considera que as relações dentro das unidades seriam marcadas pelo poder disciplinar e pelas tentativas de controle sobre os adolescentes, a fim de se manter a ordem e se evitar as insurreições. Não se trata, portanto, de transformação das relações ou de melhoria nos modos de socialização.

Sobre essa questão, apesar de realizado em outro contexto, dentro de uma escola, o trabalho que desenvolvi de avaliação de um projeto de mediação de conflitos (Diniz, 2014) indicou que a principal motivação da escola e dos seus profissionais para a implantação do projeto foi justamente a de facilitar o controle institucional sobre os estudantes, e não de favorecer a convivência na diversidade e no conflito. Conforme considerei à época:

*[...] os profissionais da escola desejam um aporte técnico que lhes auxilie na resolução de conflitos em sala de aula, mas desde que não haja uma transformação efetiva de suas práticas, com a democratização das relações, e sim uma alteração no comportamento apenas do estudante. A demanda apresentada é, de fato, “acalmar” os alunos a fim de se permitir o desenvolvimento da atividade escolar (Diniz, 2014: 153).*

Mais à frente, na página seguinte, considerei que:

*[..] a escola pesquisada desejava apenas ações que promovessem um melhor comportamento dos estudantes, sem alterações em suas práticas e nas de seus profissionais, de forma que a escola busca apenas favorecer a vigilância e o controle.*

Esses trabalhos, apesar de desenvolvidos em contextos institucionais diferentes (escola e unidade de internação), sugerem que há uma necessidade de pesquisas que observem se a mediação de conflitos, ao invés de fomentar o atendimento às necessidades dos adolescentes, não estaria, em verdade, criando novas formas de controle, mais sutis, que, em última instância, apenas confirmariam o poder disciplinar já existente, tornando-o mais forte. Sendo isso verdade, o objetivo dessas mediações de conflito não será a transformação, mas a cooptação e a introjeção do discurso único, sob risco de ele próprio, adolescente, se não cooperar, tornar-se “O” inimigo.

Dentro dessa possibilidade, políticas públicas pautadas numa concepção total de pacificação ou direcionadas a instituições totais, podem atuar de forma a aumentar o poder disciplinar e o controle, de um lado e, de outro, para construir inimigos contra os quais a sociedade precisa lutar ou os quais precisa eliminar (a corrupção ou a imoralidade, por exemplo), em busca de uma

harmonização e de uma solidariedade que, em última instância, surgem para destruir e eliminar o outro, a diferença e a diversidade.

Pensar em uma ideia de pacificação sobre esses pressupostos, contudo, parece justamente ir de encontro a uma ideia de paz. Daí a necessidade de problematização e da construção de outras perspectivas.

### 3. A PACIFICAÇÃO POSITIVA

A construção de um modelo de pacificação positiva deve muito a Johan Galtung (1969; 1990; 2004), matemático, mediador de conflitos e um dos fundadores dos estudos para a paz.

Até a década de 1960, a paz ainda era relacionada apenas à ausência de guerras e, a partir de então, vários fatores contribuíram para mudanças nessa relação.

Primeiramente, o conceito de paz teve de ser revisto em razão da Guerra Fria, período em que, diante da ausência de um conflito armado mundial, como se deu com as I e II Guerras, houve inúmeros conflitos locais, em países periféricos, criados e mantidos pelas então potências mundiais nucleares. Ao mesmo tempo, enquanto países ocidentais viviam uma situação de permanente tensão, outros países, periféricos, envolvidos ou não naquelas tensões, passavam por situações de desigualdade social e pelas consequências dos processos de descolonização, como no caso da África, ou por regimes ditatoriais e contrários aos direitos humanos, caso da América Latina (Sader, 2000).

Diante dessa realidade, Galtung (1969) ponderou que tais situações demonstravam que a paz não seria apenas a ausência de guerra ou de conflitos armados. Haveria algo mais a considerar, pois não se poderia dizer que, diante das realidades vivenciadas, estar-se-ia diante de paz. Ao invés disso, Galtung considerou que a guerra seria, na verdade, apenas um dos tipos de violência, organizada e orquestrada por Estados e milícias, e que outras situações também se consubstanciaram em violência e impediriam a paz. Surgia, assim, o conceito de paz positiva, que desconsidera a guerra como contrária à paz e foca a violência em geral como sua oposição.

Nessa mesma época, o próprio conceito de violência passou por uma ampliação, englobando aspectos objetivos e subjetivos, como desenvolvido por Wiviorka (1989). Dentro dessa perspectiva, a violência não seria apenas a destruição física de algo, mas tudo o que a sociedade atual repudia, “a marca do que é preciso recusar” (*id. op. cit.:* 8), inclusive a ausência do Estado em certos ambientes, causando exclusão social e opressão.

Essa ampliação do conceito pode ser percebida quando Galtung (2004: 93) diz que violência

“é qualquer coisa que possa impedir a autorrealização individual, não apenas atrasando o progresso de uma pessoa, mas também o mantendo estagnado”.

Nesse sentido, Galtung (1969; 1990) também passou a construir a ideia de violências estruturais e simbólicas ou culturais, que vão além da violência física e direta, e incluem injustiça social, opressão dos povos e as imposições arbitrárias de um grupo privilegiado sobre o que é bom, justo, certo e belo numa determinada sociedade, excluindo outras perspectivas, e caracterizando a violência cultural.

Como o conceito de violência passou por uma expansão, também o conceito de paz, visto agora como contrário a todas as formas de violências, passou por uma expansão, englobando a paz direta, a paz estrutural e a paz cultural ou Cultura de Paz (Pureza, 2011).

Na soma matemática de Galtung (1990), a Cultura de Paz, ou paz cultural, seria o resultado da soma da paz direta (ausência de agressão ou não violência) e da paz estrutural (justiça social). No entanto, cabe esclarecer que a expressão Cultura de Paz se consolidou na Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), de 6 de outubro de 1999, constituindo-se no conjunto de valores, atitudes, tradições, comportamentos e estilos de vida baseados:

- a) No respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não-violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação;*
- b) No pleno respeito aos princípios de soberania, integridade territorial e independência política dos Estados e de não ingerência nos assuntos que são, essencialmente, de jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e o direito internacional;*
- c) No pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;*
- d) No compromisso com a solução pacífica dos conflitos;*
- e) Nos esforços para satisfazer as necessidades de desenvolvimento e proteção do meio-ambiente para as gerações presente e futuras;*
- f) No respeito e promoção do direito ao desenvolvimento;*
- g) No respeito e fomento à igualdade de direitos e oportunidades de mulheres e homens;*
- h) No respeito e fomento ao direito de todas as pessoas à liberdade de expressão, opinião e informação;*
- i) Na adesão aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade e entre as nações.*

Em seguida, o ano de 2000 foi escolhido como o Ano Internacional por uma Cultura de Paz, sendo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) responsável pela coordenação das atividades de comemoração, iniciadas com a edição do Manifesto

2000. Esse Manifesto, lançado em Paris no dia 04 de março de 1999, tinha o objetivo de criar um senso de responsabilidade pessoal, para que cada pessoa colocasse em prática valores e atitudes que inspirassem uma cultura de paz nos moldes da Declaração e Programa de Ação da ONU. Diante disso, vê-se que o Manifesto 2000 não era dirigido a equipes gestoras e autoridades, mas ao indivíduo, responsabilizado, então, pela construção da paz (UNESCO, 2000).

O foco no indivíduo teve o aspecto positivo de trazer para o cotidiano valores, atitudes e comportamentos que poderiam inspirar uma cultura de paz, criando oportunidades de construção de “micropazes”, categoria aplicada por Moura (2005), reforçando a micropolítica e as ações de resistência. Contudo, ele apresenta um contexto excessivamente amplo e esquece que, para a construção de uma cultura de paz, conforme consta na própria Declaração e Programa de Ação da ONU, são necessárias ações que vão além de intenções individuais e incluem responsabilidades dos próprios Estados-nações.

Apenas a título de exemplo, a Cultura de Paz promove a solução pacífica de conflitos (o que se poderia consubstanciar na mediação de conflitos) e também o fim da violência, a garantia do direito ao desenvolvimento e a própria democracia. Contudo, esses termos estão também em permanente problematização histórica e ideológica.

O fim da violência, por exemplo, não seria possível, pois, como Wiewiorcka (1997: 29) menciona, ela tem suas causas nas próprias contradições da modernidade:

*[...] a modernidade implica em um dualismo sob tensão entre a razão e a cultura, entre o mundo objetivo e o mundo da subjetividade, entre a racionalização e a subjetivação. Nessa perspectiva, o mundo contemporâneo pode ser apreendido como submetido a riscos crescentes de dilaceramento entre os dois pólos que definem a modernidade. De um lado, o mundo da técnica, dos mercados, da ciência e da economia neoliberal; de outro, o das identidades comunitárias ou sectárias. De um lado, o reino do instrumentalismo, do cálculo, do poder; do outro, o das culturas desbaratadas ou agressivas. De um lado, o sistema; do outro, os atores: a crise da modernidade e, em seu prolongamento, a tentação pós-moderna envolvem a dissociação completa desses pares cuja tensão define a modernidade.*

Desse ponto de vista, a violência contemporânea pode ser analisada como um vasto conjunto de experiências que, cada uma a sua maneira, traduzem o risco de implosão pós-moderna.

O direito ao desenvolvimento, por sua vez, pode ser compreendido como uma falácia a partir da argumentação de Celso Furtado (1974), que vê a relação desenvolvimento econômico de países centrais e subdesenvolvimento de países periféricos como faces de uma mesma moeda, sendo um causa do outro, não podendo, portanto, ser dissociados. Por outro lado, com base na perspectiva

liberal de Amartya Sen (2010), o desenvolvimento pode ser livrado dos aspectos exclusivamente econômicos e englobar outras liberdades, como saúde, educação, expectativa de vida e felicidade, e seu índice de desenvolvimento humano.

Por fim, falar em democracia pode abrir espaço para a discussão feita por Santos e Avritzer (2002): há a democracia liberal, consubstanciada na simples representação política e no voto, direto ou indireto, que passa, na atualidade, por uma crise de legitimidade, e a democracia efetivamente participativa e direta. Ou ainda se pode focar na concepção de Claude Lefort (1991) para quem a democracia é a organização social contrária à toda forma de tirania e relacionada à coexistência social que se dá em todos os seus corpos e instituições sociais.

O que se pretende dizer com isso é que a Cultura de Paz, que está presente na política nacional de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, conforme a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que tem como foco central a mediação de conflitos, é formada por ações políticas e ideológicas tão variáveis que provocam questionamentos se todas realmente poderiam ser englobadas na categoria de paz. Pelo mesmo motivo, os processos de pacificação social que daí surgem podem constituir ações que tanto reforçam processos de dominação como buscam emancipação.

Essa generalização é justamente uma das principais críticas à paz positiva. Nesse sentido, Pureza (2011; 2000) e Muñoz (2006) consideram que tal paz se constitui em um conceito excessivamente amplo, que funciona como um “guarda-chuva” conceitual, capaz de atender a todas as ideologias e servir a quaisquer discursos, desde uma situação que demande luta social até ações contrárias a direitos fundamentais. Diante disso, o conceito de paz positiva parece estar sujeito a cooptação e ao sequestro por grupos hegemônicos, capazes de tornar a paz positiva apenas um modelo mais socialmente palatável em comparação à paz total.

Com base em Warat (1984), a paz positiva e a Cultura de Paz são, assim, uma falácia, pois, ao se vincular a qualquer ideologia, permanecem sendo exaustivamente reproduzidas como um fim em si mesmas, reforçando, na verdade, a manutenção do *status quo*. Assim, a pacificação positiva nada mais é do que um eufemismo que justifica um discurso liberal de contenção social.

Outra crítica é a relação da paz – e às formas de pacificação social dela decorrentes – com a violência. Muñoz (2009) apresenta essa crítica ao considerar que, mesmo em toda a evolução do conceito da paz positiva, ela é sempre vista como uma negação: se no início ela era a ausência de guerra, com o tempo ela passa a ser a ausência de violências. Academicamente falando, é necessário lidar com a violência, conceituá-la, problematizá-la e, então, fazer o giro conceitual, como Galtung (1969), e encontrar a paz.

*Já que se chega a pressupor que para compreender e avançar no caminho da paz é necessário, sobretudo, estudar a violência em todas as suas dimensões e complexidade e a partir daí se suporia, através de uma pirueta epistêmica, quase circense, uma capacidade “automática” para abordar a paz (MUÑOZ 2006: livre tradução<sup>1</sup>).*

Nessas condições, não há uma definição do que é paz, do que são situações de paz, mas do que é violência, tornando a paz academicamente impensável – uma vez que toda a reflexão se dá apenas em relação à violência.

No entanto, por ser uma busca incessante da humanidade, é necessário reconhecer a paz como elemento constitutivo da realidade. Esse reconhecimento exige, por sua vez, pensar os pressupostos vivenciais, culturais e científicos da paz, nas mais diversas disciplinas (MUÑOZ 2006). Daí a ideia da paz imperfeita.

#### 4. UMA PACIFICAÇÃO IMPERFEITA

As críticas colocadas à paz positiva trouxeram questões a serem enfrentadas academicamente, especialmente dentro de grupos contrários a uma pacificação liberal. Uma primeira questão colocada refere-se à construção de um conceito próprio e positivo, isto é, um conceito que expresse o que a paz seria e não uma definição negativa, como contrário da guerra ou da violência. Outra questão colocada seria a possibilidade de construção de um conceito autônomo, livre de cooptação por questões ideológicas.

Com relação à primeira questão, Dietrich (2006) analisou conceitos de paz de diferentes povos, indo além do *pax* latina ou romana e englobando *pak*, *shalom*, *friede*, *armonía*, *utziläj k'aslem*, *damai*, todas expressões tidas como sinônimas, mas não de forma completa, por não serem uma sinonímia perfeita da outra. Isso porque, como o autor demonstrou, cada expressão carrega os significados de sua comunidade e da cultura que a desenvolveu, não havendo como adotar, hoje, o conceito passado de uma dada comunidade.

Em outras palavras, a paz é um construto social, histórico, não sendo possível haver uma identidade única. Diante disso, não se pode também falar em modelo único de pacificação social. Há muitas pazes e formas de promovê-las, todas com as contradições e as especificidades de cada cultura em seu momento histórico.

Mesmo dentro de uma perspectiva histórica, a paz não pode ser uma situação definitiva. Conforme Galtung (2004) explica, considerar a paz como uma situação final, ainda que histórica, ou seja, uma situação que se possa um dia alcançar de forma definitiva, cria o risco de que tal

situação se transforme na imposição de valores de grupos hegemônicos. Isso porque, tradicionalmente, são esses grupos que definem o que é bom, certo, belo, sem considerar as realidades históricas próprias de cada cultura ou povo. Diante disso, não haveria porquê haver impedimento para que também definissem o que seria paz e, com isso, efetivamente quaisquer ações para uma dita pacificação.

Isso, no entanto, consistiria, em última questão, em violência, justamente a situação que se procura evitar, criando o paradoxo que Arendt (2005: 06) expressou: a paz seria apenas a realização da guerra por outros meios.

É por isso que a paz, ao invés de ser compreendida como uma situação final, deve ser vista como um processo. Nesse sentido, Muñoz (2006) desenvolveu um conceito de paz imperfeita, que tem como bases epistemológicas as teorias do conflito e que se constitui de forma independente da violência. Cabe esclarecer, como fez Muñoz (2006), que a palavra “imperfeita” não está aqui com um sentido negativo, como algo que não é perfeito, não é bom ou que é defeituoso, e sim, como algo que não está terminado ou concluído.

Relacionada à teoria do conflito, a paz é construída por Vyniamata (2015), Deutsch (2004), Dietrich (2006), Muñoz (2006) e Eberhard (2001) como um processo de recepção ao conflito que surge da capacidade de reconhecimento das partes de estarem em conflito, de se manifestarem, de serem ouvidas e consideradas em suas necessidades. Deutsch (2004), inclusive, considera que o reconhecimento dos conflitos de uma sociedade tem a função de integrar e estabilizar relacionamentos e grupos sociais, constituindo-se em raiz de mudança social e de formação de identidades, coletiva ou individual. Assim, desenvolve-se um mecanismo estabilizante do grupo, da comunidade ou da sociedade capaz de assegurar sua própria continuidade de forma pacífica. A isso pode-se dar o nome de pacificação social, que se desenvolve em constante construção e reconstrução, num sistema aberto e em contradição.

Nessa perspectiva é que se pode pensar na segunda questão e na possibilidade de construção de um conceito livre de cooptação. Isso porque, como não há um modelo único e sim um processo de recepção aos conflitos, variável historicamente, são as populações locais que definem seus modos de transformação a partir de suas necessidades. Em outras palavras, a simples importação de modelos globalizados ou a reprodução de políticas públicas externas em experiências locais não são paz nem pacificação. Ao contrário, a paz é “a condição em que cada cultura floresce em sua própria e incomparável forma”, numa constante variação no espaço e no tempo, como diz Illich (2006, p. 317), e numa aproximação ao conceito de cosmopolitismo:

*Todavia, a intensificação de interações globais pressupõe outros dois processos, os quais não podem ser correctamente caracterizados, nem como localismos globalizados, nem como globalismos localizados. Designo o primeiro por cosmopolitismo. As formas predominantes de dominação não excluem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interacção transnacional criadas pelo sistema mundial. As actividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc, etc (Santos, 2004: 247-248).*

Diante disso, uma pacificação social dentro de uma concepção de imperfeição significa um processo histórico de iniciativas contra a exclusão e as opressões, o que a vincula às lutas por direitos humanos, mas não aqueles atrelados a códigos ou às normatividades jurídicas e sim às necessidades humanas (Vyniamata, 2015). Paz é, assim, um processo que nasce da possibilidade de ouvir aqueles que tradicionalmente não podem se expressar, que nasce da promoção ao conflito e na busca do diálogo para se encontrar modos de vida que permitam ao ser humano ser aquilo que, legitimamente, tem desejo de ser.

Dessa forma, o desenvolvimento de uma proposta de paz ou de pacificação prescinde da compreensão e do estudo da violência e parte para considerar as experiências de busca ou efetivação de atendimento às necessidades humanas. Retornando à mediação de conflitos, é uma perspectiva que dialoga com Warat (2004) e Six (2001).

Para Warat (2004), a mediação de conflitos identifica-se com os valores comunitários. A confiança existente entre as pessoas, por sua vez, relaciona-se a um pacto cultural, em que o mediador colabora para que a comunidade se encontre solidária e coesa em seus valores e crenças de convivência. Nesse processo, a mediação de conflitos trata dos conflitos coletivos nos espaços de exclusão social e das possibilidades de conquistas sociais.

O pensamento de Six (2001), por sua vez, considera que a pacificação social vai além da possibilidade de resolver burocraticamente problemas técnicos (de direito de família, de direito de consumidor etc.) e torna-se um processo de agitação e de organização social para fomentar a

mudança e o “reconhecimento do homem pelo próprio homem em seus direitos” (*idem*: 251), num processo contínuo de conquista de direitos fundamentais.

Diante de tudo o que foi exposto, pensar a mediação de conflitos como forma de pacificação social na perspectiva da paz imperfeita significa a sistematização de demandas, a organização de lutas por direitos e a escuta dos grupos beneficiários, ao invés da aplicação de decisões tomadas por burocracias insuladas. Trata-se de uma pacificação que perpassa a agitação política, diferente de todas as formas até o momento vistas, e que mostra uma possibilidade de que o fim da mediação de conflitos – e do direito como um todo – seja verdadeiramente uma paz social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi discutir concepções de pacificação social que servem à efetivação de ações estatais, especialmente relacionadas à mediação de conflitos. Ele se deu dentro de uma revisão bibliográfica interdisciplinar, construída a partir das discussões sobre o campo dos estudos para a paz.

A questão foi colocada porque há um senso comum de que a mediação de conflitos promove a pacificação social. Essa ideia, carregada de juízos de valor, repete-se incessantemente nos mais diversos autores, sem qualquer justificativa ou comprovação. Na verdade, trata-se de uma ideia aceita e, portanto, não discutida, enfim, um absoluto.

No entanto, este artigo apresentou quatro concepções de pacificação social, que perpassam desde uma condição de exclusão e morte do Outro a uma ideia de emancipação social, que indicam que essa ideia pode não ser tão simples.

Assim, pode-se dizer que paz liberal se relaciona à necessidade constante de controle, de segurança e, para tanto, utiliza discursos construídos em organismos internacionais e aplica ações sem reflexão a práticas locais. Nesse contexto, a pacificação social promovida pela mediação de conflitos surge a partir de políticas públicas autoritárias, sem uma efetiva promoção de acesso à justiça, sem discussão com comunidades e sem luta por realização de direitos, e se relaciona apenas à diminuição do número de processos judiciais. Suas ações são especialmente direcionadas à negociação de processos contra os grandes litigantes – que podem encerrar processos sem efetiva realização de direitos – ou de busca de acordo entre pessoas em pequenos casos (divórcios, brigas de trânsito, brigas de vizinhos etc.) sem reflexão sobre as relações humanas.

Já a pacificação, fundada em uma perspectiva de paz total, considera a necessidade do pensamento único e de ausência de diferença, sob pena de classificação, daquele que se dissocia

desse conceito, como um inimigo, a quem cabe a destruição. Ela só existe como processo de exclusão do dissenso e, de promoção por cooptação.

Apesar de ser um tipo de pacificação que contradiz a própria noção de paz, é uma ideia permanente em diversos meios: a paz surge quando não há conflitos e quando os inimigos, ou aqueles que promovem o conflito, os que são diferentes, são excluídos ou cooptados. Há uma espécie de solidariedade de todos contra um. A mediação de conflitos, nessa perspectiva, surge em instituições totais como um processo que facilita o controle dessas mesmas instituições sob mentes e corpos, sem transformação de práticas institucionais nem diálogo. Ela é mais um meio de cooptação e de introjeção dos valores totalizantes. Apesar disso, não se pode dizer que a mediação de conflitos dentro dessa perspectiva vai existir apenas em instituições totais (unidades de internação socioeducativas ou escolas). Seu potencial é se expandir para outras áreas dentro de um discurso moral de adaptação ou exclusão.

Já a paz positiva relaciona-se à ausência de violências, diretas, estruturais ou culturais, e consolida a Cultura de Paz. No entanto, o discurso aberto e sua classificação como “guarda chuvas conceitual” faz com que, na verdade, as ações para uma pacificação social se realizem por meio de lutas por direitos e por manutenção do *status quo* (controle de periferias, aplicação de políticas públicas gestadas em organismos internacionais, ausência de participação democrática efetiva, entre outros). A mediação de conflitos, como ação de pacificação, atua como promotora dessa Cultura da Paz, mostrando-se mais como uma proposta de manutenção do *status quo* que repete a pacificação liberal. Isso se dá porque, mesmo havendo propostas de mediação de conflitos emancipatórias, elas podem simplesmente ser escamoteadas por ações menos nobres, sem que se tenha controle, já que tudo está dentro da perspectiva de uma “cultura de paz”.

A ideia de uma paz imperfeita, por sua vez, é uma tentativa de construção de cosmopolitismos e de aplicação da teoria crítica à paz. Assim, tenta-se que apenas a prática emancipadora da cultura de paz seja considerada efetiva pacificação social. Em outras palavras, trata-se de um processo contínuo, histórico e dialético, de busca constante de ações não violentas para a abertura do espaço público, de recepção ao conflito e de escuta de populações e grupos historicamente oprimidos sobre suas reais necessidades. Com isso, a pacificação social depende justamente, reitera-se, da escuta ativa de todos os grupos envolvidos nessas ações, buscando-se o atendimento a suas reais demandas. Nesse sentido, ações que envolvem essa pacificação não são definidas por uma burocracia insulada, mas se dá pela construção junto aos beneficiários. A mediação de conflitos, por sua vez, perpassa a agitação comunitária e a organização de demandas para efetivação de direitos.

Assim, a expressão genérica de que a mediação de conflitos promove a pacificação social, impressa, como se viu no início deste texto, em planos e em documentos teóricos ou legislativos, é um vazio conceitual, ou, nos termos colocados aqui, de uma falácia. Isso porque ela permanece como uma ambiguidade que, em linhas gerais, colabora para a simples repetição da ideia e na construção de um senso comum.

O risco existente nessa perspectiva é que, ao ser apenas reprodução, sem reflexão sobre as relações de poder, o discurso simplesmente escamoteia as ideologias e justifica a dominação.

É essa realidade apresentada neste artigo: há concepções de paz e de pacificação social que podem ser antagônicas entre si, mas que, por não serem problematizadas, passam despercebidas no discurso único de que a pacificação social é o fim objetivado quando, na verdade, o objetivo real pretendido é a contenção social de periferias ou a exclusão do outro e não a conquista de direitos, o que pode se dar com as ações e políticas que promovem a mediação de conflitos.

Isso não significa, no entanto, negar a busca pela paz. A humanidade, incessantemente, tem-na buscado. O que se está a dizer é que essa busca integra a condição humana, sendo perpassada por relações de poder e de opressão que coexistem a lutas emancipadoras, numa dialética que pressupõe o constante questionamento sobre de que paz/pacificação estamos falando. Considerando que não existe uma concepção única, a paz, e seus referentes deve ser permanentemente pensada e problematizada, relacionada a lugares concretos, a comunidades específicas, a um período histórico e a um contexto certo, sem ilusões de que se trata de uma teoria total.

Diante disso, é importante que estudos futuros, junto à pesquisa empírica no direito, sejam capazes de perceber os sentidos dos discursos que emergem sobre a paz e a pacificação, especialmente aquela relacionada à mediação de conflitos e a ações estatais desenvolvidas com a fim de “pacificação social”. Conhecer e pensar sobre essa realidade pode fazer refletir sobre qual a paz que se almeja e, a partir disso, identificar que tipo de ações se deseja que sejam promovidas.

## REFERÊNCIAS:

ARENDT, Hanna. 2005 **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

\_\_\_\_\_. 1989 **As origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras.

\_\_\_\_\_. 2004 **Da violência**. S.L, 2004. Livro em formato digital. Disponível em <<http://www.sabotagem.revolt.org>>. Acesso em 30 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. 2013 **Entre o passado e o futuro**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRATOS BRASILEIROS. 2014 **O uso da justiça e o litúgio no Brasil**. Brasília, Disponível em: <<http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%Adgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 27 out 2016.

AZEVEDO, André Gomma. 2015. “**Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista**”. In: SOUZA, Luciane Moessa (org). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

BRASIL. 2005. **Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos: Mapeamento Nacional de Programas Públicos e Não Governamentais do Ministério da Justiça**. Ministério da Justiça. Disponível em: <[http://www.acessoajustica.gov.br/pub/\\_downloads/downloads\\_acesso\\_justica.pdf](http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf)> Acesso em 27 out 2016.

\_\_\_\_\_. 2010a. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR.

\_\_\_\_\_. 2010. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 27 out 2016.

CALMON, Petrônio. 2007. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense.

CASTORIADIS, Cornelius. 1982. **A instituição imaginária da sociedade**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 1997. 13 edição. São Paulo: Malheiros.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2011. **100 maiores litigantes**. Brasília, março. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 27 out 2016.

DAHLET, Patrick. 2014. “**Apagar as divisões, celebrar o consenso: a governança discursiva na era neoliberal**”. *Todas as letras W*. São Paulo, v. 16, n. 1, p. 125-138, maio. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15529/1980-6914/letras.v16n1p125-138>>. Acesso em 27 out 2016.

DEUTSCH, Morton. 2004. “A resolução do conflito”. In: AZEVEDO, André G. (org). 2004. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: **Ed. Grupos de Pesquisa**, v. 3, p. 29 – 40.

DIETRICH, Wolfgang. 2006. “**Una llamada a muchas paces**”. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). *Schlüsseltexthe der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies. Textos claves de la Investigación para la Paz*. Berlin: Lit, p. 435-455.

DINIZ, Bárbara Silva. 2014. **Avaliação da mediação de conflitos no contexto escolar: um estudo de caso no Distrito Federal. Dissertação** (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em:

<<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17843>> Acesso em 27 out 2016.

\_\_\_\_\_. 2016. “**Concepções de paz para uma educação para a paz**”. In: MATOS, Kelma Socorro Lopes de (org). 2016. Cultura de paz, educação e espiritualidade. Fortaleza: EdUECE; Imprece, p. 320 - 335.

DURKHEIM, Émile. 1999. **Da divisão do trabalho social**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

EBERHARD, Christoph. 2001 **Opening up Spaces for Peace: A Dialogical and Transmodern Approach**. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/eberopeningpeace.pdf>>. Acesso em 9 jan de 2017.

FOCAULT, Michel. 1984. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal.

\_\_\_\_\_. 1999. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes.

FURTADO, Celso. 1974. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra.

GABBAY, Daniela Monteiro. 2013. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica.

GALTUNG, Johan. 1990. “Cultural Violence”. **Journal of Peace Research**, vol. 27, n. 3, ago. p. 291-305.

\_\_\_\_\_. 1969. “Violence, Peace and Peace Research”. **Journal of Peace Research**, vol. 06, no. 3, set. p.167 – 191.

ILLICH, Ivan. 2006. “**Desvincular Paz y Desarrollo**”. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). 2006. Schlüsseltexte der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies. Textos claves de la Investigación para la Paz. Berlim: Lit, p. 315-324.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. 2007. **Direito penal do inimigo – noções e críticas**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

KONZEN, Afonso Armando. 2015. “**Parâmetros de Segurança no atendimento socioeducativo**”. Curso Núcleo Básico. Brasília: Escola nacional de Socioeducação - SINASE. Disponível em: <[http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/modulos\\_dos\\_cursos/Nucleo\\_Basico\\_2015/Eixo\\_6/EixoVI.pdf](http://ens.sinase.sdh.gov.br/ens2/images/Biblioteca/modulos_dos_cursos/Nucleo_Basico_2015/Eixo_6/EixoVI.pdf)>. Acesso em 15 mai. 2017.

LEFORT, Claude. 1991. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

MENDONÇA, Rafael. 2006. **(Trans)modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos**. Florianópolis: Hábitus.

MOREIRA, Rafaela Sele. FRAGALE FILHO, Roberto. 2015. “Administração de conflitos e

democracia: uma análise da página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça”. **Revista Debates**, Porto Alegre, 9, n. 2, mai.-ago, p. 185-203.

MOURA, Tatiana. 2005. “Novíssimas guerras, novíssimas pazes: desafios conceituais e políticos”. **Revista Crítica de Ciências Social**. Centro de Estudos Sociais. Universidade de Coimbra, n. 71, junho, p. 77 – 96. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/214.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2013.

MUÑOZ, Francisco. 2006. “**La Paz Imperfecta**”. In: DIETRICH, Wolfrang; ALVAREZ, Josefina Echavarría; KOPPENSTEINER (org.). 2006. Schlüsseltexte der Friedensforschung. Key Texts of Peace Studies. Textos claves de la Investigación para la Paz. Berlim: Lit, p. 392-434.

ONU (Organização das Nações Unidas). 1999. **Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz**. Resolução aprovada pela Assembleia Geral [sem remissão prévia a uma Comissão Principal A/RES/53/243, 6 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>> Acesso em 27 out 2016.

PASQUINO, Gianfranco. 1995. “**Conflito**”. In: BOBBIO, Norberto et all. 1995. Dicionário de Política. 8a. Edição. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, p. 225 – 230.

PUREZA, José Manuel. 2011. “O desafio crítico dos estudados para a paz”. **Relações Internacionais**. Dezembro, n. 32, p. 005-022.

SADER, Emir. 2000. **Século XX uma biografia não autorizada**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.

SALES, Lilia Maia de Moraes. 2004. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte.

SANTOS, Boaventura de Sousa. AVRITZER, Leonardo. 2002. “**Para ampliar o cânone democrático**”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Democraciatizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 39- 72.

\_\_\_\_\_. 2004. “**Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**”. In: BALDI, Cesar (org.): Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Editora RENOVAR, p. 239 a 277.

SEN, Amartya Kumar. 2000. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras.

SILVA, Anderson Marques da. MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes. LOPES, Ana Lúcia Magri Lopes. 2014. “**Relações de poder em unidades de internação para adolescentes em conflito com a lei – estudo de caso**”. XXIV Jornadas Luso Espanholas de Gestão Científica. Leiria, 6,7,8 fevereiro. Disponível em: <<http://www.unihorizontes.br/mestrado2/wp-content/uploads/2013/08/teXTO-3-MCOLM.pdf>>. Acesso em 05 mai. 2017.

SIX, Jean François. 2001. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey.

SOARES, Fabio Montavão. 2011. “Uma experiência de intervenção em um projeto cultural: o psicólogo e a defesa dos direitos humanos nas instituições socioeducativas”. *Fractal: Revista de Psicologia*, v. 23, n. 1, Rio de Janeiro: Universidade Fluminense, jan. - abr. 2011, p. 171-190. Disponível em: < <http://www.uff.br/periodicoshumanas/index.php/Fractal/article/view/401/504> >. Acesso em 05 mai. 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. 2015. **Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação**. In: *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Cultura e Desenvolvimento). 2000. **Manifesto 2000 para uma Cultura de Paz**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/bibpaz/textos/m2000.htm> >. Acesso em 28 out. 2016.

VESTENA, Carolina Alves. BORGES, Rosa Maria Zaia. 2009. “A problemática do local e do global na mediação: a perspectiva emancipatória e a agenda do Banco Mundial para as reformas dos judiciários periféricos”. *Direito & Justiça*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul v. 35, n. 2, jul./dez. p. 126-136. Acesso em 28 out 2016. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8516/6234>>

VEZZULLA, Juan Carlos. 2004. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social) Centro Sócio-econômico. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: < <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/86868> >. Acesso em 20 mai. 2017.

VINYAMATA, Eduard. 2015. “Conflictología”. *Revista de Paz y Conflictos*. Granada, ES, vol. 08, n. 01, p. 9 – 24. Disponível em: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/2717/3176>>. Acesso em 23 ago 2016.

WARAT, Luis Alberto. 2004. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux.

\_\_\_\_\_. 1984. “Técnicas argumentativas na prática judicial”. *Revista Sequencia* n.º 9, Universidade Federal de São Carlos. Curso de Pós-Graduação em Direito, Junho, p. 35-56. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/t%C3%A9cnicas-argumentativas-na-pr%C3%A1tica-judicial>>. Acesso em 03 de setembro de 2016.

WIEVIORKA, Michel. 1997. “O novo paradigma da violência”. *Tempo social*. São Paulo: USP, n. 9(1), maio, p. 5 - 41.

---

## NOTAS:

<sup>1</sup> No original: “Ya que se llega a presuponer que para comprender y avanzar en el campo de la paz es necesario, sobre todo, estudiar la violencia en todas sus dimensiones y complejidad y a partir de ahí se supondría, a través de una pirueta epistémica, casi circense, una capacidad “automática” para abordar la paz” (Op. Cit, id, ib.)

**AUTORA:**

**Bárbara Silva Diniz**

Mestre em Direitos Humanos e Cidadania, Faculdade Anhanguera de Brasília – FAB. Professora.  
Endereço para correspondência: SQN 314, bloco J, apt. 206 CEP: 707647-100, Brasília – DF.  
Telefone: 61 – 996064134. E-mail: [barbaradiniz3@gmail.com](mailto:barbaradiniz3@gmail.com)

# TEORIAS MACROSSOCIOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE

**Natasha Gomes Moreira Abreu**

Faculdade do Sudeste Goiano

E-mail: [natasha.moreira.adv@gmail.com](mailto:natasha.moreira.adv@gmail.com)

## RESUMO

Este ensaio tem por objeto refletir sobre as teorias macrossociológicas (paradigma etiológico e de reação social) da criminalidade. A pesquisa centra-se na discussão criminológica acerca das teorias que buscam compreender a respeito dos multifatores que conduzem à sociedade para a criminalidade partindo da premissa que o crime é um fenômeno social seletivo, ligado a processos, estruturas e conflitos sociais. A pesquisa é elaborada no intuito de perquirir os objetivos propostos neste trabalho, apoiando-se na revisão de literatura sobre o tema.

**Palavras-Chave:** criminologia; delinquência; seletividade.

## ABSTRACT

This essay aims to reflect on the Major Sociological theories (etiological and social reaction paradigm) of crime. The research focuses on the criminological discussion about theories that seek to understand about the multi factors that lead society to crime starting from the premise that crime is a selective social phenomenon, linked to processes, structures and social conflicts. The research is designed in order to explore the objectives proposed in this study, based on the literature review on the subject.

**Keywords:** criminology; delinquency; selectivity.

## INTRODUÇÃO

A criminologia é a ciência empírica e interdisciplinar que estuda o crime, o infrator, a vítima e o controle social do comportamento delitivo (Molina & Gomes 2002). Neste trabalho, a criminologia é pensada sobre a perspectiva macrossociológica, que tem por objeto o estudo do fenômeno delitivo a partir da análise de multifatores que conduzem à sociedade para a criminalidade e não de uma abordagem focada no indivíduo ou grupo pequeno (Shecaria, 2004; Calhau, 2013; Sumariva 2014). O crime para a criminologia é encarado como um problema social e comunitário, pois afeta toda a sociedade e é de interesse de todos (Molina & Gomes, 2002; Shecaria, 2004).

Com o surgimento das teorias sociológicas da criminalidade<sup>1</sup>, houve a divisão entre duas importantes visões sobre a composição da sociedade: teorias do consenso e teorias do conflito (Calhau, 2013; Shecaria, 2004).

As teorias do consenso (de cunho funcionalista, ou integração) dividem-se em: Escola de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e teoria da subcultura delinquente. Já a teoria do etiquetamento ou rotulação (*labelling approach*) e teoria crítica ou radical (marxista) compõem as teorias do conflito. O fim da sociedade é atingido quando existe um “perfeito funcionamento das suas instituições de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes” (Shecaria, 2004: 134).

Por sua vez, nas teorias de conflito, “a coesão e a ordem na sociedade são fundadas na força e na coerção, na dominação por alguns e sujeição de outros”. Nelas, ignora-se a “existência de acordos em torno de valores de que depende o próprio estabelecimento da força”. (Shecaria, 2004: 134).

Sob outra perspectiva, compreender-se-á a macrossociologia criminal em duas vertentes de estudo: uma, focada no paradigma etiológico – compreensão das causas do crime (Escola de Chicago, Teoria da Associação Diferencial, Teoria da Subcultura do Delinquente e Teoria da Anomia) e outra, no paradigma de reação social – análise dos processos de criminalização (Teoria do Etiquetamento e Teoria da Criminologia Crítica) (Veras, 2006).

Destá forma, analisa-se as teorias criminológicas sob perspectiva macrossociológica, que tem como abordagem o estudo dos fatores que conduzem a sociedade ao crime. Toma-se a discussão sobre as teorias: Escola de Chicago, Associação Diferencial, Subcultura do Delinquente, Anomia, Etiquetamento e Criminologia Crítica.

Assim, este trabalho tem por objetivo refletir sobre as principais teorias macrossociológicas na análise do crime, adotando como fundamento teórico o paradigma de reação social, por meio do qual, a Criminologia Crítica se preocupa em investigar não as causas da criminalidade, mas, as condições da criminalização e o papel do controle social.

## 1. ESCOLA SOCIOLOGICA DE CHICAGO

A Escola de Chicago<sup>2</sup> foi criada em 1890 e é considerada o “berço da sociologia moderna”, denominada como a “sociologia da grande cidade” (Molina & Gomes, 2002: 341). Foram desenvolvidos estudos sobre a criminalidade urbana sob a perspectiva transdisciplinar<sup>3</sup> com enfoque nos aspectos da vida humana e todos relacionados com a vida da cidade, ou seja, as pessoas eram corrompidas pelos “ambientes sociais nos quais se encontravam inseridas. Cogitava-se que, por meio do contato com comportamentos criminosos, o indivíduo passava os assimilar com naturalidade (Sumariv, a 2014: 33).

A partir de observações diretas do desenvolvimento urbano e da formação do crime, a Escola de Chicago procurava diagnosticar os atuais problemas sociais que afetavam a sociedade norte-americana, voltando-se à atenção aos grupos conflitivos e culturas minoritárias (Molina & Gomes 2002).

A atenção para a cidade de Chicago dos Estados Unidos da América (EUA) justificava-se em razão dos centros industriais e comerciais que atraíam a chegada de imigrantes estrangeiros e grande número de negros com as migrações do Sul em busca de trabalho. Em 1860, a cidade tinha cerca de 110 mil habitantes, entre 1880 e 1990, com os movimentos migratórios e imigratórios, a cidade cresceu cerca de meio milhão a um milhão e, em 1910 atingiu dois milhões de pessoas. O alto crescimento populacional na cidade provocou problemas de ordem social, trabalhista, familiar e cultural (Molina & Gomes, 2002, Shecaria, 2004).

Problemas que traduziam em acirramento de conflitos e potencializadores da criminalidade. “A inexistência de mecanismo de controle social e cultural permite o surgimento de um meio social desorganizado e criminógeno que se distribui diferenciadamente pela cidade” (Shecaria, 2004: 114).

A escola utilizava os inquéritos sociais<sup>4</sup> (*social surveys*) na investigação da criminalidade de modo a fornecer o real índice de crimes na cidade (SUMARIVA, 2014). Além dos inquéritos sociais, utilizava-se estudos biográficos de casos particulares, para identificar as “carreiras delinquentes”, as “atitudes, interesses e personalidade” (Shecaria, 2004: 150).

As principais teorias criminológicas que surgiram da escola de chicao foram: Teoria Ecológica, Teoria Espacial, Teoria das Janelas Quebradas e Política de Tolerância Zero.

A primeira teoria que surgiu através da Escola de Chicago foi a Ecológica<sup>5</sup>. Para os adeptos desta teoria, a cidade produz a delinquência. Para tanto, os estudiosos se valem dos “conceitos de desorganização e contágio inerentes aos modernos núcleos urbanos, e sobretudo, invocando o debilitamento do controle social desses núcleos” (Calhau, 2013: 61-62).

Os problemas relacionados à deterioração dos grupos familiares, a modificação das “relações interpessoais que se tornam superficiais, a alta mobilidade e a conseqüente perda de raízes no lugar da residência, a crise de valores tradicionais e familiares, a superpopulação”, a proximidade com as áreas de concentração de riqueza pelos comércios e indústrias, e o “enfraquecimento do controle social criam um meio desorganizado e criminógeno” (Calhau, 2013: 61-62).

Segundo a Teoria Ecológica ou Teoria Da Ecologia Humana, a sociedade e o espaço contribuem para a formação da criminalidade. A teoria ecológica, “vê a cidade como um elemento motivador da criminalidade, pois para ela convergem fatores que trazem em si elementos predisponentes à incidência de atos violentos” (Santos, 2016: 59).

Em 1940, a Teoria Ecológica deu lugar à Teoria Espacial. A partir da Teoria Espacial<sup>6</sup>, as pesquisas focaram no estudo arquitetônico e urbanístico das cidades, visando ao controle mais efetivo da criminalidade, “por meio de políticas sociais específicas, focadas em regiões urbanas com maiores índices criminais e mais graves problemas de socialização” (Santos, 2011).

A Teoria das Janelas Quebradas<sup>7</sup> surgiu em 1982 e discorre de modo metafórico, que se as janelas quebradas de um edifício não forem consertadas, as “pessoas que gostam de quebrar janelas assumirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar janelas” (Belli, 2000: 160).

Segundo esta teoria, é preciso reprimir os menores delitos para inibir os mais graves. Para os estudiosos, a desordem e a criminalidade são fatores que desestabilizam a vida em sociedade. E que, quando a sociedade e as autoridades toleram pequenas condutas criminosas podem favorecer a ocorrência de crimes mais graves. “Assim, não há melhorias sociais se os crimes, por mais medíocres que sejam, não forem estancados de forma autoritária” (Zaganelli & Fabríz, 2016: 144).

A Teoria das Janelas Quebradas serviu de base para “reorganização da atividade policial”, que ficou conhecida como tolerância zero. Em razão dela, o orçamento e investimento na Segurança Pública aumentou significativamente. (Kilduff, 2010: 244). A Política de Tolerância Zero foi implantada pelo prefeito Rudolph Giuliani de Nova Iorque nos EUA em 1993, pois na época, era conhecida como a “capital do crime” (Belli, 2000: 158).

O programa de Tolerância Zero do Departamento da Polícia de Nova Iorque contava com a estratégia de uma polícia bem aparelhada de modo que refletisse em queda dos índices de criminalidade. O prefeito Giuliani implantou medidas para tentar reduzir a criminalidade, como formas de policiamento, monitoramento, nomeação de novos policiais, aumento de salários para os policiais, aquisição de câmeras de vigilância (Zaganelli & Fabrizz, 2016).

A política de guerra ao crime e ao criminoso contou ainda, com a descentralização do policiamento, “cabendo ao chefe de cada distrito policial prestar contas da redução da criminalidade. Isso passa a ser possível com a introdução de um sistema computadorizado de mapeamento dos atos criminosos” (Shecaria, 2009: 167).

No enfrentamento do problema criminal, passou-se a reprimir todo e qualquer tipo de “desordem social, ainda que isso não significasse necessariamente um crime. As pequenas infrações do cotidiano passaram a ser coibidas”, foram perseguidos desde lavadores de carros, grafiteiros, mendigos, prostitutas, inclusive passou a ser infração aquele que se sentava nas calçadas (Shecaria, 2009: 167).

O endurecimento contra o crime e o criminoso refletiu na política de “guerra as drogas” com o “*stop and frisk*, mecanismo relativamente incomum nos Estados Unidos, que permitia parar os suspeitos para revistá-los com o objetivo de apreensão de drogas” (Shecaria, 2009: 167).

Começou-se a divulgar nos meios de comunicação a queda dos índices de criminalidade que foi contestada por segmentos da sociedade civil, pois, ao contrário de “repressão pura e simples, vigilância constante e escolha de alvos preferenciais”, houve aumento de violência policial e especialmente, contra a juventude negra e minorias sociais (Belli, 2000: 158).

Wacquant (2003) ao analisar a mudança do Estado Social e Econômico para o Estado Policial nos EUA, tece duras críticas à Política de Segurança de Tolerância Zero, que, trata-se na verdade, de uma política de “limpeza de classe do espaço público”, higienização social.

Tal política aplicada pelo Chefe de Polícia de Nova Iorque transformou sua administração em uma verdadeira ‘empresa de segurança’, com objetivos quantificados de baixa mensal da criminalidade a ser atingida custe o que custar”. Houve aumento de investimento no Estado Policial e redução de investimento no Estado Social, como exemplo, a “contratação de 12 mil agentes suplementares para um total de 48 mil. Cifra a ser comparada aos 13 mil empregados dos serviços sociais da cidade que restaram depois de uma queda de 30% dos efetivos em cinco anos” (Wacquant, 2003: 151).

Para o pesquisador, isso traduz em “perseguição permanente dos jovens negros e imigrantes na rua, detenções em massa e frequentemente abusivas nos bairros pobres, inchamento inaudito dos

tribunais”, crescimento do encarceramento, “um clima de desconfiança e de hostilidade abertas entre a polícia e os nova-iorquinos afro-americanos e latinos” (Shecaria, 2009: 167).

Observam os autores Zaganelli & Fabríz (2016, p. 148), que o fato de os delitos mais leves serem “severamente punidos para que os mais graves não ocorram”, está em “total desconformidade com a realidade, uma vez que a criminalidade não apresenta índices menores por conta de uma política desse tipo”.

Belli (2000: 158) discorre sobre a popularidade que essa teoria vem ganhando no Brasil e que se reflete em discurso político e nos estudos da segurança pública, em slogans de combate ao crime. Para muitos, o objetivo é demonstrar que o “Estado pode impor a lei e a ordem desde que haja vontade política de não condescender, de mostrar pulso firme diante dos criminosos”.

Para outros, segundo o autor, trata-se de demonstrar que o discurso político “em prol da lei e da ordem deve ser sustentado por um substrato institucional, em termos de equipamentos, recursos humanos e planejamento estratégico”. Estas duas situações se complementam:

*Os políticos falam para as massas, exploram o medo crescente e o sentimento de terror causados pelos crimes violentos e sua divulgação ad nauseam pelos meios de comunicação. Os técnicos da segurança pública, entusiasmados com a experiência de Nova York, tendem a falar para um público mais restrito, procurando alcançar os operadores jurídicos, as elites governantes, os empresários e as classes médias, as quais, apesar de menos vitimadas pelos crimes do que as classes desprivilegiadas habitantes das periferias e das favelas, se encontram igualmente aterrorizadas e aparentemente dispostas a apoiar políticas mais assertivas (Beli, 2000: 158).*

Para ele, a Política de Tolerância Zero apresenta-se, aparentemente, com uma variedade de soluções para os problemas brasileiros. O problema da violência nas cidades restringe-se à “questão de polícia, não no sentido tradicional da repressão *ex post facto*, mas repressão aliada às novas estratégias de organização policial inspiradas em técnicas de gestão empresarial pósfordistas” (Beli, 2000: 158).

A Tolerância Zero fundamentada na Criminologia Conservadora, “se afigura como uma nova forma de gerir o espaço urbano e as relações entre polícia e comunidade”. No lugar de repressão permanente, “vigilância constante e escolha de alvos preferenciais. No lugar de burocracias centralizadas, atribuição de responsabilidades aos distritos e policiais” (Belli, 2000: 158).

Em contraposição à afirmação de Giuliani de que o programa de Tolerância Zero havia contribuído para a queda da taxa de criminalidade, são apresentados dados sobre a conjuntura da época que foram omitidos e que contribuíram para essa redução.

Shecaria (2009: 168) cita alguns exemplos como a: “queda acentuada do desemprego nesse período, em face de uma forte recuperação econômica; estabilização e exaustação do mercado de crack; diminuição do número de jovens”, que representam a “maioria dos delinquentes”, queda de criminalidade de 20% antes da aplicação da Política de Tolerância Zero. E compara as quedas de criminalidade mais significativas entre outras cidades, tais como, Boston, San Diego, e que não tiveram a implantação dessa política.

## 2. TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Sutherland<sup>8</sup> iniciou seus estudos sobre os crimes de colarinho branco, sobre a “delinquência econômica e profissional” e os “níveis de inteligência do infrator”, chegando à ideia de que a conduta “desviada não pode ser imputada a disfunções ou inaptações dos indivíduos da classe baixa, senão à aprendizagem efetiva dos valores criminais, o que pode suceder em qualquer cultura”. A aprendizagem seria o próprio “comportamento humano, enquanto um processo complexo e global do desenvolvimento psicológico e conductual do homem” (Molina & Gomes, 2002: 374-375).

Para Sutherland, o comportamento criminal é aprendido mediante o processo de comunicação e é influenciado pelo grau de proximidade do contato entre as pessoas. “A capacidade ou destreza e a motivação necessárias para o delito” constituem um processo de aprendizado através do “contato com valores, atitudes, definições e pautas de condutas criminais no curso de normais processos de comunicação e interação do indivíduo com seus semelhantes (Molina & Gomes, 2002: 375).

Segundo a Teoria da Associação Diferencial,<sup>9</sup> uma pessoa torna-se delinquente quando os fatores favoráveis à violação da lei superam os fatores desfavoráveis, quando por seus “contatos diferenciais aprendeu mais modelos criminais que modelos respeitosos ao Direito” (Molina & Gomes, 2002: 376).

De acordo com essa teoria:

*Os ricos (poderosos) também delinquem. O crime não é hereditário nem se imita ou se inventa; não é algo fortuito ou irracional: o crime se aprende (...) mediante o contato com valores, atitudes, definições e pautas de condutas criminais no curso de normais processos de comunicação e interação do indivíduo com seus semelhantes. Criminosos existem em todas as classes sociais. Isso é o que afirma precisamente a teoria da ubiquidade (o crime faz parte de todas as classes: dominantes e dominadas) (Gomes, 1995: 03).*

As associações diferenciais podem variar conforme a frequência, duração, prioridade, e intensidade do comportamento criminal e não criminal (Shecaria 2004; Molina & Gomes, 2002).

O conflito cultural reproduz a associação diferencial e a desorganização social é causa própria do comportamento criminoso (Shecaria 2004; Ferraz, 2017).

Shecaria (2004: 211) estabelece algumas críticas à teoria da associação diferencial, pois desconsidera a incidência de fatores de personalidade do próprio indivíduo, não discorre sobre as diferentes aptidões do indivíduo no processo de aprendizagem, não explica o porquê da interpretação da teoria ser direcionada apenas aos “modelos de comportamento criminal e às orientações de valores desviados” e o motivo de existir pessoas que cedem a “influência do modelo desviante” e outras não.

Segundo Souza (2003:406), a teoria da associação diferencial ignora o processo de criminalização. Falha, ao não explicar “porque os comportamentos aprendidos de alguns grupos são criminosos, enquanto o comportamento aprendido de outros não são”.

### 3. TEORIA DA ANOMIA

Segundo a Teoria da Anomia<sup>10</sup>, as causas de desvio não devem ser analisadas sob a perspectiva dos “fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça)” e da patologia, pois, o desvio é um fenômeno normal da estrutura social e dentro dos limites, o comportamento desviante é um fator necessário para a manutenção e desenvolvimento da estrutura social (Baratta, 2002: 59-60).

Todavia, será visto como negativo quando, o comportamento desviante ultrapassa determinados limites e promove um estado de desorganização social, em que “todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou”, situação compreendida por anomia (Baratta, 2002: 59-60).

O fenômeno criminal é encontrado em todo tipo de sociedade e a sua normalidade e sua funcionalidade podem ser representadas pela ideia de que o crime estimula a reação social e mantém vivo o sentimento coletivo que fortalece o respeito às normas.

Nesse sentido, o “fato de que a autoridade pública, sustentada pelo sentimento coletivo, descarregue a própria reação reguladora sobre fenômenos de desvio que atingem a intensidade do crime”, possibilita uma maior flexibilidade diante de outros “setores normativos, e torna possível, desse modo, mediante o desvio individual, a transformação e a renovação social”. Condição esta, avaliada como essencial para o desenvolvimento da sociedade (Baratta, 2002: 60-61).

A outra função do fenômeno criminal é desempenhada pelo “papel direto no desenvolvimento moral de uma sociedade. Não somente deixa o caminho livre para as

transformações necessárias, mas em determinados casos as prepara diretamente” (Baratta, 2002: 61).

Segundo Durkheim (1991), a anomia é a falta de normas sociais, de regulamentação estatal. É uma característica das “sociedades orgânicas desenvolvidas, e seu aparecimento ocorreria quando diversas funções sociais se tornassem muito tênues ou intermitentes” (Durkheim, 1983: ix).

A teoria “baseia-se na afirmação de que a motivação para o crime decorre da impossibilidade de o indivíduo alcançar as metas desejadas, como o sucesso econômico, por exemplo, em virtude de fatores sociais que impedem sua realização” (Santos, 2016: 52).

É através da anomia que se “origina a concepção de desorganização social e de patologia social, usadas pelos sociólogos para explicar o crime como um problema social resultante das tensões presentes na estrutura da sociedade” (Santos, 2016: 52).

Merton, a partir dos ensinamentos de Durkheim, discorre que, o crime não é só desmoronamento de normas e valores vigentes de uma sociedade em razão de “determinadas circunstâncias sociais (o desenvolvimento econômico avassalador, o processo industrializador com todas as suas implicações), senão, antes de tudo, o sintoma ou expressão do vazio” produzido pela estrutura social que não serve para “satisfazer as expectativas culturais de uma sociedade” (Molina & Gomes, 2002: 351).

*É a inconsistência entre a estrutura cultural – valores e normas – e a estrutura social – oportunidades de realizar os valores respeitando as normas – que coloca uma grande parte dos indivíduos em situações de tensão, desequilíbrio e conflito, cuja resolução passa, em muitos casos, por comportamentos desviantes, i.e., comportamentos de inconformidade aos valores/ objetivos e/ou às normas (Barata, 2004: 18).*

A criminalidade é fruto da anomia. Os indivíduos de uma sociedade são ensinados a “buscar objetivos culturalmente prescritos, como sucesso profissional e dinheiro, que nem todos podem obter, já que nem todos têm acesso aos meios legítimos que garantem esses objetivos”, a consequência será o aumento do crime e da violência que são identificados nas classes baixas, pois seus membros “são compelidos a buscar os objetivos prescritos, mas não lhes são dados os meios legítimos para sua obtenção (Oliveira 2008: 48). Ou seja, essa falta de oportunidade de determinados grupos de indivíduos favorece o cometimento de crimes (Melo & Silva, 2016).

O comportamento desviante está no fato de que a “estrutura cultural de acumulação de riqueza material como meta máxima e esperada de todos os cidadãos, ao passo que a estrutura social restringe a apenas certos grupos o efetivo acesso a esse objetivo pelas vias

institucionalizadas”. E a utilização de meios proibidos pela sociedade, não institucionalizados, é considerada uma violação das regras e valores (Barbosa, 2013: 9060).

A teoria da anomia sofreu algumas críticas por não conseguir explicar todas as formas de desvio social (Shecaria 2004; Barbosa 2013).

Segundo Baratta (2002: 67), essa teoria tem uma “função ideológica estabilizadora”, no sentido de tentar legitimar cientificamente e consolidar a “imagem tradicional da criminalidade, como própria das classes pobres na nossa sociedade”, e o correspondente recrutamento efetivo da população criminoso destas classes”.

#### 4. TEORIA DA SUBCULTURA DELINQUENTE

Na década de 50, surgiram as teorias subculturais diante da situação problemática das comunidades marginalizadas nos EUA, como as minorias étnicas, raciais, culturais (Molina & Gomes, 2002).

O conceito de subcultura “pressupõe a existência de uma sociedade pluralista, com diversos sistemas de valores divergentes em torno dos quais se organizam outros tantos grupos desviados”. Com este conceito, torna-se obrigatória a compreensão do delito como “opção coletiva, como opção de grupo, com um particular simbolismo ou significado” (Molina & Gomes, 2002: 364).

A delinquência juvenil deveria ser vista como “decisão de rebeldia aos valores oficiais das classes médias, não como atitude racional e utilitária própria dos adultos”. (Molina & Gomes, 2002: 364-365).

As teorias subculturais<sup>11</sup> não se interessam pela formação interna dos grupos, das organizações, mas sim com o problema de “estratificação social”. Elas representam um enfoque de “classe social” (Molina & Gomes, 2002: 365).

Não é a desorganização social que reproduz a criminalidade nas classes sociais baixas, e sim, as subculturas criminais que “constituem um produto do limitado acesso das classes sociais oprimidas aos objetivos e metas culturais das classes médias”, e que operam como “instrumento para que aquelas obtenham suas formas de êxito alternativas ou sucedâneos gratificantes em guetos restringidos” (Molina & Gomes, 2002: 365).

Assim, o crime não é consequência da falta de “organização social ou carência ou vazio normativo, senão de uma organização social distinta, de uns códigos de valores próprios ou ambivalentes em relação aos da sociedade oficial: dos valores de cada subcultura” (Molina & Gomes, 2002: 365).

Para a Teoria da Subcultura Delinquente<sup>12</sup>, o crime não pode ser “considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais”, pois existem “valores e normas específicas dos diversos grupos sociais (subculturas) (Baratta, 2002: 73-74).

Por sua vez, estes, mediante os “mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos”, são interiorizados por seus membros e “determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral oficial” (Baratta, 2002: 73-74).

O comportamento criminoso está relacionado ao “código de valores que pertencem à subcultura e aos seus integrantes”. Nesse sentido, o “peso da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres naturais da personalidade, é muito relativo” (Guimarães, & Rosa 2016: 26).

Para esta teoria, as subculturas são grupos de indivíduos que compartilham de ideias e valores semelhantes e que se “organizam em grupos, ou bandos, para suporte, defesa e necessidades mútuas”. (Souza, 2003: 404).

Nela, é analisada a formação dos grupos subculturais, que se afastam dos padrões impostos pela sociedade, bem como, os que as contestam. Há uma “subcultura da violência, onde alguns grupos passam a aceitar a violência como um modo normal de resolver os conflitos sociais” (Sumariva, 2014: 37).

Para Cohen, a subcultura delinquente é uma cultura de grupo, enquanto coletivo, diferentemente da opção individual tratada por Merton (Molina & Gomes, 2002).

Influenciado por Merton, Cohen identifica a delinquência como o produto da desigualdade social numa sociedade que “universalizou a ética do sucesso individual”, prestigiando a figura do homem ‘bem sucedido’ e estigmatizando o ‘perdedor’ (Baratta, 2004: 19).

Trata-se a Subcultura Delinquente de “uma resposta colectiva às experiências de frustração que resultam da procura de sucesso e status dentro da sociedade convencional, por parte de jovens provenientes das classes trabalhadoras”. (Baratta, 2004: 19).

Outros pesquisadores desta teoria, Cloward e Ohlin analisam as condições e frustrações de status que culminam em delinquência e criminalidade, as oportunidades ilegítimas, “o acesso a um ambiente que propicia a aprendizagem dos valores, normas e técnicas necessárias ao desempenho de papéis desviantes. Bem como a possibilidade de desempenhá-los com o apoio de um grupo” (Barata 2004: 21).

Segundo a pesquisadora, tanto as oportunidades ilegítimas quanto as legítimas são distribuídas de modo desigual e são elas que determinam o tipo de subcultura delinquente como alternativa aos valores e modelos de comportamentos convencionais.

*Nem todas as subculturas delinquentes expressam conflito, irracionalidade e inversão dos valores dominantes. Nas áreas urbanas onde o crime já existe de uma forma organizada no mundo adulto, os jovens passam da pequena delinquência a uma vida adulta de crime profissional e no contexto de organizações onde o crime é um meio disciplinado e racional para a obtenção de lucros económicos, proporcionando tradição, hierarquia e carreira, bem como as necessárias pontes de apoio ao mundo convencional (políticos, juristas, clérigos). Por outro lado, muitos jovens falham duplamente em integrar um gang de subcultura de conflito e, por outro lado, em prosseguir uma carreira num contexto de subcultura criminal, envolvendo-se numa subcultura de evasão, de procura da gratificação imediata, caracterizada sobretudo pelo consumo de drogas (Baratta, 2004: 21).*

Algumas críticas foram feitas à teoria subcultural. Não conseguiu oferecer uma explicação generalizada da criminalidade, ao supervalorizar algumas conclusões válidas somente para grupos de delinquentes juvenis nos centros urbanos; não justifica a delinquência que se reproduz à margem das subculturas, tampouco os comportamentos regulares; nem sempre se verificam nos grupos subculturais coesão e consenso em torno de valores. Houve apego a determinado tipo específico de criminalidade e não fez uma abordagem maior acerca da criminalidade (Molina & Gomes, 2002; Shecaria 2004).

## 5. A TEORIA DA ROTULAÇÃO (*LABELLING APPROACH*)

A Teoria da Rotulação ou Etiquetamento (*Labelling Approach*) é considerada um dos marcos da teoria do conflito<sup>13</sup>, sendo a primeira teoria cuja a proposta de paradigma de reação social, rompeu com o paradigma etiológico do crime, por meio deste, analisava-se as causas da criminalidade, ou seja, a incidência de fatores individuais, físicos, sociais que aumentam a possibilidade do indivíduo tornar-se antissocial e praticar crimes (Andrade, 2003).

Os estudiosos partem dos estudos dos conceitos de reação social e do desvio de condutas e chegam à conclusão de que:

*o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (Andrade, 2003: 40).*

De acordo com Giorgi (2006), essa teoria possibilitou renovação de pensamento crítico na criminologia, propôs “valorização do desvio enquanto diversidade estigmatizada pelos mecanismos de poder”<sup>14</sup>.

Com o seu surgimento, a criminologia passou a dar atenção para o sistema penal e operatividade de suas agências de controle social formal no combate da criminalidade, “tratando o fenômeno criminal e a pessoa do criminoso de forma historicamente contextualizada e possibilitando a mudança paradigmática em criminologia, como o abandono do enfoque etiológico<sup>15</sup> do desvio” (Coutinho & Marques, 2002).

Tal teoria então, desloca-se seus estudos do foco do desviante centrando a atenção ao poder social de rotulação e estigmatização. “Os que detêm o poder definem quais ações são criminosas ou violentas e quem são os criminosos e os violentos” (Oliveira, 2008: 49). E permite questionar qual é o comportamento desviante e como constitui o “comportamento violento ou agressivo; e, ainda, se a violência ou agressão constitui intrinsecamente um sinal de desvio, crime ou delinquência” (Oliveira 2008: 49).

Embora o indivíduo tenha cometido crime, “enquanto este não adquirir o status de criminoso” não será “mitigado pela sociedade e não lhe recairá a taxação de delinquente, portanto, não será punido”. Uma vez rotulado, o indivíduo sofre “estigmas de várias searas, como da família, dos amigos, bem como na área profissional” (Melo & Silva, 2016: 72).

Para essa teoria, o indivíduo e sua conduta não são considerados criminosos por influências do ambiente ou em razão de sua personalidade, mas sim, pelo status que lhe é atribuído através dos processos de “definição legal de crime que atribui à conduta o caráter criminal, e de seleção que “etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas” (Andrade, 2003: 41).

Assim, o desvio não é considerado próprio do ato cometido por uma pessoa, mas é decorrente da “aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um ‘ofensor’. E o desviante é aquele se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta)”; a ‘conduta desviante’ é a conduta que a sociedade nomeia (Andrade, 2003: 41).

*Ou seja, não é, em si, o acto de transgredir a norma o que induz uma carreira desviante, mas sim a reacção social a essa transgressão, na medida em que se vai numa série de medidas e intervenções mais ou menos institucionais – a intervenção da polícia, do júz, do psicólogo, do assistente social ou, simplesmente, a reprovação e censura por parte dos pais e amigos, o isolamento e estigmatização por parte dos conhecidos, etc (Baratta, 2004: 21).*

Segundo a autora, é nesta reação social que cria os problemas de rotulagem que conduz à estigmatização, punição, isolamento e controle que reforçam “o desvio como forma de defesa, ataque ou adaptação a esses problemas. Ou seja, o indivíduo reorganiza a sua identidade e a sua vida em função do rótulo que lhe foi atribuído” (Andrade, 2003: 22).

A Teoria da Rotulação parte da ideia de que uma pessoa só é considerada criminosa quando a outra pessoa a rotule como criminosa. O crime é definido a partir de critérios seletivos e discriminatórios, a depender das instâncias de controle social (Melo & Silva: 2016). É consequência do processo de criminalização que seleciona as condutas, aplica as regras e pune o desviante (Carvalho 2012).

De acordo com Baratta (2002: 86), o status social de criminoso:

*pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”.*

Desta forma, a Teoria da Rotulação volta-se a atenção às instâncias de controle social, observando o efeito estigmatizante das atividades da Polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário, etc (Baratta, 2002).

Não se preocupa com as causas de desviação primária, mas com os processos de criminalização, sustenta-se que o controle social reproduz a criminalidade ao etiquetar o comportamento delitivo. O controle social é seletivo, discriminatório (Molina & Gomes, 2002).

O efeito criminógeno da pena é injusto e irracional, pois não resolve os conflitos sociais, apenas potencializa-os e culmina por estigmatizar definitivamente o condenado (Molina & Gomes, 2002).

## 6. CRIMINOLOGIA CRÍTICA OU RADICAL

A Criminologia Crítica ou Radical (Nova Criminologia)<sup>16</sup> de base marxista, tenta construir uma teoria materialista, econômico-política, do “desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo”, nela, se “historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição” (Baratta, 2002: 159-160).

Não se investigam as causas da criminalidade, mas as “condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal, mecanismo de controle social formal” (Ministério Público, Judiciário, Lei Penal, Polícia, Sistema de Segurança Pública etc.) produz a criminalidade e o delinquente, em diálogo com o controle social informal (família, escola, mídia, religião, trabalho etc.), “funcionalmente relacionados às estruturas sociais” (Andrade, 2013: 181).

Os teóricos aprofundam suas ideias em relação ao paradigma de reação social e desenvolvem a questão central do poder. A sua base teórica encontra-se nas “contradições de classes das relações econômicas” e nas “relações superestruturais de poder do Estado” (Santos 2008: 30). Consideram deficitária a Teoria do Etiquetamento, “numa perspectiva materialista, cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista” (Andrade, 2003: 47-48).

A criminalidade é socialmente construída, o sistema penal passa a ser seu objeto e “problematiza a função de controle e dominação por ele exercida” (Andrade 2013: 181). Os pensadores dessa teoria contestam a estrutura social, para eles, a mudança de ordem punitiva realizar-se-á a partir de uma transformação no sistema político-econômico como um todo (Lemos 2013: 63).

Questiona-se o “fenômeno da incriminação, como pressuposto e base de toda análise das condições de emergência do delito, assim procurado em suas raízes histórico-sociais”. E argumenta que o estudo da criminalidade e das formas de controle do crime é que são capazes de “dotar a teoria criminológica da dimensão histórica de seu objeto real” (Lyra Filho, 1982: 67).

Segundo Santos (2008: 05), urge a necessidade de se:

*redefinir a problemática do crime e do controle social, ligados à base material e à estrutura legal do capitalismo contemporâneo: a economia política – ou melhor, a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais no capitalismo – surge como determinante primário da formação social, formalizando nas superestruturas jurídicas e políticas do Estado.*

A Criminologia crítica surge como pensamento radical à criminologia tradicional, como no marxismo que surge como crítica radical à economia política clássica, “ambas as construções assumem na prática e desenvolvem na teoria um ponto de vista de classe (a classe trabalhadora), em cujo centro se encontra o proletariado” (Santos, 2008: 02).

Enquanto no marxismo há a formação de novos conceitos sobre as forças sociais e a direção do movimento histórico, a Nova Criminologia constrói com base em método e categorias científicas marxistas, conceitos na área da criminalidade e do controle social, por meio de crítica à ideologia dominante das teorias tradicionais da criminologia (Santos, 2008).

A definição de crime está ligada à ideologia de “neutralidade do Direito” e atua como “instrumento de controle das vítimas da exploração e da opressão social – os trabalhadores integrados no mercado de trabalho e os marginalizados sociais - cujos protestos, reivindicações e revoltas são reprimidos pelas forças de ordem” e, na maioria das vezes encaminhados à justiça criminal (Santos, 2008: 29).

O sistema penal sistema punitivo clássico “não faz mais do que conferir força e legitimidade à estrutura burguesa de dominação, perpetuar seus mecanismos de controle e submissão das classes baixas” (Lemos, 2013: 71).

Portanto, é imperioso desmitificar o sistema penal de controle social que tem natureza classista, de forma a imprimir medidas “liberalizantes, como as políticas de substitutos penais, prisões abertas, a descriminalização, a despenalização etc (Santos 2008: 37).

O pensamento da Criminologia Crítica confronta as práticas oficiais que servem de estratégia de manutenção da ordem vigente desigual e controle social classista, racista, seletivo, discriminatório (Dornelles, 2017). Permite o compromisso no enfrentamento das desigualdades sociais, apontando a necessidade de uma “nova organização social com o fim da exploração econômica e a opressão política” (Dornelles, 2017: 119).

*Alinha-se, assim, às correntes do pensamento e aos grandes movimentos sociais que buscam construir um outro modelo de existência humana. Parte de um compromisso político e ideológico na sua elaboração teórica e na sua prática militante, questionando as práticas de moralização social, de correccionalismo repressivo e de reabilitação, como instrumentos meramente modernizadores da estrutura social que apenas mantêm em funcionamento o sistema existente (Dornelles, 2017: 119).*

Desde o seu nascimento, esta teoria tem como máxima insurgir-se contra a antiga criminologia da repressão, com a perspectiva de emancipação social e de superação das relações sociais de produção capitalista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão deste trabalho, pode-se afirmar que, através da Criminologia Crítica há o aprofundamento sobre as questões concernentes a operacionalidade do sistema penal, os processos de criminalização e a definição do etiquetamento para além do paradigma de reação social; propõe-se um pensamento nas razões estruturais da sustentação destes processos na sociedade capitalista que estão centradas na dimensão do poder.

Trata-se de um marco no pensamento criminológico: a criminalidade é socialmente construída. Desloca-se o foco do desviante centrando a atenção à função do controle social e sistema penal, agências de controle social. A criminalidade é produzida pelo controle social que é seletivo, discriminatório.

Passa-se pelo enfrentamento de práticas sociais prejudiciais que não estavam previstas pela lei, como os crimes contra a humanidade, sexismo, racismo, tortura, terrorismo e a exploração de classe. O crime é conceituado a partir dos fundamentos dos direitos humanos e da igualdade social, dos conceitos de exploração econômica do capitalismo, imperialismo; problematizando a função de controle e a dominação por ele exercido, buscando a desmitificação e/ou deslegitimação do sistema penal de controle social.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a Criminologia (e qual Criminologia) é importante no Ensino Jurídico? Revista **Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Unisul de fato e de direito**, ano 111, n. 6, p. 179-183, 2013.

\_\_\_\_\_. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 181p.

BARATA, Maria João. Compreensão e Responsabilidade: Uma Digressão pela Criminologia. **Interacções**, n. 6. p. 9-38, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, 254p.

BARBOSA, Gilmaria Maria de Oliveira. Anomia, Direito e Pós-Modernidade. **RIDB**, n. 9, p. 9043-9081, 2013.

BECKER, Howard. A escola de Chicago. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 177-188, Oct. 1996.

BELLI, Benoni. Polícia, 'tolerância zero' e exclusão social. **Novos Estudos Cebrap**, v. 58, p. 157-172, 2000.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**, 8ª ed., Niterói: Impetus, 2012, 168p.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 152-168, 2012.

COUTINHO, Jacinto de Miranda; MARQUES, Allana Campos. Baratta: Aldilà do sistema pena. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (org.). **Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Boiteux, 2002, 216p.

DORNELLES, João Ricardo. A atualidade da Criminologia Crítica e a exceção permanente. **METAXY, Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos**, v. 1, n. 1, p. 109-128, 2017.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Os Pensadores. Trad. de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, Seleção de textos de José Arthur Gianotti. 1983, 245p.

\_\_\_\_\_. **Da divisão do trabalho social**. 3ª ed., v. II. Lisboa: Editorial Presença, 1991, 207p.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito Penal Econômico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 19, n. 30, 2017.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, 128p.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, v. 3, p. 166-174, 1995.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; ROSA, Lícia Haickel. Estado Democrático de Direito e Punição: Reflexões sobre os princípios reitores do Direito Penal. **Revista Ceuma Perspectivas**, v. 27, n. 1, p. 18-30, 2016.

KILDUFF, Fernanda. O controle da pobreza operado através do sistema penal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 240-249, 2010.

LEMOS, Clécio José Morandi de Assis. SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO PROLETÁRIO: A LUTA DA CRIMINOLOGIA RADICAL E A LEGITIMAÇÃO INVERSA DO SISTEMA PUNITIVO. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, pp. 61 - 90, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **A criminologia radical**. **Revista Direito Penal**, n. 31, Rio de Janeiro, 1982, p. 54-74.

MACHADO, Helena. **Manual de Sociologia do Crime**. Porto Alegre: Afrontamento, 2008, 125p.

MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo; SILVA, Katharine Felix de Lima. Contribuição da Teoria do Etiquetamento Social à Criminologia Contemporânea. **Revista Cidadania e Direitos Humanos**, Caruaru, v. 2, n. 1, p. 67-84, 2016.

MOLINA, Antonio García-Pablo de; GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, 683p.

OLIVEIRA, Walter Ferreira de. Violência e Saúde Coletiva: contribuições teóricas das ciências sociais à discussão sobre o desvio. **Saúde Soc.** São Paulo, v.17, n.3, p.42-53, 2008.

SANTOS, Hugo Leonardo R. A Influência do saber criminológico na conversão de um Estado liberal em Estado social. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 30-41, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, 139p.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte geral**. 3ª edição rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Márcia Andréia Ferreira. Abordagens científicas sobre as causas da criminalidade violenta: uma análise da teoria da Ecologia Humana. **Revista LEVS**, UNESP, Marília, n. 17, p. 46-74, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, 398p.

\_\_\_\_\_. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, 2009.

SOUZA, Raquel de. Criminologia: uma visão geral e crítica. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 395-409, maio/ago. 2003.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia**. Teoria e Prática. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, 166p.

VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal**. 2006, 215f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 167p.

ZAGANELLI, Juliana Costa, FABRIZ, Daury Cesar. A superação da teoria da normatividade constitucional: uma análise da teoria das janelas quebradas e do estado de exceção permanente frente ao medo na sociedade brasileira. **Estudo & Debate**, Lajeado, v. 23, n. 1, p. 138-155, 2016.

---

## NOTAS:

<sup>1</sup> “A abordagem sociológica do crime tende a ser globalizante, preocupando-se não só em explicar porque se cometem crimes, mas também em problematizar a própria ordem social, compreender as implicações político criminais e delinear moldes, conteúdos e alcances de práticas de associação entre a teoria e a prática, nomeadamente, ao nível da reinserção social e prevenção da delinquência” (MACHADO, 2008, p. 42).

<sup>2</sup> Aparece ligada ao Departamento de Sociologia da cidade de Chicago nos Estados Unidos da América. Tendo como precursores William Thomas, Robert Park, Ernest Burgess, Roderick Mckenzie (SHECARIA, 2004).

<sup>3</sup> Através das ciências: Psicologia Social, Antropologia, Sociologia, Sociobiologia, História, Ciência Política, Economia (BECKER, Howard, 1996).

<sup>4</sup> Os inquéritos sociais eram realizados por meio de interrogatório direto feito por uma equipe sobre certos aspectos de interesse dos pesquisadores. Os principais defensores dessa metodologia foram: Clifford R. Shaw e Henry D. McKay (SHECARIA, 2004).

<sup>5</sup> Surgida em 1915 tendo seu principal expoente Robert Park (SUMARIVA, 2014).

<sup>6</sup> Formulada pelo arquiteto Oscar Newman em sua obra *Defensible Space*. Ele defendia os modelos adequados de construção como maneira de prevenção situacional do crime em que o espaço defensável seria aquele que permite uma maior vigilância pelas pessoas, além de desenvolver mecanismos de autodefesa por meio do uso de barreiras reais e simbólicas que desestimulem a ação criminosa por aumentar os riscos para infrator. (SUMARIVA, 2014, p. 34).

<sup>7</sup> Desenvolvida por James Wilson e George Kelling no artigo *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*. Seus estudos baseiam na relação de causalidade entre desordem e criminalidade (ZAGANELLI & FABRIZ, 2016; SUMARIVA, 2014).

<sup>8</sup> A teoria da associação diferencial foi difundida pelo sociólogo norte-americano Edwin Sutherland na década de 30 e continuada pelo Donald R. Cressey (SHECARIA, 2004; CALHAU, 2013; SUMARIVA, 2014).

<sup>9</sup> Uma formulação derivada da Teoria da aprendizagem social ou *social learning que parte da ideia de que as “bases da conduta humana tem suas raízes na aprendizagem que a experiência vital diária enseja ao indivíduo”*. Para esta teoria, o homem “atua de acordo com as reações que sua própria conduta recebe dos demais, de modo que o comportamento individual acha-se permanentemente modelado pelas experiências da vida cotidiana”. Em que o crime não constituiria “algo anormal nem sinal de uma personalidade imatura, senão um comportamento ou hábito adquirido, isto é, uma resposta a situações reais que o sujeito aprende” (MOLINA & GOMES, 2002, p. 374).

<sup>10</sup> Foi “introduzida pelas obras clássicas de Émile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton” e representa a “virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Constitui a primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinquente, e por consequência, à variante positivista do princípio do bem e do mal” (BARATTA, 2002, p. 59).

<sup>11</sup> Os autores mais importantes das teorias subculturais foram: Coehn, Whyte, Matza, Bloch, Cloward, Ohlin, Wolfgang e Ferracuti (MOLINA & GOMES, 2002).

<sup>12</sup> Idealizada pelo sociólogo norte-americano Albert K. Cohen em 1955 que se propôs a estudar as subculturas de delinquentes juvenis (BARATA, 2004; CALHAU, 2013).

<sup>13</sup> Surgiu nos anos 60 nos EUA e tem como principais precursores pertencentes à Nova Escola de Chicago os autores: H. Garfinkel, E. Goffman, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker, E. Schur, T. Scheff, Lemert, Kitsuse. H Becker, conhecido como o fundador do *labelling approach*, através da obra *Outsiders* publicada em 1963, foi quem sistematizou o novo paradigma criminológico (ANDRADE, 2003).

<sup>14</sup> Contudo, a teoria do etiquetamento continuou confinada aos limites de uma perspectiva “micro-sociológica” (GIORGI, 2006, p. 34).

<sup>15</sup> Afasta-se a ideia de que o “crime e o criminoso são realidades ontológicas pré-constituídas à sociedade, como consideravam as teorias criminológicas positivistas e as ‘liberais’ contemporâneas do início do século XX nos Estados Unidos da América”. A teoria do etiquetamento proporcionou uma “análise contextualizada do crime e do sistema penal que o controla, ou seja, uma análise do sistema penal inserido em determinada sociedade” (COUTINHO & MARQUES, 2002).

<sup>16</sup> A Criminologia Radical ou Crítica ou também chamada de Nova Criminologia, teve como origem a teoria do *labelling approach*, foi pensada pelos autores Alessandro Baratta, Fritz Sack, Linda Smaus, Karl Schumann, Stefan Quensel, Sebastian Scherer, F. Werkentin, J. Feest, Massimo Pavarini, Dario Melossi, Mario Simondi, Tamar Pitch, Tulio Spilli, Thomas Mathiesen, Stanley Choen, H. Steiner, Pilgram, Lola Anyar de Castro, Roberto Bergalli, Raul Zaffaroni, Wanda Capeller, Rosa Del Olmo (ANDRADE, 2003). A teoria radical surgiu na década de 70 nos EUA e irradiou-se nos países europeus, nórdicos, no Canadá e na América Latina.

## AUTORA:

### **Natasha Gomes Moreira Abreu**

Professora da Faculdade do Sudeste Goiano. Mestre em Direito Agrário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

# MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA: relacionamentos findos

**Leila Bijos**

Universitat Graz, Austria

E-mail: leilabijos@gmail.com

**Milena Mariano de Nardi**

Universidade Católica de Brasília

E-mail: milenabsb@hotmail.com

## RESUMO

Analisa-se a violência perpetrada contra as mulheres, mesmo quando os relacionamentos íntimos terminam. Estuda-se a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, que penaliza a violência doméstica praticada contra a mulher. Verificam-se causas e consequências e a efetividade desta lei em casos de relacionamentos, namoro, e relaoes íntimas. Ressaltam-se os avanços trazidos pela nova Lei, principalmente em relacionamentos findos, e demonstra-se que a violência doméstica contra a mulher ocorre diariamente em diversos tipos de relaao e não necessariamente em casais juridicamente casados; mas sim, com o advento de relacionamentos doentamente hostis onde se revela um problema social que precisa ser sanado, em decorrência de danos irreparáveis às mulheres.

**Palavras-Chave:** Violência Doméstica; Lei Maria da Penha; Violência contra a Mulher.

---

## ABSTRACT

Violence perpetrated against women is analyzed in this article, even when intimate relationships end. Law 11,340, of August 07, 2006, Lei Maria da Penha, which penalizes the domestic violence practiced against the woman is studied. There are causes and consequences and the effectiveness of this law in cases of relationships, dating, and intimate relationships. The advances brought by the new Law, especially in close relationships, are highlighted, and it is demonstrated that domestic violence against women occurs daily in different types of relationships and not necessarily in legally married couples; but rather with the advent of unhealthy hostile relationships where a social problem that needs to be remedied, as a result of irreparable damage to women is revealed.

**Keywords:** Domestic Violence; Maria da Penha Law; Violence against Women.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

A Lei Maria da Penha estabelece que todo caso de violência doméstica e familiar contra a mulher é crime, deve ser apurado através de inquérito policial e ser remetido ao Ministério Público. Esses crimes são julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, criados na lei 11.340/06. Apesar da maior parte da violência contra as mulheres estarem dentro dos seus próprios lares, o tema dessa pesquisa é de suma importância na defesa de qualquer agressão (física ou mental), sofrida por mulheres em decorrência de violência doméstica e familiar, o que inclui relacionamentos amorosos. Ainda hoje, para que se enquadre na Lei Maria da Penha, alguns julgadores entendem que a violência supracitada não se enquadra na Lei 11.340/06, assim como são enquadradas em outro tipo penal, desqualificando esse tipo de crime, e como consequência uma pena mais branda ao agressor.

Porém, há contradições perante o Superior Tribunal de Justiça, em afirmar que a referida lei não se aplica a relacionamentos amorosos que não tem em comum a mesma residência, tendo em vista que a lei trata de “violência doméstica e familiar” (Brasil, STF, 2014). Em contra argumentação, o trecho da Lei 11.340/06 em que denota ao final do artigo: “independente de coabitação” precisa ser melhor articulado em suas vertentes e propostas. Destarte, não se aplica em namoros ou relacionamento eventuais, somente em situações que há ambiente familiar. Indaga-se sobre os relacionamentos findos e a crescente violência contra a mulher.

Devido a essa problemática, pretende-se iniciar com uma sucinta explanação sobre a Lei Maria da Penha. Trataremos sobre a sua origem, suas mudanças e eventuais propostas. Trataremos sobre o assunto pertinente às relações íntimas e relacionamentos acabados, a violência contra as mulheres - no âmbito de envolvimento emocional, independentemente de ser durante o relacionamento ou após seu término-, onde o mais importante é a preservação da dignidade da pessoa humana. A agressão provém do vínculo amoroso que existia, coibindo assim tratamentos abusivos, ficando assim evidente que é cabível a Lei Maria da Penha em relacionamentos findos, pois o temor ao agressor ainda existe proveniente de envolvimento anterior.

### 1. CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica constitui várias faces, podendo ser classificada de diversas formas. Porém, existe um ponto em comum de suas diversas formas que são as vítimas. Pode-se dizer que

existem centenas de milhares de mulheres que, por toda a vida, sofrem ou já sofreram algum tipo de coação, constrangimento ou agressão por parte de seus companheiros.

Pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo juntamente com o Sesc em 2010, revela chocante estatística: *a cada dois minutos cinco mulheres são agredidas violentamente no Brasil* (Venturi & Godinho, 2013). Para chegar à estimativa de mais de duas mulheres agredidas por minuto, os pesquisadores partiram da amostra para fazer uma projeção nacional. Concluíram que 7,2 milhões de mulheres com mais de 15 anos já sofreram agressões - 1,3 milhão nos 12 meses que antecederam a pesquisa. O estudo traz também dados inéditos sobre o que os homens pensam sobre a violência contra as mulheres. Enquanto 8% admitem já ter batido em uma mulher, 48% dizem ter um amigo ou conhecido que fizeram o mesmo e 25% têm parentes que agredem as companheiras. "Dá para deduzir que o número de homens que admitem agredir está subestimado. Afinal, metade conhece alguém que bate", avalia Gustavo Venturi, professor da USP e supervisor da pesquisa (Venturi & Godinho, 2013).

Pesquisa PNAD/IBGE aponta que 48% das mulheres agredidas declaram que a violência aconteceu em sua própria residência conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNAD/IBGE, 2009). A violência doméstica deve ser analisada, sobretudo quando ela acontece no interior do domicílio, onde a impunidade dos perpetradores de atos considerados delituosos mostra-se evidente (Bijos, 2002).

Existem muitos casos de violência doméstica em todos os grupos sociais, entretanto, não são todos os casos que chegam às delegacias e tribunais, e que recebem a punibilidade adequada em um processo criminal justo, por esse motivo se infere que a pesquisa supracitada pode ter níveis maiores na realidade cotidiana brasileira.

A violência doméstica é reconhecida pela Constituição do Brasil, em seu parágrafo 8º, artigo 226, *in verbis*: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (Brasil Constituição 1988).

A Lei 11.430/2006 traz a definição da violência doméstica e no âmbito familiar em seu artigo 5º, *in verbis*:

*"Art. 5º- Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)*

*I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*

*II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*

*III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

*Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

Assim, é importante ressaltar que, o Conselho Nacional Econômico das Nações Unidas, especifica o conceito de violência doméstica como

*[...] qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimento e danos físicos, sexuais e psicológicos de mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação de liberdade, seja na vida pública ou privada (Campos, 2010).*

A partir desses conceitos se verifica que houve uma preocupação em determinar onde se enquadra a violência doméstica e a proteção de vítimas com vulnerabilidade e hipossuficiência.

## 2. POR UMA POLÍTICA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO À MULHER

Para assegurar uma proteção internacional aos direitos da mulher no âmbito internacional, faz-se mister avançar na agenda feminista, afirmar a efetividade dos instrumentos jurídicos e políticos, e delinear estratégias para implementá-los.

É notória a dimensão da violência contra a mulher em âmbito nacional e internacional, encarar juridicamente uma solução legal é a problemática em casos de violência doméstica.

Anna Willats trabalha no programa de capacitação técnica para promover a inclusão social de mulheres desfavorecidas, e em visita técnica ao projeto *Mulheres de Fortaleza*, concedeu entrevista ao Portal Mulheres Mil do Ministério da Educação. O tema foi: *Violência doméstica, problemática recorrente no Brasil e no Canadá*. Desde a década de 80, Willats participa de movimentos que combatem todas as formas de violência contra mulher e a criança e afirma sobre os índices de violência doméstica no Canadá:

*Os índices são muito altos, acredito que 50% das canadenses já enfrentaram situações de violência nas suas vidas. Uma violência que toma diversas formas, às vezes, física, verbal ou psicológica.... Embora no Canadá tenha regras, leis e seja um país progressista ainda tem muitas coisas a resolver. Quase todas as universidades oferecem cursos relacionados a gênero, e a maioria das mulheres tem conhecimento de que podem viver livres da violência. Porém, fazer os homens mudarem de comportamento leva muito tempo e ainda vai levar muito mais. (Mulheres Mil, MEC, 2011).*

Infelizmente em muitos países não existe a outorga legal que combata a violência doméstica, em casos específicos, aplicam-se leis já existentes, ou, se propõe alterar a legislação. Nesse sentido, alguns países alteraram os seus textos legais, como o Canadá em 1983, e demais países, devidamente mencionados segundo a *Cartilha das Nações Unidas – Estratégias de Combate à Violência Doméstica (UN 2003)*. O Canadá aprovou uma lei que considera crime uma mulher ou um homem infligirem agressões sexuais ao respectivo cônjuge.

Na *Polônia*, a violação conjugal é crime, de acordo com o artigo 204 do Código Penal de 1932, e com o artigo 168, do Código Penal de 1969.

Já em *Porto Rico*, existe a lei referente à prevenção e à intervenção em casos de violência doméstica (Lei 54, de 15 de agosto de 1989).

Na *Austrália* permite-se o acesso da polícia à propriedade privada, quando haja fundadas suspeitas da ocorrência de violência (UN 2003: 32).

As diversas formas de agressões são crimes. A lei em diversos países surge de maneira protetiva à vítima, a fim de punir o agressor e impedi-lo de reincidir. A *Espanha e Portugal* criaram provisões legais específicas para a ocorrência de violência no seio da família (UN 2003: 31).

Embora o contexto social e econômico de alguns países citados acima seja bem diferente do encontrado no Brasil, pode-se dizer que o Estado Brasileiro, usou os bons frutos das diversas leis Estatais dos países citados, punindo-se os agressores e protegendo as vítimas, conforme a lei 11.340/06, com o objetivo de tornar eficazes as ações. A lei já é um grande passo para a sociedade no geral, pois sem ela a violência contra a mulher se torna invisível e impossível de ser levada a juízo de maneira mais justa.

## 2.1 Convenções Internacionais

Em uma breve síntese, há que se identificar a importância do tema em convenções internacionais. Nesse sentido, percebe-se que alguns temas foram destaques no combate à violência doméstica, tais como sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, surgido em 1979 com a resolução n.º. 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, identificado pela sigla CEDAW<sup>2</sup>. Acolhido e aprovado pelo ordenamento brasileiro o Congresso Nacional, na íntegra, pelo Decreto Legislativo 26/1994 e o Decreto 4377/2002, artigo 1º, *in verbis*:

*Art. 1º: Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular, o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, os direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.*

Assim, dispõe o preâmbulo da referida Convenção:

*A violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o recolhimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdade [...] a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.*

A Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher conhecida como *Convenção de Belém do Pará*, teve sua significativa importância através da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 9 de junho de 1994, sendo promulgada através do decreto presidencial nº. 1973, de 1º de agosto de 1996. Torna-se imperativo efetivar à proteção a mulher para que se tornem cidadãs plenas.

## 2.2 Legislação Internacional

A Declaração de Viena (1993), no âmbito dos institutos internacionais, aborda a trajetória jurídica internacional, com referencial de definições e recomendações programáticas de proteção à mulher, que balizam a formação da lei brasileira Maria da Penha (Alves, 2001: 127).

Sua passagem pelo instrumento internacional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos até a conclusão com a ratificação da Lei 11.340/2006, teve importantes ferramentas internacionais, no que se faz valer os direitos fundamentais dos seres humanos. Deve-se, porém, observar a validade da obediência da democracia internacional e do respeito à soberania de cada Estado uma vez que a criação da Lei Maria da Penha, iniciou-se com decretos em convenções internacionais.

Nessa perspectiva o doutrinador José Augusto Lindgren Alves entende que:

*O Direito Internacional dos direitos humanos confirma a responsabilidade dos Estados por sua execução, mas transformou o INDIVÍDUO, cidadão ou não do Estado implicado, em sujeito de Direito Internacional, e fê-lo não apenas de maneira simbólica, fê-lo concretamente ao instituir a possibilidade de petições individuais diretas aos órgãos internacionais encarregados de seu controle. (Alves, 1997)*

A partir do ordenamento internacional, sob forma de tratados, pactos e convenções, conseguiu efetivar a justiça e a observância na defesa dos direitos das mulheres como indivíduo.

### 3. A GÊNESE DA LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros, que por duas vezes tentou matá-la, vindo a deixar a biofarmacêutica paraplégica. Ela lutou por quase 20 anos para que ele fosse preso. Maria da Penha denunciou seu marido, contudo, mesmo passados 15 (quinze) anos, o caso ainda não tinha decisão. Tendo ajuda do Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), ela conseguiu encaminhar o caso para a OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos), a qual, de primeira mão, acolheu a denúncia de violência doméstica praticada contra Maria da Penha.

Pelo processo da OEA, o Brasil também foi condenado pela negligência e omissão quanto ao tratamento legal sobre a violência doméstica (inexistindo lei específica na época) e compelido a adequar a legislação brasileira quanto a essa forma de violência.

Símbolo de luta, Maria da Penha deu nome à lei que faz com que a violência contra a mulher deixe de ser tratada com um crime de menor potencial ofensivo. A lei também acaba com as penas pagas em cestas básicas ou multas, além de englobar, além da violência física e sexual, também a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral.

A devida lei veio no sentido de harmonizar a proteção à vulnerabilidade da mulher em relação à violência doméstica e familiar, como salienta Adriana Ramos de Mello em sua obra:

*Maria da Penha tornou-se símbolo da luta contra violência doméstica em todo Brasil. [...] O caso tomou tanta repercussão que chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de direitos humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, que acatou pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica. (Mello et.al., 2009)*

A doutrinadora Alice Bianchini esclarece a definição do agressor do lar:

*Há que se compreender, ainda, que a mulher agredida não busca, necessariamente, a punição do agressor, pessoa com quem ela mantém estreitos laços afetivos; figura que, na maioria dos casos, constitui-se no pai de seus filhos. Ela pretende (e acredita ser possível) que haja a cessação da violência. (Bianchini, 2002)*

Tanto Adriana Ramos, quanto Alice Bianchini pretendem esclarecer o real motivo da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, que vêm agir juridicamente diante do quadro caótico de

infrações ilegais, ou seja, crimes de violência, primordialmente em relacionamentos íntimos, namoro e relacionamentos fidos, quando o companheiro mesmo após o fim do relacionamento, por um momento de fúria, ou fora de si, agride sua ex-companheira.

#### 4. JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Um dos principais avanços do advento da referida lei foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal, conforme prevê o artigo 14 da Lei 11.340/06:

*Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser 29 criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

A fim de atender qualquer denúncia de violência doméstica, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar possuem competência tanto criminal como cível, em regra, do Juiz de Família (Souza, 2007). Além da competência cível e criminal, há também a instauração de inquérito policial e não mais depoimento reduzido a termo.

Para Maria Berenice Dias:

*[...] Um dos mais importantes, é o que permite o Juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, fazendo com que o agressor venha a ser reeducado psicologicamente para não voltar a agredir a mulher. (Dias, 2007)*

Pretende-se, assim, mudar o comportamento e fazer com que o agressor se arrependa, e não volte a cometer esse tipo de atitude novamente.

#### 5. MEDIDAS PROTETIVAS

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) traz elencadas em seus artigos 22, 23 e 24, as primeiras providências a serem tomadas pelas autoridades policiais, assim cabe quando:

*[...] Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:*

*I - Suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei [...].*

Para Porto (2007), quando não for mais possível o flagrante, devido à evasão do local dos fatos por parte do agressor, a apreensão das armas também é permitida à autoridade policial. Já quanto à proteção das vítimas, as medidas protetivas de urgência são essenciais, Lei 11.340/06, *in verbis*:

*[...] Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:*  
*I - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;*  
*II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;*  
*III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;*  
*IV - Determinar a separação de corpos.*

Em resumo, para uma melhor eficácia da referida lei, o artigo 24 prevê, a concessão de medidas protetivas na esfera patrimonial:

*(...) Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:*  
*I - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;*  
*II - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;*  
*III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;*  
*IV - Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.*  
*Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.*

Ocorre que os próprios meios de proteção não fazem exclusão de relacionamentos em ambiente familiar, pelo contrário, a própria separação de violência doméstica e ambiente familiar indicam que a agressão pode sim ocorrer a partir do vínculo de afinidade íntima entre as partes ou da intensidade do laço que se tem com o agressor (*relacionamentos findos*). Tanto que, em relacionamentos modernos adota-se casar-se e morar em casas distintas, nesse caso, ocorrendo uma agressão por parte do companheiro, o fato do mesmo não morar na mesma residência, não o exime do delito e muito menos de uma aplicabilidade da medida protetiva supracitada, um namoro duradouro ou até mesmo um relacionamento sério, mas que por parte de um dos companheiros não há uma posição de assumir como casamento.

## 6. APLICAÇÃO ANALÓGICA AOS TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sob diversas formas e intensidades, a violência doméstica e familiar contra as mulheres é recorrente e presente no mundo todo, motivando crimes hediondos e graves violações de direitos humanos. A Lei 11.340/06 define em artigo 7º as maneiras de como se dá a violência, *in verbis*:

*I - a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;*

A violência física é caracterizada pela ação ou omissão que coloque em risco ou cause dano à integridade física. Ocorre quando uma pessoa, que está em relação de poder sobre a outra, causa ou tenta causar dano não acidental, por meio do uso da força física ou de algum tipo de arma que pode provocar ou não lesões externas, internas ou ambas. Segundo concepções mais recentes, o castigo repetido, não severo, também se considera violência física:

*II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (Lei 11.340/06, artigo 7º)*

A violência psicológica tira a paz espiritual da mulher, desestabiliza sua estrutura emocional e lhe impede de se relacionar com a sociedade. A maioria dos maus-tratos psicológicos é infligida pelo esposo (23%), 40% por seu companheiro, estendendo-se 2% aos sogros, e 7% aos irmãos do marido (Bijos, 2002:52).

*III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;*

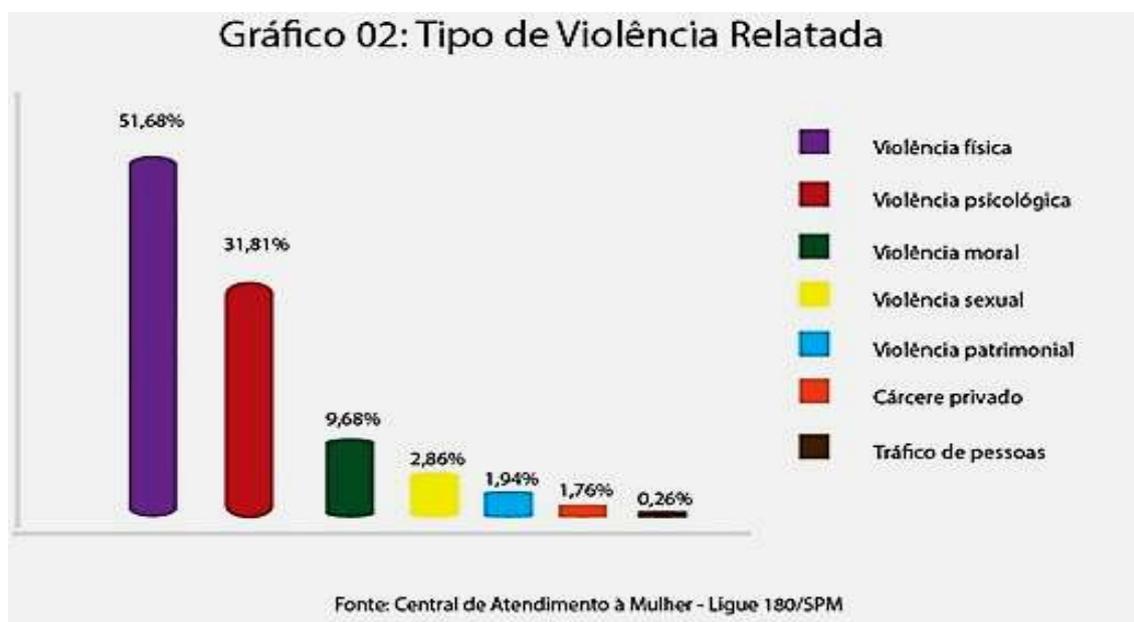
*IV - a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;*

V - a **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (Grifo Nosso) (Lei 11.340/06, artigo 7º).

A violência sexual é pontuada por espancamentos, com graves lesões corporais, seguida de estupros, ameaças e mortes, assassinatos perpetrados em seus lares pelos maridos. Mulheres que trabalham fora sofrem violência moral, configurada por calúnia, difamação, injúria, e são sexualmente assediadas por seus superiores ou por seus colegas de trabalho, chegando-se, em muitos casos, ao estupro (Bijos, 2002: 52).

A violência patrimonial é muito comum na América Latina, na Ásia e no Oriente Médio, com a retenção, subtração de bens patrimoniais, destruição de documentos de trabalho, documentos pessoais como carteira de identidade, passaporte, especialmente se a mulher estiver no exterior.

Em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher que a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 receberam, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 envolvendo tráfico (0,26%), de acordo com gráfico abaixo:



**Fonte:** Central de Atendimento à Mulher, SEPM, 2014.

Por Estado, o Distrito Federal foi o que mais procurou o Ligue 180 (158,48%). Brasília fica em 2º lugar em casos de violência doméstica no DF em 2014 (Correio Braziliense – 10/09/2015). Ceilândia, Plano Piloto e Taguatinga lideram o ranking de cidades com maior número de casos de

violência doméstica no Distrito Federal. Na sequência, em quarto e quinto lugar, vem Samambaia e Planaltina. É o que diz o levantamento do Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) feito com base em registros policiais de 2014. De 12,8 mil registros, quase 8 mil aconteceram nesses locais, um total de 62%. (Correio Braziliense, Caderno de Notícias, 09.10.2015).

## 7. O QUE MUDA COM A LEI 11.340/06

Antes da referida lei os casos de violência doméstica eram recebidos pelos juizados especiais e eram tratados como crime de menor potencial ofensivo ficava dispensado o flagrante se o agressor se comprometesse a comparecer no Juizado Especial Criminal, além de ter benefícios como o da transação penal, concessão de sursis, aplicação de penas restritivas de direitos, e a dependência de representação caso se tratasse de lesão leve. Assim fica evidenciado que a forma como era tratada a violência doméstica não se fazia muito eficaz. (Central de Atendimento à Mulher, SEPM, 2014).

## 8. ENTENDIMENTO DA APLICAÇÃO EM RELACIONAMENTOS DIVERSOS

Uma vez definido o que seja violência doméstica e familiar, é importante analisar, nesse momento, as suas diversas formas:

O art. 7º da Lei 11.340/06 enumera algumas formas de violência doméstica e familiar já mencionadas e explicitadas, tais como a violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral. Importante ressaltar que, de acordo com a Lei, estas não são as únicas formas de agressões, praticadas contra a mulher. Outro, ponto a ser analisado além do tipo de agressão está na espécie de relacionamento íntimo com o agressor, são eles:

- **Namoro:** a violência deve ser de gênero e contra a mulher. Sendo excluídas, portanto, agressões entre pessoas do mesmo sexo. A Santos reconhece que o parágrafo único, do artigo 5º diz que as relações pessoais proferidas no artigo independem de orientação sexual, contudo entende que o dispositivo serve para dizer que o homem agressor pode ter qualquer orientação sexual, assim como a mulher vítima. (Santos, 2010).

Já segundo a Desembargadora Maria Berenice Dias:

*Lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros, quem tenham identidade social com o sexo feminino estão ao abrigo da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Ainda que parte da doutrina*

*encontre dificuldade em conceder-lhes o abrigo da Lei, descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. Felizmente, assim já vem entendendo a jurisprudência. (Dias, 2007)*

Interessante o posicionamento acima quando cita estarem sob abrigo da Lei as lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros.

- **Relacionamento conjugal:** não é necessário que as partes sejam marido e mulher, ou que estejam casados, conforme doutrina Almeida:

*Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável – que nada mais é que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. (Almeida, 2010)*

- **Relacionamentos Findos:** significa o fim da intimidade compartilhada a dois. O término de uma relação íntima pode vir a ser interrompida por uma das partes, pondo um fim ao relacionamento; porém, a subordinação de gênero subsiste.

## 9. APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM RELACIONAMENTOS FINDOS E POSSÍVEIS DIVERGÊNCIAS DOUTRINARIAS À LEI MARIA DA PENHA

Alguns pensadores defendem que a Lei Maria da Penha não se aplica a agressões em relacionamentos esporádicos e só se aplica em relacionamentos já findos somente após pequeno lapso temporal, compartilha dessa opinião o Excelentíssimo Senhor Ministro Néfi Cordeiro, membro da 6ª turma do STJ, conforme entrevista dada a aluna Milena Mariano de Nardi, na Universidade Católica de Brasília, sobre o tema, explicita a maneira como coaduna desse mesmo posicionamento.

Entretanto antes de analisarmos tal questão, é necessário definirmos alguns institutos. Primeiro vamos ao conceito de namoro: **Namoro** (Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, 1994) significa a **relação afetiva mantida entre duas pessoas** que se unem pelo desejo de estarem juntas e partilharem novas experiências. É uma relação em que o casal está comprometido socialmente, mas sem estabelecer um vínculo matrimonial perante a lei civil ou religiosa.

De acordo com Cunha e Pinto (2008:30):

*(...) a agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar.*

Partindo do entendimento citado acima, violência no âmbito da família é aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade), ou por vontade expressa (adoção). E agressão em qualquer relação íntima de afeto é aquela inserida em um relacionamento estreito entre duas pessoas, fundadas em laços de amor, companheirismo, amizade.

Partindo desse ponto de vista, surge uma divergência entre os juristas, em que alguns, como o Ministro Néfi Cordeiro e Ministro Nilson Naves, entendem que essa lei não se aplica em casos de namoro, pois não se trata de relação íntima de afeto, e que para isso deve-se haver uma união estável ou casamento, ou seja, o casal deve estar “sob o mesmo teto”.

Ainda há uma relutância do Poder Judiciário, que muitas vezes entende que a Lei só se aplica a um relacionamento amoroso entre um homem e uma mulher, quando, na verdade, ela abarca qualquer relacionamento íntimo e familiar – mesmo com primos, irmãos, pais – quando há uma mulher agredida e em que a agressão acontece justamente pela sua condição de mulher na sociedade”, aponta a defensora pública do Mato Grosso, Rosana Leite em entrevista ao *Informativo Compromisso e Atitude*, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SEPM) em 2014.

Conforme entendimento dos ministros citados acima segue o seguinte julgado do Ministro Nilson Naves:

*(...)Violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha). Namoro (não-aplicação). 1. Tratando-se de relação entre ex-namorados – vítima e agressor são ex-namorados –, tal não tem enquadramento no inciso III do art. 5º da Lei nº 11.340, de 2006. É que o relacionamento, no caso, ficou apenas na fase de namoro, simples namoro, que, sabe-se, é fugaz muitas das vezes. 2. Em casos dessa ordem, a melhor das interpretações é a estrita, de modo que a curiosidade despertada pela lei nova não a conduza a ser dissecada a ponto de vir a sucumbir ou a esvair-se. Não foi para isso que se fez a Lei nº 11.340! 3. Conflito do qual se conheceu, declarando-se competente o suscitado. (Superior Tribunal de Justiça - CC: 91980 MG 2007/0275982-4, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 08/10/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJE 05/02/2009).*

Juristas renomados e acadêmicos contemporâneos, compartilham essa ideia, e defendem também que a Lei Maria da Penha é uma lei inconstitucional apesar do julgamento da ADIN favorável a lei. Segundo Rômulo de Andrade Moreira -Procurador-Geral de Justiça (MELLO, 2009) Adjunto para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado da Bahia- “a lei não contém nenhum novo tipo penal, apenas dá um tratamento penal e processual distinto para as infrações penais já elencadas em nossa (vasta e exagerada) legislação. De toda maneira, entendemos extremamente perigosa a utilização, em um texto legal de natureza penal e processual penal (e gravoso para o indivíduo), de termos tais como “diminuição da autoestima”, “esporadicamente

agregadas”, “indivíduos que são ou se consideram aparentados”, “em qualquer relação íntima de afeto”, etc.”.

Por outro lado, o entendimento majoritário ressalta que a violência doméstica e familiar é uma das formas de violência contra a mulher. “Esse tipo de violência não se restringe apenas à violência perpetrada no local que a vítima reside, mas em qualquer lugar, desde que motivada por uma relação de afeto ou de convivência familiar entre agressor e mulher, vítima” (Leal, 2016).

A Lei 11.340/06, em seu artigo 5º, explicita a necessidade de proteção da vítima, em face dos relacionamentos fidos. Ex-namorados, nos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, estão inseridos na Lei 11.340. A vulnerabilidade e a hipossuficiência da vítima em face do agressor são requisitos que devem ser analisados no caso concreto.

A letra da lei em seu artigo 5º explicita:

*(...) Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (*

*I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*

*II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;*

*III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

*Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

*Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.*

É necessário não perder de vista a posição que a jurisprudência pátria vem assumindo diante da matéria sub-examine, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita do Relator Nilsoni de Freitas da 3ª Turma Criminal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em uma sentença discorreu:

*I - Registre-se que o inc. III, do art. 5º, da Lei 11.340/06 estabeleceu de forma ampla o âmbito de proteção da referida norma, abrangendo as relações de convivência, independentemente de coabitação.*

*II - Para a constatação da vulnerabilidade não se exige condutas específicas para a sua caracterização, devendo ser analisadas as hipóteses do caso concreto para fins de aferição de sua ocorrência.*

*III - Constata-se a incidência da Lei Maria da Penha, dada a afronta aos direitos da mulher em situação de violência moral no âmbito doméstico, independentemente da ocorrência de coabitação, mesmo que por lapso temporal considerado pequeno, que no caso sob exame, perdurou por cerca de um ano.*

Depreende-se da ementa acima que a lei 11.340/06 se aplica tanto em namoros quanto em namoros já findos.

A jurisprudência pátria caminha para validar essa mesma tese, de acordo com a ementa descrita do TJDF, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

*VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - VIAS DE FATO E AMEAÇA - INDEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO APELAÇÃO-PRELIMINAR DE ERROR IN PROCEDENDO- AUSÊNCIA DE ASSINATURA DA MENOR RELATIVAMENTE CAPAZ NA PROCURAÇÃO AD JUDICIA - CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS - LEI 11.340/06 APLICÁVEL AOS CASOS DE NAMORO FINDO - TEMPO DE RELACIONAMENTO IRRELEVANTE -INTIMIDAÇÃO E ABALO PSICOLÓGICO.*

*I. O art. 24 do Código de Processo Penal é claro ao dispor que a representação poderá ser apresentada pelo ofendido ou "quem tiver qualidade para representá-lo." Se a mãe assiste à menor relativamente capaz e pode representar, por certo poderá assinar a procuração para defender a aplicação das medidas protetivas, no amparo dos interesses da ofendida.*

*II. Conforme jurisprudência dominante, as medidas protetivas da Lei 11.343/06 podem ser aplicadas aos casos de namoros já findos.*

*III. O tempo exíguo de relacionamento, por si, não afasta a aplicação da Lei Maria da Penha, pois a natureza do relacionamento não está definida só por este vetor.*

*(Grifo*

*Nosso)*

*IV. A natureza cautelar das medidas previstas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei 11.340/06 exige somente a presença de indícios de violência doméstica e familiar contra a mulher.*

*V. Se há evidências de que a ofendida sofreu ameaças proferidas pelo ex-namorado, capazes de causar-lhe intimidação e abalo do estado psíquico, o apelo deve ser provido. (Texto do Acórdão TJDF 709710. Relatora: Sandra De Santis, 20130210018449APR - APR -Apelação Criminal).*

A ementa acima deixa claro para o pleno do TJDF que a Lei Maria da Penha trouxe inovações para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente do relacionamento que ela optou ter com o agressor:

*PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADOS.APLICABILIDADE. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. REALIZAÇÃO SEM A PRESENÇA DO PACIENTE. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.RECURSO DESPROVIDO. I. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento jurisprudencial no sentido de que a ameaça cometida por ex-namorado que não se conforma com o rompimento do vínculo configura violência doméstica, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/06. II. A audiência preliminar é providência que somente se justifica quando a vítima manifesta interesse em se retratar de eventual representação antes do recebimento da denúncia. Precedentes. III. Realizada tal audiência sem a referida manifestação, tendo a vítima, na ocasião, reafirmado o propósito de prosseguir na ação, mostra-se irrelevante a presença ou não do paciente. IV. Recurso desprovido. (Grifo nosso). (Superior Tribunal de Justiça - RHC: 27317 RJ 2009/0240403-0, Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de*

*Julgamento: 17/05/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: De 24/05/2012)*

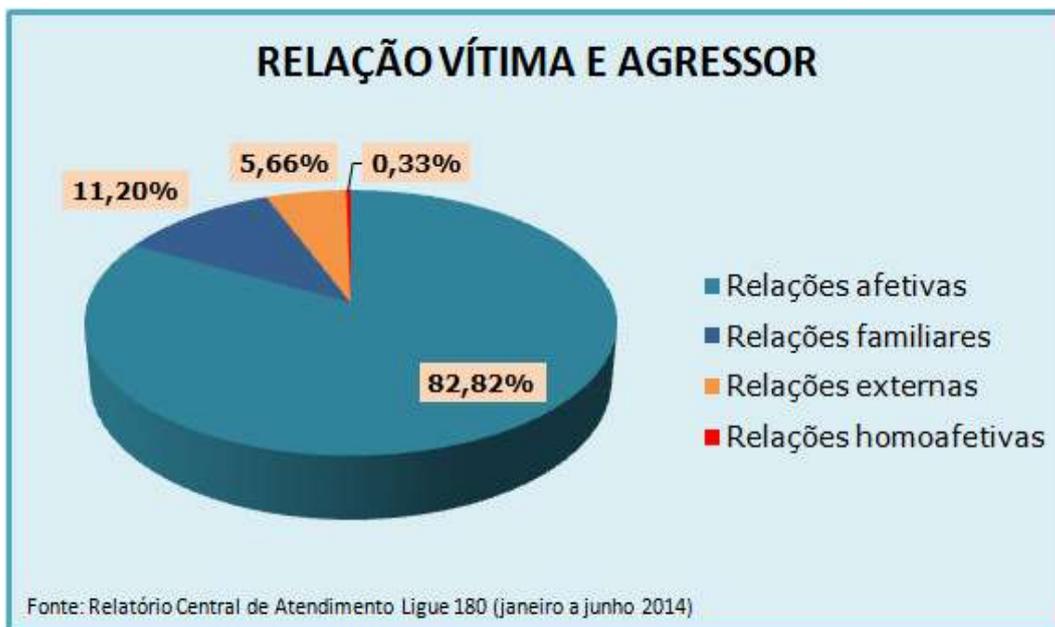
Convém ressaltar que a Lei 11.340/06 encontrou amparo também nos tribunais quando trata de proteção em agressões relacionadas a relacionamentos fidos.

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. VIOLÊNCIA COMETIDA POR EX-NAMORADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.430/2006). IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENOT PELO JUIZADO ESPECIAL. 1. **Violência cometida por ex-namorado; relacionamento afetivo com a vítima, hipossuficiente; aplicação da Lei n. 11.340/2006.** 2. Constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006 assentada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal: constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 3. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 4. Recurso ao qual se nega provimento. **(Grifo Nosso)** (Supremo Tribunal Federal - RHC: 112698 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18/09/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012)*

No mesmo sentido vem entendendo o Superior Tribunal Federal quando o tema é aplicação da lei 11.340/06 em relacionamentos fidos.

Em 2014, 77% das mulheres que relataram viver em situação de violência sofriam agressões semanal ou diariamente. Em mais de 80% dos casos, a violência foi cometida por homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo: atuais ou ex-companheiros, cônjuges, namorados ou amantes das vítimas. É o que revela o Balanço do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), conforme **Tabela 1 abaixo:**

Tabela 1



Atualmente tramita no Congresso Nacional uma proposta para mudança na lei 11.340/2006 que é o projeto de lei da câmara nº 16, de 2011.

#### Explicação da ementa:

Acrescenta § 2º ao art. 5º da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), transformando o atual parágrafo único em § 1º, para determinar, de modo explícito, que o namoro, atual ou terminado, configura relação íntima de afeto para o fim de proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar.

A última movimentação sobre o trâmite dessa mudança foi em 01/10/2015, onde encontrava-se a matéria com a relatoria, conforme site do Senado Federal.

Conforme doutrina Bijos:

*As mulheres assumiram papel de mães, cidadãs, feministas e, principalmente, participes nas transformações políticas e econômicas na América Latina. Essas mulheres, a partir do século XIX, descobriram novos caminhos, novos propósitos. Em suma, estão definindo os aspectos básicos da vida: casamento, divórcio... refletindo sobre representação política e o que poderão fazer para transformar as relações desiguais de gênero. Há necessidade de novas mudanças nas estruturas domiciliares, refletidas a partir de novas oportunidades*

*de trabalho, em face de políticas inclusivas, resultando em maiores possibilidades de uma vida independente. (Bijos, 2013: 117)*

Vimos acima que o tratamento à mulher vem sofrendo diversas mudanças com o tempo e que se faz realmente necessário políticas públicas voltadas para a defesa do lado hipossuficiente e vulnerável de uma relação amorosa, até mesmo daquelas que não deram certo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como marco conclusivo salienta-se o Ativismo Judicial, que tem sobressaído nas discussões jurídicas nacionais com espaço privilegiado junto ao Poder Judiciário para a explicação do fenômeno da violência contra a mulher. Este fenômeno não é exclusividade nacional, vindo a ocorrer em diferentes partes do mundo, em diferentes épocas e, também, em diferentes cortes constitucionais.

É importante salientar que o presente trabalho abordou o contexto histórico da Lei Maria da Penha sancionada em 7 de agosto de 2006, n.º 11.340, que 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, dispôs, ademais, sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; alteração ao Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e, finalmente, dá outras providências. Esta lei ganhou o nome de "Lei Maria da Penha" como forma de homenagear a mulher, Maria da Penha Fernandes, símbolo da luta contra a violência familiar e doméstica.

Como forma de proteger a mulher de agressões provenientes de relacionamentos, surge a polêmica a respeito da aplicação da supracitada lei em relacionamento já findos, pois a letra da lei diz ser proteção de violência doméstica e familiar. Neste aspecto o título refere-se a namoro e relações íntimas, pois esses têm caráter familiar. Nos estudos voltados para entendimento da referida lei como forma de ajuda no processo de jurisdição, enfatizou-se anteriormente a articulação entre tensões que se impõe as teorias minoritárias e majoritárias através dos processos e acórdãos destacados, outros destinos punctionais em consequência da interpretação da violência doméstica e familiar foram elencados em doutrinas.

Diante o exposto, existem controvérsias que são normais neste âmbito jurídico, porém pouco fundamentadas quando o único argumento é de que a vítima não reside na mesma residência, e assim não gera vínculo afetivo, o que vai contra toda a estrutura da lei e qualquer tipo de violência contra a mulher companheira, ex-companheira, e namorada não se restringe apenas à violência

perpetrada no local que a vítima reside, pois, como mencionado cada caso é um caso, não se pode generalizar e tomar uma teoria como absoluta verdade. Mas, se pode tomá-las como norteadoras dos problemas apresentados. Na medida em que se identificam as causas, as agressões cabem punir, prevenir e proteger para assim zelar e evitar o pior.

Ainda falta criar políticas públicas e capacitação de quem trabalha recebendo as mulheres vítimas de agressões, pois ainda é deficiente esse tratamento dado a elas ao procurar ajuda, além de insistir na reeducação do ofensor.

Espera-se que realmente haja essa modificação na lei, se uniformize os julgados pelo Brasil afora, ampliando seu alcance e acabando com todas as dúvidas relacionadas à proteção de mulheres vítimas de relacionamentos que não obtiveram “final feliz”. É sabido que após essa lei ser implementada não houve mudanças nos números de violência contra a mulher, mas ocorreu a percepção do direito por ela, isso significa que um maior número de mulheres está denunciando. Esse tipo de crime somente terá as estatísticas diminuídas quando houver medidas educativas familiares e mudança da mentalidade da sociedade que infelizmente ainda é muito machista. Imprescindível, em caso de violência doméstica, a mulher deve procurar a delegacia mais próxima e, também, o disque 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, que orienta a vítima sobre como proceder.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. 2010. Violência doméstica e o direito. **Consulex: revista jurídica**, v. 11, n. 244, mar. 2010.

ALVES, José Augusto Lindgren, 2001. **Relações Internacionais e Temas Sociais: a década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

ALVES, José Augusto Lindgren. 1997. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD.

BIANCHINI, Alice. 2002. Violência doméstica e afastamento preventivo do agressor: alteração trazida pela lei n. 10.455/02. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.10, n.120, nov. 2002.

BIJOS, Leila. 2013. **Mulheres Sul-Americanas: o presente mais que imperfeito**. Universidade Católica de Brasília. Brasília: EdUCB.

BIJOS, Leila. 2006. Promessas de Empoderamento para mulheres. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 43, n° 169, jan/mar 2006:245-254.

BIJOS, Leila. Violência: o cotidiano da mulher. 2002. **Revista Dialogos**. Universidade Católica de Brasília, v. 1, n. 1 (set. 2002). Brasília: Universa 2002:50-57.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. 2014. **Lei Maria da Penha: Antes & Depois da Lei**. 01 dez. 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=d2paqJ3QzCE>> Acesso em 17 ago. 2018. (Jurisprudência)

BRASIL, **Lei 9.099/1995**. 2013. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais [1995]. Brasília: Senado Federal, 1995. Saraiva (Jurisprudência)

BRASIL. **Constituição**. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado (Jurisprudência).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2008. **Conflito de Competência nº 91980 MG 2007/0275982-4**. Relator: Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2008 (Jurisprudência).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2002. **Recurso em Habeas Corpus nº 27317 RJ 2009/0240403-0**. Relator: Relator Ministro GILSON DIPP. Rio de Janeiro, RJ, 17 de janeiro de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº RHC: 112698**. 2012. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21864442/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-27317-rj-2009-0240403-0-stj/inteiro-teor-21864443>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2013. Apelação Criminal nº 20130210018449APR. Relatora Sandra De Santis. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2013. Brasília, 16 set. 2013. Acesso em: 01 jun. 2018.

CÂMARA LEGISLATIVA. **Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2011**. Estabelece que o namoro configura relação íntima de afeto para os efeitos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99692>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

CAMPOS, Amni Haddad e CORRÊA Lindinalva Rodrigues. 2010. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá.

ONU. 2003. **Estratégias de Combate à violência doméstica**. Manual de Recursos. Ministério da Saúde, Direção-geral da Saúde. Gabinete das Nações Unidas de Viena, Centro para o Desenvolvimento Social e Assuntos Humanitários. Lisboa. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/estrategia.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2018. Central de Atendimento à Mulher, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. 2014. Disponível em <<http://www.compromissoatitude.org.br/central-de-atendimento-a-mulher-ligue-180-registrou-485-mil-ligacoes-em-2014-spm-06032015/>> Acesso em 20 mai. 2018.

COMITÊ NACIONAL DE COMBATE À VIOLÊNCIA. 1989. Instituto Australiano de Criminologia, *Domestic Violence* (Camberra).

CONVENÇÃO, Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. 1994. **“CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”**. Disponível em: <

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 02 de janeiro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. 2008. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006 comentado artigo por artigo). 2. ed. São Paulo: **Revista Dos Tribunais**.

DIAS, Maria Berenice. 2007. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEAL, João José; Leal, Rodrigo José. 2009. Novo Tipo Penal de Estupro Contra Pessoa Vulnerável. In: **Jus Navegandi**. Disponível em: Elaborado em: 09/2009. Acessado em: 15/03/2018.

**LEI Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em 10/09/2018.

MELLO, Adriana Ramos de; PRADO, Geraldo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de; BATISTA, Nilo. 2009. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

MEC. 2011. **Mulheres Mil do Ministério da Educação**, Portal.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. 2015. **O Supremo Tribunal Federal mais uma vez repete o erro sobre a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26716/o-supremo-tribunal-federal-mais-uma-vez-repete-o-erro-sobre-a-lei-maria-da-penha#ixzz3jNz2IRiL>>. Acesso 17 set. 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. 2007. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

RESOLUÇÃO, nº 34/180 - **convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**. 1979. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

SANTOS, Felipe Antonio Lopes. 2010. A Lei Maria da Penha e suas repercussões no Direito do Trabalho: breves considerações sobre os efeitos do afastamento do local de trabalho da vítima de violência doméstica familiar. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, v. 4, n. 21, p. 54, nov./dez.

SECRETARIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (1994). **Convenção de Belém do Pará de junho de 1994**.

SEPM - SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. 2014. **Central de Atendimento à Mulher**, Brasília. Disponível em: [www.compromissoeatidade.org.br](http://www.compromissoeatitude.org.br). Acesso em 20 de maio de 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. 2007. **Comentário a Lei de Combate à Violência Contra a Mulher**. 2 ed. Curitiba: Juruá.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (orgs.) 2013. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado** uma década na opinião publica, São Paulo Edições SESC.

## ANEXO I

### Entrevista

**Questionamentos sobre Lei Maria da Penha (11.340/06), realizada no âmbito acadêmico da Universidade Católica de Brasília, na data 16 de março de 2016, entrevistado o Excelentíssimo Senhor Ministro Néfi Cordeiro.**

#### **Pronunciamento inicial, por Milena Mariano Nardi:**

- Professor e Excelentíssimo Ministro Néfi Cordeiro,  
- Peço que entenda os questionamentos tanto como professor e como Ministro, conforme entendimento da turma do STJ que o senhor faz parte. Agradeço desde já.

#### **Da Quesitação:**

**1. É entendido que a lei Maria da Penha se aplica em relacionamentos esporádicos? Qual entendimento da sua turma do STJ?**

Não é comum chegar-se ao ponto, mas há precedentes admitindo a aplicação para namoro e uniões duradouras. Não há sentido na proteção e encontros esporádicos, pois a intenção da lei era permitir à mulher que denunciasse sem medo a quem ela teria de conviver (e até depender, economicamente).

**2. Quanto a aplicação da lei 11.340/06, é possível dizer que também protege as mulheres que sofrem violência mesmo depois do fim do relacionamento?**

Sim e há precedentes. A questão a discutir é o tempo decorrido desde o término da relação – que pode excluir o medo da mulher, com quem não mais convive.

**3. O senhor entende que a referida lei somente se aplica em âmbito doméstico? Um homem ao agredir uma vizinha, deveria ser aplicada essa lei?**

Só em âmbito doméstico. A vizinha não tem razão de ter medo de denunciar a agressão.

**4. Essa lei é considerada um avanço em relação a punição do agressor contra a mulher. O senhor concorda com essa afirmação? Ou tornou a mulher mais vítima ainda por conta de a lei não ser devidamente aplicada?**

Concordo com o avanço na proteção à mulher, especialmente considerando a realidade anterior de retiradas “de queixas” por medo ou para proteger o agressor, em processo que se tornava reiterado.

**5. Não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo.**

**Na prática isso não ocorre, seria então ilegal o oferecimento de sursis praticado reiteradamente pelos tribunais?**

O descumprimento à previsão legal que impede beneficiar com nova transação em cinco anos é compreensão individualizada de magistrados, que não se repete por todo país e é reformada nas instâncias superiores.

É compreensão que privilegia a vontade da mulher, mas volta a permitir a reiteração de agressões.

---

**NOTAS:**

<sup>1</sup> NARDI, Milena Mariano de. A Lei Maria da Penha e a sua efetividade em relações conjugais de namoro e convivência íntima e relacionamentos findos (monografia final do Curso de Direito). Universidade Católica de Brasília, sob a orientação da Professora Doutora Leila Bijos, 2016.

<sup>2</sup> CEDAW – Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Assembleia Geral em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981.

**AUTORAS:**

**Leila Bijos**

Pós-Doutora pelo Departamento de Sociologia e Criminologia, Saint Mary's University, Halifax, Nova Scotia, Canada (2015/2016). Doutora em Sociologia do Desenvolvimento pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Programa de Direito Karl-Franzens- Universität Graz, Austria, Universitätsplatz 3, 8010 Graz. +43 (0)316 380 – 0; +55(61)98134-1663.

**Milena Mariano de Nardi**

Membro do Núcleo de Prática Jurídica. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

# MULHER NEGRA ENCARCERADA FACE AO PODER PUNITIVO SUL-MATO-GROSSENSE

**Luzia Bernardes da Silva**

Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD

E-mail: lubersil@hotmail.com

**Gustavo de Souza Preussler**

Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD

E-mail: gustavopreussler@ufgd.edu.br

## RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo realizar uma análise dos dados referentes ao aprisionamento feminino, no estado do Mato Grosso do Sul, dando primazia às mulheres negras, por serem elas que possuem maior representatividade dentro do sistema prisional do estado. Também teve por finalidade explicitar que a Lei 11.313/06, além de causar a elevação da população carcerária, ao optar por um viés repressivo ao tráfico de drogas, tem atuado no sentido de legitimar o uso seletivo do direito penal. Embora esse comando normativo goze da aparência de neutralidade racial, verifica-se que a mulher encarcerada, como regra, é do extrato social vulnerável. Diante desses aspectos, este trabalho intenciona traçar um perfil da mulher em situação de cárcere, bem como evidenciar que as estruturas criminológicas fazem uso dos dispositivos raciais. Para tanto foi utilizado como *corpus* o Informativo Penitenciário sobre Mulheres em situação de prisão publicado em 2018. Foram adotadas como base teóricas Michele Alexander, Angela Davis e Juliana Borges. As análises foram conduzidas de forma qualitativa aliada à pesquisa bibliográfica.

**Palavras-Chave:** Sistema prisional feminino; Criminologia crítica; Sociologia da violência.

---

## ABSTRACT

This study aims to analyses the data on female imprisonment in the state of Mato Grosso do Sul. Prioritizing African-American women for having bigger representativeness in the prison system. As well as mentioned in 11.313/06 law besides raising the prison population by opting for a repressive bias toward drugs traffic, has been working to legitimize the selective use of criminal law. Even if this normative command take advantages of racial neutrality, is ensured that, imprisoned woman as a rule, is considered socially vulnerable. Starting with these aspects this study draw a profile of women in prison as well point that criminological structures make use of racial devices. Therefore the Penitentiary Information on Women in Prison published in 2018 was used as corpus. We adopted Michele Alexander, Angela Davis and Juliana Borges as theoretical bases. The analyses were conducted in a qualitative manner allied to bibliographic research.

**Keywords:** Female prison system; Criminology Critical; Sociology of violence.

## INTRODUÇÃO

Observa-se, nos últimos anos, um crescente aumento de mulheres presas no país. O Estado penal tem aprisionado um extrato específico da sociedade, preferencialmente, voltado aos grupos que no processo histórico foram colocados às margens. Os dados colacionados pelo Informativo Penitenciário, que analisou especificamente o público feminino, demonstram a constante ascendência da população feminina carcerária. Revelaram, também, que as mulheres negras são maioria dentro dos estabelecimentos penais. No estado do Mato Grosso do Sul<sup>1</sup>, a representatividade das moças de cor<sup>2</sup> é ainda mais significativa, uma vez que 69% das custodiadas são negras ou pardas em contrapartida a 30% de presidiárias brancas (Infopen Mulheres, 2018: 42).

Ao analisar quais os fatos típicos são a causa das prisões, constata-se que a Lei 11.343/06 é, irremediavelmente, o dispositivo motivador do encarceramento massivo de mulheres neste estado. Consta que em média 77% das mulheres foram condenadas definitivamente ou aguardam decisão judicial por uma das figuras típicas elencadas nesse comando normativo. Com observância aos dados colacionados pelo Infopen Mulheres (2018: 54), pode-se afirmar que os efeitos causados pela Lei 11.343/06 advêm do sucesso da política estatal em encarcerar os hipossuficientes. Acrescente-se a esta realidade as modulações de gênero, uma vez que os braços coercitivos se voltam às mulheres jovens, primárias e oriundas de grupos étnicos minoritários.

Quanto ao perfil das custodiadas, verificou-se que em sua maioria são sem escolaridade, exerciam profissões desprestigiada socialmente, mães solteiras e grande parte delas não havia se dedicado à prática de crimes anteriormente. Não estão inseridas em organizações criminosas, as condutas não abarcaram violência ou grave ameaça à pessoa e não fizeram uso de armamento lesivo. Desta forma, fica evidenciado a urgência que tais questões devam ser tratadas, bem como a necessidade de políticas sociais viáveis e eficazes, tendo em consideração as peculiaridades da conduta feminina (Infopen Mulheres, 2018: 37-57).

O poder criminal sul-mato-grossense tem adotado uma política de ‘Guerra às drogas’, optando por decisões que privilegiam o encarceramento, uma vez que 42% das mulheres em situação de prisão aguardam decisão definitiva. As prisões preventivas tornaram-se regra, largamente utilizada pelo poder punitivo. Tal postura se dá de forma contrária aos preceitos constitucionais e legais, pois a presunção de inocência está sendo afastada. Conjuntamente, atua nesse cenário o Poder Executivo, que ao adotar um Estado mínimo (o social obviamente) relega um número significativo de pessoas à miséria, sem meios de sobreviver dignamente. A presença do Estado penal na existência dessas pessoas tem sido constante (Infopen Mulheres, 2018: 37-57).

Nesse sentido, este trabalho traz uma análise a partir da sociologia da violência, epistemologia feminista e criminologia crítica sobre o tratamento político-criminal dispensado às populações vulneráveis, em especial à mulher negra sul-mato-grossense. Objetiva, também, demonstrar que a política de ‘guerra às drogas’ vem causando o fenômeno do superencarceramento. Por consequência, a paisagem do estado está cada vez mais prisionarizada. O viés repressivo é amplamente adotado por esta unidade federativa, somado a uma ausência do estado social. Tal postura, irremediavelmente, vem enclausurando um número cada vez maior de mulheres negras.

O presente trabalho está dividido em seis seções. Inicialmente serão tratados aspectos da escravidão no país. Na sequência, serão abordados elementos que versam sobre encarceramento, raça e feminismo, no intuito de explicitar o elo entre esses fenômenos. Por fim, serão apresentados os principais aspectos relacionados ao encarceramento massivo do público feminino negro do estado sul-mato-grossense. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, o *corpus* dessa pesquisa é constituído pelos dados constantes no Infopen Mulheres, publicado em 2018.

## 1. MULHER NEGRA E ESCRAVIDÃO

As manifestações de poder que governavam a escravidão e o exercício do poder punitivo estiveram intimamente conectados durante o período inicial da colonização brasileira. Vigorou no início da invasão da ‘Terra de Vera Cruz’, de acordo com Zaffaroni *et all* (2011: 411-488), um poder punitivo doméstico exercido pelos senhores em face de seus escravos. Não existiam limitação ou regulamentação legal ao exercício dele. Para se compreender as imbricações entre a escravidão e o sistema criminal, se faz necessário visitar as narrativas históricas que noticiam a maneira como se estabeleceu a escravidão no novo mundo.

A exploração da mão-de-obra escrava no território brasileiro foi motivada pela intenção dos portugueses em expandir suas atividades econômicas na colônia. Portugal, com receio de que outras nações europeias lhe tirassem o domínio das terras americanas, passou a promover a colonização abrangente. Por possuir uma população pouco numerosa, experiências anteriores com regimes escravocratas e contatos com mercados africanos que ofertavam mão-de-obra escrava, a opção em utilizar-se da escravidão apenas ficou condicionada às questões econômicas (Luna; Klein, 2010: 32).

Com o declínio na utilização de ameríndios como trabalhadores escravos, os portugueses passam a investir maciçamente na importação dos cativos africanos. Em um período anterior a 1570 existiam poucas pessoas daquele continente em solo brasileiro, após 1580 eles passam a compor um

terço da força de trabalho na produção açucareira. Em 1600, cerca de 50 mil escravos trabalhavam na colônia e já eram a totalidade dos serviçais nas atividades açucareiras. Em 1800, a população africana era em torno de um milhão. Eles se dedicavam as atividades rurais, mineração, etc. As pessoas livres eram aproximadamente meio milhão. No século XVIII desembarcavam nos portos brasileiros 28 mil escravos por ano. Nesse período o Brasil era de maioria negra, conseqüentemente, o maior sistema escravagista do novo mundo (Luna; Klein, 2010: 54).

A maneira como viviam os cativos pode ser definida pelo trabalho. Salvo as pessoas de tenra idade ou os já idosos, todos dispndiam a maior parte do tempo exercendo atividades laborais. Entre eles haviam poucas diferenciações sexuais pelo trabalho. Eram o grupo com mais elevadas percentagem de ocupação. No século XIX surgem as primeiras ideias abolicionistas motivadas, principalmente, pela Guerra da Secessão estadunidense que pôs fim a escravidão naquele país. No Brasil o caminho para a liberdade foi lento e longo. Nesse percurso destacam-se, em 1872, a Lei do Ventre Livre e a criação de fundos para compra de alforria de escravos. Em 1885, a libertação dos cativos com mais de 65 anos. Em 13 de maio de 1888 é promulgada a Lei Áurea, que pôs fim ao regime escravocrata. A Constituição de 1824 declara a cidadania e concede a capacidade eleitoral para as pessoas negras. Dois eventos foram primordiais para a liberdade, são eles: o fechamento em definitivo do tráfico atlântico, em 1850, e o abolicionismo na Europa e na América (Luna; Klein, 2010: 91).

Luna e Klein (2010: 229-269) mencionam que no centro da nova cultura negra<sup>3</sup> estava a unidade familiar. Essa organização cultural era composta por uma pluralidade de costumes sexuais, sistema de parentesco, língua, religião e arte. Visava, primordialmente, o fornecimento de uma rede social de suporte ao indivíduo cativo. Embora eles fossem forçados a professar a religião Católica, a maioria vivia uma união conjugal sem o pronunciamento formal da Igreja por isso não ter relevância na cultura deles. As uniões livres não eram peculiares ao povo negro, o Brasil se destacou no número de uniões informais de pessoas brancas e filhos ilegítimos. O elevado número do sexo masculino fazia com que muitos homens contraíssem casamento com mulheres fora do seu grupo. Enquanto elas, em sua maioria, mantinham relacionamentos no grupo ao qual pertenciam. As pessoas livres que constituíam família com escravos eram advindas das classes mais pobres (índios, pardos e pretos). Um número maior de homens livres, se uniam às mulheres escravas. Em geral, eles trabalhavam para o proprietário de suas companheiras, sendo essas uniões consentidas pelo senhor.

Os estudos sobre alforria demonstraram uma porcentagem mais elevada de mulheres livres. Luna e Klein (2010: 271-315), ao analisarem o senso de 1872, constatam que em um total de

355.745 pessoas negras e livres, haviam 79 homens para cada cem mulheres. Uma vez alforriados, eles passavam a compor as camadas mais baixas na divisão de classes. Essa extrema pobreza decorria dos gastos com a obtenção da própria liberdade e de familiares. Quanto à chefia das unidades familiares, consta que as mulheres de cor exerciam comumente essa tarefa.

No período da escravidão, a mulher negra desempenhava o papel de trabalhadora idêntico ao homem, não havia distinções entre os sexos no trabalho. Iara (1988: 127-145), ao analisar a sociedade escravocrata dos Campos dos Goitacazes, verificou que a captura de uma escrava fugitiva custava 6\$400, em contrapartida a captura de um escravo fugitivo era 12\$800. Esses valores eram pagos aos Capitães-do-mato, responsáveis pela captura daqueles que empreendiam fuga. Quanto às penalidades a ela aplicada, constatou-se que era submetida ao suplício, não era poupada por sua condição feminina. Nos registros consta a pena aplicada a uma escrava fugitiva que foi encontrada nos quilombos. No Auto de Exame e Corpo de Delito foi relatado que a morte decorreu de fraturas nas pernas (joelhos quebrados), nádegas açoitadas e diversas contusões. Outra mulher escrava foi morta pelo feitor por intencionar empreender fuga e se refugiar no Quilombo.

A condição das moças negras e afrodescendentes é diametralmente diversa da mulher branca. Davis (2016: 39) observa que este segmento feminino esteve presente nas atividades laborais fora de casa, algo raro entre as moças brancas. As mulheres, de pele escura, eram definidas pelo *status* de propriedade e representavam unidades lucrativas, similar aos homens. A excessiva carga de trabalho, que suportam na atualidade, reflete os tempos de escravidão. Dessa maneira, eram desprovidas de gênero aos olhos de seus senhores. Os papéis de mãe, esposa e dona de casa eram esporádicos. Não se encaixavam na ideologia (mães protetoras, esposas amáveis) surgida no século XIX.

A maternidade não era incentivada na colônia brasileira, pois o nascimento de uma criança negra significava aumento de gastos ao senhor. Roure (1996: 30) relata que as escravas faziam uso de ervas abortivas, para não verem seus filhos recém-nascidos serem assassinados por seu senhor. Segundo a autora, as crianças que nasciam eram pisoteadas na cabeça até chegarem ao óbito. Tal prática se dava devido ao fato de que até a idade hábil ao trabalho, elas davam despesas com alimentação e era mais barato adquirir um escravo já adulto. Algumas mulheres morriam ao tentar técnicas abortivas caseiras. Enquanto grávidas suportavam as duras jornadas laborais. Alguns dos infantes que sobreviviam eram doados ao senhorzinho. Cresciam juntos e era autorizado ao pequeno proprietário infringir qualquer tipo de suplício à criança escrava. Não raro, às vezes a criança negra recebia os castigos no lugar do seu senhorzinho.

Wrigley (2006: 177-191) se refere a uma continuidade da mão-de-obra feminina ao longo dos últimos 130 anos. A mulher escrava e a livre se dedicavam ao serviço doméstico, porém, ficavam expostas às exigências de favores sexuais por parte dos senhores e seus filhos. Essa condição era agravada pela amargues das patroas cientes do comportamento de seus maridos. No Reino Unido o serviço doméstico era aquele que mais empregava mulheres. O infortúnio dessa atividade laboral era a perda da liberdade, pois as jornadas de trabalhos significavam longas horas de dedicação com raras oportunidades de se ausentarem do local em que prestavam serviços. Além das baixas remunerações.

No contexto brasileiro, a mulher de cor é classificada como leviana ou, como noticia Freyre (2003: 87), reportando-se ao relatado por Nina Rodrigues<sup>4</sup> (1993 *apud* Freyre, 2003: 87), a população originária de Guiné, Cabo, Serra Leoa, era má escrava, mas possuía corpo delgado. As moças desses países gozavam de preferência ao labor doméstico, não é difícil de se constatar, argumenta Freyre (2003: 87), que poderiam ser utilizadas como concubinas ou servir sexualmente ao senhor, manifestações essas do patriarcado colonial.

No regime de escravidão homens e mulheres negros eram igualitários dentro da sua unidade familiar. As atividades domésticas em prol dela eram realizadas por ambos os sexos. Se caracterizam, segundo Davis (2016: 39), por uma organização social igualitária. O segmento feminino estava presente nas resistências ao sistema de opressão em que estava submetido, lutava por suas famílias e resistia ao assédio dos homens brancos. Conforme noticiado por Luna e Klein (2010: 203-228), nos registros históricos brasileiros consta os suplícios aplicados às mulheres que fugiam para os quilombos, deste fato, pode-se deduzir o ativismo em prol da liberdade. Os autores relatam, também, a presença feminina nos tribunais para defender seus direitos.

Desta maneira, como colocado por Davis (2016: 41), as mulheres negras por sua condição de oprimida frente ao senhor, igualdade no seio familiar, resistência, suplícios e abusos sexuais, desenvolveram uma personalidade diversa da mulher branca. Elas irão transmitir às suas filhas os ideais de resistência e igualdade sexual, além dos valores do trabalho árduo, autossuficiência, enfim, *um legado que explicita os parâmetros para uma nova condição de mulher* (Davis, 2016: 41).

A partir do momento em que houve a transição dos sistemas de produção manufatureiro do lar para a fábrica, as ideologias da feminilidade se convergem para constituir a mulher branca como mãe e esposa como modelos ideais. Para Davis (2016: 47), esse fato as leva a resistirem, pois quando exerciam o papel de trabalhadoras dentro de seus lares, não eram dependentes de seus maridos. Desta forma, ao emergir a resistência negra ao regime de escravidão, na década 1830,

iniciam também as paralisações nas fábricas, mulheres jovens e crianças eram a maioria entre os grevistas. Neste período, as moças brancas reivindicavam acesso à educação. A opressão é o elo entre os dois grupos femininos (branco e negro). Diante desse aspecto um número significativo de mulheres brancas adere à causa negra.

No Brasil, Freyre (2003: 270) observa que os filho/a (s) e esposas dos senhores de escravos gozavam de *status* similar aos cativos e deviam reverência a eles. As esposas, ao dirigir a palavra aos esposos, utilizavam a nomenclatura senhor, clara atitude servil e manifestações do poder patriarcal, ao qual a mulher branca também era submetida. A moral feminina da mulher branca *se inscreve, assim, sob formas de maneiras permanentes de servir o corpo, ou de manter a postura, que são como que a realização ou melhor, a naturalização de uma ética* (BOURDIEU, 2002: 19).

Entretanto, no decorrer do tempo, as questões raciais surgem dentro dos movimentos femininos. A ausência de compreensão da personalidade da mulher negra foi historicamente constituída de forma diversa das suas irmãs brancas. Reivindicações que amparassem as mulheres de cor eram postas de lado. Ao longo dos acontecimentos, constatou-se que o elemento racial ainda preponderava, embora o fato de serem negras e de uma classe menos favorecida não anulassem seu *status* de mulher. Davis (2016: 121) observa que, no movimento sufragista, líderes feministas brancas colocaram como prioridade seu direito ao voto à liberdade da população negra. Aderiram a uma articulação política que passou a defender o direito das mulheres brancas a votar por serem instruídas e cultas. Esse discurso político negava o direito ao voto para o negro sob o argumento de não serem escolarizados, portanto, incultos.

Davis (2016: 139) menciona que nos Estados Unidos da América houve, em 1895, a Primeira Conferência Nacional das Mulheres de Cor. O primordial objetivo foi o de lutar contra a lei dos linchamentos. Essa reunião não abarcou todas as pautas, pois as moças negras elitizadas esqueciam das camadas mais pobres. A conferência é a concretização da organização feminina negra. Este movimento sufragista, diverso da branca, possuía apoio de uma grande parte dos seus companheiros. Nas passeatas ocorridas nos espaços públicos, os negros não agrediam as manifestantes, comportamento diferente entre os homens brancos.

O segmento feminino negro sempre optou por movimentos multirraciais pelos direitos políticos da mulher, entretanto, a cada iniciativa eram marginalizadas e rejeitadas. As mulheres negras estadunidenses alcançaram o direito de voto, mas foram impedidas de o exercer por organizações como *Ku Klux Klan*<sup>5</sup>. Davis (2016: 153) adverte sobre um silêncio eloquente no que se refere a esses impedimentos violentos do exercício de voto.

Já no Brasil o feminismo se inicia em meados do século XIX. Nesse período as mulheres não possuíam direito políticos. O Poder Constituinte que elaborou a Constituição Republicana de 1889 não fez qualquer referência às pessoas do sexo feminino. A partir do século XX, Nísia Floresta<sup>6</sup> e Bertha Luz<sup>7</sup> despontam como pioneiras do movimento feminista e fundaram a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. Essa organização, dentre outras pautas, objetivava lutar pela capacidade política e somente na Constituição Federal de 1934 a mulher é autorizada a votar. Essas conquistas pouco contribuíram para modificar a situação das mulheres de peles escuras. Ainda permaneciam nelas os resquícios da escravidão, que perdurou por mais de 300 anos no Brasil. As lutas do seguimento negro feminino eram, sobretudo, pelo direito de existir. Conforme posto por Ribeiro (2017), elas foram silenciadas e invisibilizadas no processo histórico brasileiro.

Ainda de acordo com Ribeiro (1995: 448), a partir da década de 1980, com o III Encontro Feminista Latino-americano, realizado em Bertioga no estado de São Paulo, no ano de 1985, foi posto em pauta a discussão sobre o tema racismo. As mulheres negras e afrodescendentes objetivavam alcançar visibilidade no meio feminista, promovendo, desta forma, um rompimento da universalidade do sujeito mulher ao colocar o segmento feminino negro como ator político. O X Encontro Nacional Feminista, em 1987, foi marcado por debates sobre ausência de propostas que incluíssem as especificidades que atingiam as moças de cor. Insatisfeitas com este cenário, elas decidiram por realizar, em 1988, o I Encontro de Mulheres Negras em Valença-RJ.

Embora existam alguns avanços nas questões de raça, na pós-modernidade o encarceramento massivo de mulheres negras surge como uma nova forma de exclusão social. Alexander (2017: 51) alerta que o rótulo de criminoso possibilita uma série de exclusões, sem que isso seja polemizado socialmente.

Nesse sentido, Ribeiro (2017) lembra que, ao se construir o conceito de interseccionalidade<sup>8</sup>, tem-se em mente que não é possível existir primazia de uma opressão sobre a outra, agindo de maneiras compatíveis e entrecruzadas. Levando essa realidade em consideração, no próximo item serão discutidas as convergências entre feminismo, raça e encarceramento.

## **2. CÁRCERE, DISPOSITIVO RACIAL E FEMINISMO**

Inicialmente deve-se pensar se racismo e cárcere podem ser modulados conjuntamente. De acordo com Borges (2018: 12), é imperativo identificar o elo entre esses dois assuntos. A temática também é alvo de interesse por parte das autoras, que se dedicam à epistemologia feminista, uma vez que os índices de encarceramento de mulheres no país estão em constante ascendência. Em

nível nacional, há 42.355 mulheres presas, se comparado a outros países, o Brasil é a quarta maior população feminina encarcerada. Nas instalações carcerária, localizadas em delegacias, existe a presença de 1268 presas cumprindo penas. Entre os anos de 2000 e 2016 a variação da taxa de aprisionamento é de 455%, houve uma elevação da população em 656%, presas provisórias perfazem um total de 45%. Apenas 7% estão submetidas ao regime aberto, em contrapartida, 32% estão no regime fechado. O país aprisiona preferencialmente mulheres abaixo dos 45 anos. Observa-se que um grupo social está bastante representado nos estabelecimentos prisionais, das 42.355 mulheres em situação de cárcere, 62% são negras ou parda (Infopen Mulheres, 2018: 14).

Temas como racismo, prisão e machismo, interconectados com estruturas de poder, à primeira vista, podem não fazer sentido algum, uma vez que a sociedade brasileira é construída sob o predomínio do pensamento da neutralidade racial. O país tem no seu imaginário a concepção de um povo amigável, orgulhosos de sua mestiçagem. Contudo, assegura Borges (2018: 14), os dados estatísticos demonstram o inverso, constata-se que o braço punitivo estatal tem se estendido, historicamente, em face do povo negro. Diante dessa realidade, há que se indagar o porquê de a cultura judicial punitiva não abranger a todos. Quais as razões intrínsecas do aprisionamento de determinados grupos sociais? As pessoas de cor perfazem um total de 53% do total da população do país, enquanto na população carcerária essas se fazem majoritária, posto que 64% são negros ou pardos.

Ao modular as questões que versam sobre a opressão de gênero, deve-se levar em consideração tanto a mulher em situação de cárcere, como também aquela que de alguma forma é perpassada indiretamente por políticas carcerárias advindas das relações com seus familiares. Conforme colocado por Andrade (2005: 75), o sistema criminal é um mecanismo masculino, estruturado para controle de condutas masculinas. Verifica-se que ao segmento feminino reserva-se o tratamento penal de forma subsidiária. O controle, por sua vez, fica resguardado à esfera privada, no interior do seio familiar. É de maneira informal que se operam as penalidades aplicáveis a elas. No arcabouço punitivo privado há, por exemplo, as violências domésticas, maus tratos, feminicídios, manifestações estas peculiares ao poder patriarcal.

No que se refere às mulheres negras e afrodescendentes, é necessário destacar o processo histórico punitivo ao qual elas foram expostas. Nas sociedades escravocratas essas pessoas eram submetidas a um controle rigoroso e penas degradantes. A condição feminina não afastava os açoitamentos, que muitas vezes lhes tiravam a vida (Iara, 1988: 75). Situação que ainda permanece nos dias atuais, visto que nas taxas de homicídios a representatividade deste grupo é de 65,3%, muito superior à mulher branca (Cerqueira *et al*, 2018: 39).

Borges (2018: 52) observa que uma das vertentes das desigualdades raciais no país é a concentração de homicídios nas pessoas negras. De acordo com Cerqueira *et al* (2018: 32), entre os anos de 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros alcançou 23,1%, em contrapartida a uma redução de 6,8% de pessoas não negras. São os alvos letais das atividades policiais e o perfil super-representado nos presídios.

Alexander (2017: 36) refere a uma engrenagem penal ‘daltônica’ que prefere não distinguir o tratamento diferenciado ofertado às pessoas cuja pele seja escura, configurando uma cegueira deliberada. Nos tempos em que se camuflam os preconceitos, regramentos legais punitivos para condutas racistas, o artefato penal se apresenta como meio eficaz de se esquivar. O rótulo de criminoso possibilita uma pluralidade de ações discriminatórias com aceitação social. Uma vez que ingressaram no sistema penal, as pessoas de cor irão suportar práticas aparentemente superadas. Tratamentos da era escravocrata retornam na pós-modernidade sobre o viés da ‘Guerra às Drogas’.

A Lei 11.343/06 foi aprovada com o objetivo de endurecimento das penalidades atribuídas aos crimes de drogas. Uma adesão à política internacional de ‘Guerra às Drogas’, cujo precursor é o Estados Unidos da América. Alexander (2017: 42) ressalta que tal artifício deixa um efeito nefasto. A sociedade estadunidense se desponta como o país que mais aprisiona pessoas negras e afrodescendentes. O Brasil aderiu à vertente estadunidense de encarceramento massivo dos miseráveis. De acordo com Borges (2018: 19), a edição da Lei 11.343/06 atribui legitimidade ao superencarceramento de mulheres de cor. A partir de 2006, houve uma reordenação da lógica racista.

A proliferação de unidade prisional nos últimos anos decorre desta nova política de drogas. Embora nesse período houvesse uma adesão estatal para políticas inclusiva, o sistema penal ressurgiu como garantidor da hierarquia racial, constituindo como um *discurso de legitimação da ação genocida do Estado. Um discurso que, ao longo da história da sociedade brasileira, se materializou de diferentes formas e perspectivas em corpos negros* (Borges, 2018: 23). Para Foucault (2005: 244), as práticas de sujeições não são características de uma sociedade absoluta, é, portanto, possível verificá-las numa sociedade democrática.

Embora Foucault (2005: 162) não tenha tratado das questões raciais sobre o prisma da cor da pele, as compreensões quanto às questões de racismo de Estado, na vertente evolutiva, podem fornecer subsídios para se interpretar o dispositivo racial como modulador do encarceramento massivo dos hipossuficientes. Para o autor, o racismo de Estado decorre da evolução das lutas das raças. Haverá um abandono ao discurso da soberania do monarca passando a adotar o discurso das purezas raciais, o que resultou numa hierarquização das raças. A pureza somente seria mantida com

a eliminação daqueles tidos como inimigos. Ainda segundo o filósofo, o racismo é algo conexo ao aparelho estatal, que por sua vez é obrigado a utilizar a raça, o banimento das raças e a purificação da raça como artefatos de exercício do poder. Verifica-se, então, que os Estados que mais utilizam a prerrogativa de assassinar são os mais racistas. A destinação dos indesejáveis ao cárcere, sob o manto da criminalização, pode ser interpretada como ferramenta moderna adotada pelo poder judiciário penal de purificação social.

A ordem punitiva é perpassada pelos sistemas políticos e morais. É um fenômeno social que atravessa o ordenamento, construído pela ordem hegemônica imbricada à supremacia de determinado grupo em prejuízo de outro. Notadamente essa hierarquização vem desfavorecendo pessoas historicamente colocadas como vulneráveis. A estrutura estatal do país *é a que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos para se nutrir medo e, portanto, repressão* (Borges, 2018: 54). A sociedade aterrorizada passa a aderir à violência estatal e legitima a prática de torturas, prisões e genocídio. O colonialismo, para se instituir, utilizou a filosofia religiosa para explorar os corpos negros. Como observado por Mbembe, pessoas originárias da África:

*Foram transformadas homem-objeto, homem-mercadoria e homem-moeda. Aprisionados no calabouço das aparências, passaram a pertencer a outros, hostilmente predispostos contra eles, deixando assim de ter nome e língua própria (MBEMBE 2018: 13-14).*

As discussões que versam sobre política criminal não podem ocorrer alheias às questões raciais, elas devem ser pautadas como elemento basilar. Até mesmo as reflexões sobre instituição do aparato penal no país não devem prescindir da temática racial. A colonização brasileira é marcada, desde o princípio, por genocídio dos povos ameríndios conjuntamente ao tráfico de escravos, lembrando que cerca de 5 milhões de africanos foram sequestrados e trazidos à força para o país. Juntos, esses povos foram considerados ferramentas imprescindíveis para a colonização abrangente e perpetrada pelos portugueses, enquanto a elite brasileira era formada por traficantes de homens e mulheres (Borges, 2018: 55).

Tendo em vista o sistema jurídico<sup>9</sup> penal brasileiro, comumente se tem que ele se inicia no período colonial com a aplicação da legislação portuguesa Ordenações Afonsinas. Deste entendimento difere Zaffaroni *et al* (2011: 413), para o autor esse corpo normativo não teve qualquer influência no Brasil colonial. Em 1521, já sobre o reinado de D. Manuel, houve uma reforma das Ordenações Afonsinas que resultaria nas Ordenações Manuelinas<sup>10</sup>. Essa nova legislação trouxe a previsão de um aparato burocrático (ouvidoria, tabeliães, meirinho), mas em

termos concretos o poder punitivo era exercido no âmbito doméstico sem qualquer regulamentação. Os senhores aplicavam castigos corporais ou pena de morte aos seus escravos arbitrariamente e isso perduraria, até mesmo, após a abolição da escravatura.

No período dos Governos Gerais, anuncia Zaffaroni *et al* (2011: 411-488), vigoraram as Ordenações Filipinas, que constituíram a mola mestra do sistema criminalizante, entretanto, o direito penal doméstico, exercido pelos senhores de escravo, vigorava paralelamente. As ordenações Filipinas previam penas violentas e desproporcionais, como morte provocada por torturas, por fogo e o enforcamento. As condutas criminalizadas poderiam ter cunho religioso, uma vez que Estado e religião se confundiam. Vigoravam, também, um largo corpo de leis penais dispersas em alvarás, regimentos, decretos e cartas-régias.

O papa Clemente VII, em 17 de dezembro de 1531, a pedido do Rei D. João III, nomeia inquisidor à Portugal. A partir de 1560 o poder punitivo prevê o confisco de bens, algo que se tornou lucrativo, dando origem a uma nova programação criminalizante. A inquisição interveio no Brasil colônia, o *primeiro caso envolveu o donatário de Porto Seguro* (Zaffaroni *et al*, 2011: 419). Embora não tenha o Brasil sediado um tribunal de inquisição, houve forte atuação do Santo Ofício. Em 1591 um senhor de escravo admite ao Santo Ofício ter emitido uma ordem, cujo mandamento era o de atirar uma negra à fornalha do engenho. Outro fator importante nesse período é a vigência de regramento criminal holandês em terras brasileiras. Por volta do século XVIII, de Sergipe ao Maranhão, houve observância da legislação holandesa. As Ordenações Filipinas serão adotadas pela Assembleia Constituinte do Brasil, permanecendo (ao lado de legislação genuinamente brasileiras) até a edição do Código Criminal do Império, em 1830, após a Independência do Brasil, em 1822.

Assim que os ânimos dos separatistas se aquietam, ascende ao poder do novo Estado que se inaugura, a classe composta pelos proprietários rurais, diretamente interessada na manutenção do regime e que se transforma, no império, em força política dominadora. Desta maneira, se mantém o regime de escravidão na Constituição de 1824 e a propriedade é garantida com toda a sua plenitude. As penas corporais cruéis aos escravos permanecem, estando presente na historiografia brasileira não somente por meio de relatos, como também nas leis, nos atos administrativos imperiais e no debate parlamentar. Destaca-se a Lei nº 4 de 10 de junho 1835, que cominava pena de morte ao escravo que praticasse o crime de homicídio, lesão corporal contra senhor, feitor ou seus familiares. O receio que pairava entre os homens brancos sobre as revoltas produziu um arcabouço criminal duríssimo. Esta era a condição das pessoas escravizadas que tinham contra si um poder punitivo extremo e cotidiano praticado ao arrepio do princípio da legalidade (Zaffaroni *et al*, 2011: 411-488).

O Código Criminal do Império foi redigido por Bernardo Pereira de Vasconcelos. Sofreu algumas alterações durante o trâmite legislativo e foi sancionado pelo imperador em 16 de dezembro de 1830. Em 1890 houve a proclamação da República e a edição de um novo estatuto intitulado de Código Penal. A inferioridade jurídica das pessoas submetidas ao regime de escravidão daria lugar a uma inferioridade biológica. Com fortes discursos racistas, se abebera das fontes do positivismo criminológicos italiano e francês, configurando, como mencionou Zaffaroni *et al* (2011: 411-488), o ‘acasalamento’ dos preceitos médicos com a técnica policial.

O discurso médico social, a partir do século XIX, transforma o ‘médico em planejador social’. Esse código foi elaborado em um curto período, ocasionando a necessidade de diversas modificações legislativas, que foram reunidas em uma Consolidação das Leis Penais através do Decreto 22.213 de 14/12/1932. Nele há a previsão do princípio da legalidade, proibição de analogias, previsão de retroatividade da lei penal benéfica, caráter subjetivo e pessoal da responsabilidade criminal. Os regramentos presentes neste código assinalam o uso da criminalização com intuito de assegurar os lugares sociais, pois aquele que cumprisse de forma exemplar sua jornada de trabalho de 13 horas, tinha para si a proteção do discurso ético-jurídico, que associa o trabalho à honestidade enquanto a ociosidade estava aliada à corrupção. Desta maneira, o sistema de vigilância sobre as organizações operárias é fortemente exercido em todo o período (ZAFFARONI *et al* 2011: 411-488).

A elaboração do Código Penal de 1940 resulta de um momento político específico, em que se discute a breve Constituição de 1934. O sistema penal brasileiro configura, nas palavras de Zaffaroni *et al* (2011: 488) abaixo transcrita:

*O empreendimento neoliberal sombrio no qual o estado, pateticamente despossuído dos generosos instrumentos assistenciais que outrora teve em mãos, impõe às magras silhuetas dos desajustados e inúteis da nova economia a única intervenção na qual repousa agora a sua autoridade: a pena* (Zaffaroni *et al*, 2011: 488).

No período pós-colonial, o estereótipo edificado após abolição será o dispositivo a perpetuar a marginalização dos afrodescendentes e, por conseguinte, o extermínio deste grupo social. Zaffaroni *et al* (2011: 411-488) observa que os atos rudimentares praticados por pessoas que não possuem acesso positivo aos meios de comunicação social serão veiculados por esta como os únicos crimes e, em consequência, tais pessoas como criminosas. Para esses sujeitos, o acesso aos meios de comunicação social se dá de maneira negativa. Essa negatividade irá propiciar a construção de estereótipos no imaginário coletivo. O fato dessas pessoas serem consideradas desvaloradas é

permissível conectá-las com as mazelas existentes nas sociedades como manifestações de preconceitos, resultando na construção de um *ethos* delinquente associado à determinada classe social, étnicas, de gênero e estético.

O exercício do poder punitivo seleciona pessoas que, em regra, enquadram-se no *ethos* delinquente, e que invariavelmente recai sobre o corpo negro se propagando em diversos âmbitos, seja na ausência de inclusão socioeconômica, acesso à educação de qualidade e empregos dignos. Alexander (2017: 97) lembra que à população de pele escura sempre se destinou os piores serviços públicos, embora seja ela quem arduamente trabalhou na construção das colônias. Nas palavras de Borges (2018: 54), esse poder se fundamenta como:

*Caráter simbólico de representação do negro na sociedade como violento, lascivo, agressivo, alimentando medo e desconfiança culminando em mortes simbólicas, pela aculturação e epistemicídio” (Borges, 2018: 54).*

No que se refere às mulheres negras, observa-se uma coisificação delas no âmbito material, como também no simbólico, prejudicando a capacidade de vê-las como sujeito que possui ou que deva lutar por seus lugares na sociedade. O processo histórico de construção social da imagem dessas mulheres impede as relações com o outro e, por conseguinte, as relações sociais que serão edificadas. Na pós-modernidade, permanecem essas dificuldades, uma vez que as mulheres negras são vistas como força de trabalho, porém, não como titulares desta. Borges relata que *os discursos sobre o corpo e a moral da população negra foram fundamentais na constituição do racismo nas Américas e foram cruciais e determinantes para o sucesso da empreitada de hierarquia política e social no novo continente* (BORGES 2018: 60).

### **3. MULHERES NEGRAS EM FACE DO PODER PUNITIVO SUL-MATO-GROSSENSE**

Ao longo do processo histórico a humanidade relega um grupo de pessoas às margens. Aqueles que não eram considerados dentro de um padrão de normalidade construído socialmente são excluídos. Foucault (2001: 15) menciona que vigora ainda nos dias atuais as práticas de exclusão, de rejeição, de marginalização ou, em outras palavras, a forma como o poder é exercido sobre os láticos, doentes, criminosos, pobres e crianças. Retratam em geral os efeitos e os mecanismos de poder que, ao serem empregados sobre esse contingente, irão produzir exclusão, desqualificação, exílio, rejeição, privação, ou seja, todo o aparato dos conceitos e mecanismos negativos de exclusão.

De acordo com o preceituado por Bauman (2004: 148), as terras virgens do continente americano, invadidas pelo imperialismo com o objetivo de expandir o poder político e econômico, foram vistas como espaços aptos ao depósito dos indesejados. Também desempenhavam o papel de ‘terra prometida’ para os indivíduos atirados a bordo, enquanto o processo civilizatório obtinha velocidade e prosseguia. Nesses espaços, o poder punitivo se manifestou na sua forma mais brutal para se manter a ordem hierárquica que se intencionou estabelecer. Ainda de acordo com o autor, todo arquétipo de ordem é *seletivo e exige que se cortem, aparem, segreguem, separem ou extirpem as partes da matéria prima humana que sejam inadequadas para a nova ordem, incapazes ou desprezadas para o preenchimento de qualquer de seus nichos* (Bauman, 2004: 148).

No arcabouço das formas de segregação, a prisionalização é o mecanismo de poder que melhor atende as necessidades de ordenação das classes sociais. Ao longo das civilizações, o viés criminalizante é aquele que possibilita a hierarquização e manutenção de um segmento no poder. O cárcere se apresenta como o local ideal para se colocar pessoas indesejáveis, sem que maiores reflexões sejam elaboradas. Trata-se da forma mais expressiva de exercício de poder sobre o outro. Serão renegadas a um segundo plano as discussões que versam sobre os reais motivos que causam a violência. Considerar um grupo social como perigoso afastam as responsabilidades quanto ao desamparo vivenciado nas comunidades de onde os encarcerados são procedentes. De acordo com Davis (2018: 17), a função ideológica das prisões é retirar da sociedade o encargo de se envolver com as questões humanitárias, primordialmente aquelas que envolvam segregações com emprego do racismo como justificador.

A desigualdade econômica brasileira é algo de conhecimento notório e amplamente veiculada nos meios de comunicação. Tem atingido os grupos que ao longo dos tempos foram colocados às margens. Essas pessoas não possuem acesso a uma educação de qualidade, aos serviços sociais básicos como saúde e alimentação. Serão, por outro lado, alvos principais das políticas de repressão. São elas as mais representadas nas celas do cárcere. Davis (2018: 17) observa que *a prisão se tornou um buraco negro no qual são depositados os detritos do capitalismo contemporâneo* (Davis, 2018: 17).

Ou ainda, em consonância aos preceitos de Bauman (2004: 126), esses locais são para se manter determinado segmento à distância, sem maneiras de transpor as barreiras impostas. Visa afastar os perigos de vazamento e, por consequência, contaminar a pureza. Os instrumentos que se mostram viáveis são a ‘tolerância zero’ e/ou exílio dos sem-teto dos ambientes que podem ganhar a vida para outros apartados, nos quais não se pode se tornar visível e muito menos sobreviver. Nessa ordem mundial de terras fatiadas, convertidas em Estados soberanos, os miseráveis são também sem

direitos, agonizam por não existir leis benéficas que se aplicam a eles ou, ainda, a uma proteção que poderiam recorrer para afastar a extrema condição a que foram submetidos.

Para Davis (2018: 20), muito do que se discute sobre políticas criminais está conectado às impressões que a mídia veicula. A população não tem conhecimento sobre a realidade carcerária e muito menos da sua utilização como meio de enclausurar os indesejados, apenas a compreende como um meio de se garantir segurança sem indagar se realmente ela assegura proteção. Legitimado por essas premissas, o estado tem aprisionado um número cada vez maior de pessoas.

O crime de tráfico de drogas configura a maior causa das prisões efetuadas pela justiça criminal sul-mato-grossense, 77% das prisões decorrerem das figuras típicas descritas na Lei 11.346 de 2006, em contrapartida a 3% de condutas que envolvam violência à pessoa. Infrações penais como roubo são 5%, latrocínio 1% e desarmamento são 2%. Esses dados demonstram que a ‘guerra às drogas’ tem encarcerado um número elevado de pessoas no estado. Mais de 52% das sentenciadas cumprem penas superiores a 4 anos, apenas 12% estão tendo acesso à educação e 599<sup>11</sup> realizam atividades laborais. Apenas 3% dos familiares recebem auxílio reclusão, entretanto, comumente é mencionado como uma das mazelas do sistema (Infopen Mulheres, 2018: 37-59).

Diante dos números colacionados e a ascendente população carcerária feminina no Mato Grosso do Sul, mostra-se pertinente o questionamento sobre a direção criminalizante que o estado tem amplamente adotado. Embora o senso comum tenha como evidente o fato de que aquele que comete um crime deva ser conduzido às prisões, não é razoável o elevado número de pessoas que são condenadas ou aguardam decisão dentro do sistema prisional. A Constituição de 1988 preceitua como garantia ao cidadão, o direito de ter a liberdade cerceada após uma sentença penal condenatória com decisão definitiva. No entanto, existem no estado um total de 618 mulheres que cumprem pena antecipadamente, demonstrando, ao que parece, ser a regra a conversão das prisões em flagrante em prisões preventivas. Davis (2018: 9) lembra que ao grande público não é razoável discutir meios alternativos à prisão, uma vez que essa modalidade de punição já está enraizada socialmente, sob a falsa representação de garantia da segurança pública.

Embora as discussões sobre a viabilidade das prisões como principal forma de cumprimento das condenações remontam à época do surgimento delas, ainda causam estranhamento que tais assuntos sejam postos em pauta. Davis (2018: 21) lembra que aqueles sujeitos que se inscrevem como antiprisionais defendem apenas maneiras de se melhorar o sistema. O aumento desenfreado da população sul-mato-grossense encarcerada traduz a urgência com que tais questões devam ser tratadas.

A sociedade sul-mato-grossense demonstra estar disposta a relegar um elevado número de pessoas hipossuficientes a uma existência isolada, sob regimes autoritários e violentos. O encarceramento massivo de mulheres é um dos programas sociais do governo que tem a maior amplitude. Em especial tem atingido a mulher de cor negra, uma vez que a sua representatividade é majoritária nas prisões. O Infopen Mulheres (2018: 37-59) noticia que ao se considerar o perfil das custodiadas verifica-se um percentual de 30% de mulheres brancas, em contrapartida a 69% de mulheres negras. Uma média superior ao nacional de aprisionamento de moças negras e afrodescendentes. Quanto à escolaridade, é majoritária aquelas que não possuem o ensino fundamental completo e 53% são solteiras. A taxa de ocupação é de 154% e a faixa etária varia entre 18 e 45 anos.

De acordo com Davis (2018: 15), é imprescindível refletir sobre o porquê de se compreender o cerceamento da liberdade como algo que propiciaria segurança social. Os cidadãos acreditam na falsa concepção de que as privações de ir e vir de determinadas pessoas, em especial do segmento negro, teriam o condão de reduzir a criminalidade. A ‘racialização do crime’ e a intenção de coloração das infrações penais se mostram amplamente adotadas no estado, uma vez que nas prisões a maioria são pessoas de cor, um contínuo do tratamento escravagista que se perpetua na pós-modernidade. Esses sujeitos permanecem com *ethos* de escravo.

Diante dos índices das taxas de aprisionamento de pessoas é necessário conduzir discussões que problematizem a predominância dos estabelecimentos prisionais nas paisagens sul-mato-grossense. A partir dos anos 2000 houve a construção de 12 novos presídios. O que estará reservado no futuro àqueles que são considerados como ‘quase humanos’? Além de se modular as questões de gênero no sistema criminal é imprescindível que reflita sobre ele de uma maneira geral, uma vez que o segmento masculino negro também é atingido por esse poder punitivo, da mesma maneira que os estudiosos da epistemologia feminista não devem prescindir das questões penais. De acordo com Davis (2018: 65-89), as estruturas de punição são influenciadas pelo gênero, reafirmando as estruturas de gênero da sociedade como um todo.

Ainda de acordo com Davis (2018: 65-89), as criminosas eram vistas de formas diferentes pelo sistema criminal. Enquanto os homens podiam ser recuperados, as mulheres eram tidas como perdidas por violarem os princípios morais que alicerçavam a condição de ser mulher. Sem mencionar que a criminalização das negras adere ao *ethos* de hipersexualidade. Essa imagem foi construída ao longo dos tempos justificando os abusos sexuais, tanto nos espaços das prisões, como nos ambientes externos.

Embora autoras como Borges (2018: 11-23) tragam para o contexto brasileiro as discussões que versem sobre o encarceramento massivo de mulheres negras, o cenário das políticas públicas sinaliza para um direcionamento oposto. As concepções estadunidenses de um complexo-industrial penal têm influenciado as ações governamentais brasileira. Davis (2018: 93) sustenta que a racialização das populações carcerárias tem encontrado adeptos na América do Sul. Logo, as críticas às estruturas penais não devem prescindir da persistência global do preconceito racial.

As ideias de privatização do sistema prisional ventilam nos meios de comunicação em massa. São faces de uma concepção lucrativa que visualizam um novo mercado. A implementação de trabalho obrigatório vai ao encontro das necessidades de se baratear a mão-de-obra para que os ganhos econômicos dos empresários sejam avultosos. Davis (2018) menciona que as intenções desse modelo é o aproveitamento dessa ‘matéria-prima’ humana como trabalhadoras. Para a autora, isso demonstra que no mundo dos livres o corpo negro não é valorizado, porém, se mostra imprescindível ao lucro prisional.

No Brasil a privatização<sup>12</sup> das prisões iniciou no ano de 1999, no estado do Paraná. No ano de 2014 havia um total de 30 prisões privatizadas no país localizadas em unidades federativas como Santa Catarina, Espírito Santo, Minas Gerais, Bahia, Sergipe, Alagoas e Amazonas. Até aquele ano havia um total de 20 mil presos cumprindo pena em estabelecimento prisional privado (Pastoral Carcerária Nacional, 2014: 9). Embora a expansão ocorra de forma lenta, no que se refere àquelas que se mantem públicas, Davis (2018: 107) observa a existência de um aparato que garante exploração econômica delas, como, por exemplo, o fornecimento de alimentação e a construção civil. Sem mencionar as tecnologias que são empregadas nos estabelecimentos de segurança máxima. Deve-se atentar aos discursos contrários à privatização que também podem ser motivados pela intenção de manutenção dos contratos com a administração pública, sem que nada de efetivo seja empregado para modificar o avanço do Estado penal nas populações miseráveis.

Garland (2008: 315) observa que as estratégias de segregação punitivas, bem como as medidas que as compõem, não requerem originalidade, entretanto, necessitam de apoio político e social. De acordo com o autor, a segregação punitiva configura *uma forma de negação e de atuação simbólica da parte dos atores políticos envolvidos* (Garland, 2008: 315). As punições endurecidas e os discursos sobre lei e ordem são veiculados pelo poder público com intenção de fornecer um conforto aos cidadãos. Essas estratégias visam a adesão do grande público. Na pós-modernidade isso depende da preexistência de determinadas rotinas sociais difundidas e da sensibilidade cultural. As medidas políticas são populistas, procuram abarcar a opinião da sociedade para serem legitimadas. Para tanto, colocam a vítima no centro das preocupações e, embora isso seja apenas

restrito ao campo do discurso, utilizam uma ‘imagem projetada’ delas desconsiderando suas opiniões e interesses. Essa extrema valoração da vítima tem o intuito de legitimar as ações de ‘tolerância zero’ ou ‘guerra às drogas’. Funciona para reforçar o viés retributivo do sistema penal que irá estigmatizar e segregar.

Observa-se, no contexto sul-mato-grossense, que os altos índices de aprisionamento demonstram que a sociedade tem aderido a ideias disseminadas de ordem e, com isso, cada vez mais almejam que os excluídos sejam conduzidos à prisão por compreenderem que lá é o local onde eles devam permanecer. Não haverá avanços democráticos enquanto não se reconhecer que as manifestações do poder de punir estão sendo engendradas para ampliar o poder do racismo, como também da xenofobia. Davis (2018: 117) faz lembrar que é necessário pensar uma sociedade que não tenha como elemento fundante as punições primárias de raça e/ou classe.

## CONCLUSÃO

O trabalho apresentou elementos do período escravagista para compreensão da constituição da sociedade brasileira. O Brasil, desde o início do período colonial, é marcado por genocídio dos povos tradicionais e tráfico de escravos. A economia brasileira e a exploração dos recursos naturais se deram com a utilização da mão-de-obra escrava. Houve um período em que a população era majoritariamente composta por cativos, em contrapartida a uma elite minoritária, cujo enriquecimento era proveniente do tráfico de pessoas e da utilização da força de trabalho de forma gratuita.

Para que o modelo escravagista fosse justificado, houve a construção de discursos que visavam desconstruir a humanidade das pessoas oriundas da África. O *ethos* dos africanos era, majoritariamente, visto e conectado à falta de civilidade, à violência e à imoralidade. A maneira como viviam foi propagada pelos colonizadores como selvageria. Essa imagem foi incorporada pela sociedade e utilizada pelo sistema criminal, perdurando até a pós-modernidade. O início do sistema criminal brasileiro é demarcado por dispositivos raciais e exercido sem observância aos preceitos humanitários. As penas eram degradantes e cruéis e recaiam preferencialmente no corpo negro. O sistema escravagista interconectava-se intimamente com um direito penal doméstico. Isso significava a aplicação de penas no ambiente privado, cujo julgador eram os senhores de escravos. Esses escravocratas eram cruéis no exercício do poder punitivo (Zaffaroni, *et al*, 2011: 412).

Como exemplo das imbricações entre sistema penal e dispositivos raciais colacionamos há o artigo 7º da lei 9 de 835 aprovada pela Assembleia Legislativa da Bahia. Esse comando normativo

criminalizava a conduta de africanos libertos que chegassem ou retornassem (quando expulsos daquela localidade) ao território daquele estado. Essa conduta configurava o crime de insurreição, em que o preceito secundário era a pena de morte. O arcabouço punitivo era composto por criminalização de condutas, como transitar nas vias públicas sem portar bilhetes autorizativo do senhor, batuques e algazarras, alugar casas aos escravos, etc. Nos suplícios se utilizava marcas de ferro, mutilações, pena de morte, chicote, correntes no pescoço e nas pernas. Quanto à intensidade dos açoites, estes deviam ser proporcionais à idade e porte físico do condenado (Zaffaroni *et al*, 2011: 425).

No que se refere à mulher negra, os registros históricos noticiam que ela exerceu as atividades laborais da mesma maneira que os homens negros, com jornadas exaustivas de trabalho, açoitamentos e exploração sexual. A condição de ser mulher não afastou de si tais práticas. No espaço conjugal gozava de maior igualdade, atuava constantemente em prol de seus direitos, inclusive junto ao poder judiciário. Essas características levam a constituição de uma mulher forte e, por muitas vezes, incompreendida, pois tais elementos lhes tiravam a feminilidade. Não raras as vezes que atribuíam a elas o fato de enfraquecer seus companheiros (Davis, 2016: 29).

A constituição da mulher negra passa por fenômenos diametralmente diversos do segmento branco. Essas questões causam incompatibilidade entre os dois grupos associadas às questões raciais. Embora em um primeiro momento a repressão configurou o elo entre o povo negro e as mulheres ativistas brancas, por sua vez, o dispositivo racial foi o causador da fissura. Esse rompimento fará com que as mulheres negras passem a se organizar de forma isolada, desta maneira, surge o feminismo negro. As organizações femininas se avultaram e influenciaram outros continentes. No Brasil houve adesão a essas manifestações. Na pós-modernidade, a epistemologia feminista no país tem abarcado as questões penais, em especial, o superencarceramento de mulheres.

Isto porque se vislumbra, nas políticas criminais, a continuidade da modulação dos dispositivos raciais. O Estado Penal tem cada vez mais encarcerado mulheres negras oriundas das comunidades vulneráveis. A Lei 11.343/06 incorporou a vertente ‘guerras às drogas’ e com isso tem aprisionado um número elevado de pessoas. A ausência de políticas socioeconômicas por parte do Poder Executivo tem colocado grande parte da população às margens, entretanto, as agências criminais se fazem presentes cada vez mais na vida dessas pessoas. Borges (2018: 16) coloca em evidencia que as instituições prisionais permanecem reproduzindo e mantendo o racismo. De acordo com a autora, ainda se compreende as infrações penais como algo inerente à cor da pele ou etnia.

Em sua última seção, o trabalho examinou as questões de encarceramento massivo de mulheres no estado do Mato Grosso do Sul. Verificou-se um crescente aprisionamento de pessoas, além do abandono do estado social e a adoção do estado penal. O quadro denota uma política governamental que tem como meta a punição da pobreza e da miséria. As cadeias vêm se tornando locais em que se enclausura os não úteis ao mercado.

Desta maneira, observa-se que o estado adere a essa vertente internacional de combate às drogas e vem empregando uma política criminal rígida, avessa aos preceitos constitucionais. Esta unidade federativa adota como regra o cumprimento antecipado de penas, pois um total de 618 mulheres estão presas sem decisão definitiva. No cárcere, há um total de 1.512 mulheres. Deste montante, 69% são mulheres jovens negras. Pelos dados estatísticos, é possível concluir que o crime sofre influência dos dispositivos raciais. Por consequência do aumento das taxas de aprisionamento, registrou-se até o ano de 2016 a construção de doze estabelecimentos prisionais no estado. Esta modificação da paisagem sul-mato-grossense sinaliza a adoção do encarceramento massivo de mulheres. Portanto, o estado vem demonstrando a opção de um viés repressivo ao invés de investir em políticas sociais, como a geração de empregos formais (Infopen Mulheres, 2018: 20).

## REFERÊNCIAS:

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: Racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018. 373 p. Tradução de *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the age for Colorblindness*.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. 2005. **A soberania Patriarcal: O sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista Sequência, n. 50, p. 71-102. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/4f33baebd636cb77eb9a4bdc2036292c.pdf>> Acesso em 25 ag. 2018

BAUMAN, ZYGMUNT. 2004. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

BORGES, Juliana. 2018. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento. 144 p.

BOURDIEU, Pierre. 2002. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. Título original: *La domination masculine*.

BRASIL. 2018. Ministério Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN Mulheres**. Brasília. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)> Acesso em 27 jul. 2018.

BRASIL. Constituição. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 de ag. 2018.

BRASIL. 2009. Ministério da Integração Nacional. **Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira**. Brasília. Disponível em: <[http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e5ba704f-5000-43df-bc8e-01df0055e632&groupId=10157](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=e5ba704f-5000-43df-bc8e-01df0055e632&groupId=10157)> Acesso em 19 jul. 2018.

BRASIL. 2015. Senado Federal. Agência Senado. **Bertha Lutz**. Brasília: 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/bertha-lutz>> Acesso em 15 out. 2018.

BRASIL. 2006. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 11.343 de 23 agosto de 2006. Brasília: 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)> Acesso em: 22 Jul. 2018.

CERQUEIRA et al. 2018. **Atlas da violência 2018**. Brasília: IPEA. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180614\\_atlas\\_2018\\_retratos\\_dos\\_municipios.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180614_atlas_2018_retratos_dos_municipios.pdf)> Acesso em 25 ag. 2018.

DAVIS, Angela Y. 2018. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel. 142 p. Tradução de *Are prisons absolet?*

\_\_\_\_\_. 2016. **Mulheres, Raça e Classe**. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo. Tradução *Women, race and class*.

FREYRE, Gilberto. 2003. *Casa-grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48 ed. Recife: Global. Disponível em: <<https://ia802500.us.archive.org/20/items/gilberto-freyre-casa-grande-senzala/gilberto-freyre-casa-grande-senzala.pdf>> Acesso em 25 ag. 2018.

FOUCAULT, Michel. 2001. **Os anormais** – Curso no Collège de France, ministrado nos anos 1974 e 1975. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de *Es anormaux*.

\_\_\_\_\_. 2005. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes.

GARLAND, David. 2008. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan. Tradução *The culture of control: crime and social orden in contemporary society*.

GASPAR, Lúcia. **Nísia Floresta**. Pesquisa Escolar Online, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Disponível em: <<http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>> Acesso em: 15 out. 2018.

IARA, Silvia Hunold. 1988. **Campos da Violência: Escravos e Senhores na Capitania do Rio de Janeiro 1750-1808**. São Paulo: Paz e Terra.

KU KLUX KLAN. 2018 In: **Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus Cambridge Universty Press**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/ku-klux-klan>> Acesso em 15 out. 2018. Não paginado.

LUNA, Francisco Vidal; KLEIN, Hebert S. Klein. 2010. **Escravidão no Brasil**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

MBEMBE, Achille. 2018. **Crítica da razão negra**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições. Tradução de *Critique de la raison nègre*.

RIBEIRO, Djamilia. 2017. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte (MG): Letramento; Justificando.

\_\_\_\_\_, 2015. **A perspectiva do feminismo negro sobre violências históricas e simbólicas**. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/08/04/a-perspectiva-do-feminismo-negro-sobre-violencias-historicas-e-simbolicas/>> Acesso em: 24 set. 2018. Não paginado.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. 2014. *Prisões privatizadas no Brasil em debate*. São Paulo: ASAAC. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Relato%CC%81rio-sobre-privatizac%CC%A7o%CC%83%20es.pdf>> Acesso em: 17 out. 2018.

RIBEIRO, Matilde. 1995. **Mulheres Negras Brasileiras: de Bertioiga a Beijing**. Revista Estudos Feministas. n. 2/95. p. 446-457. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1077\\_1824\\_ribeiromatilpagu.PDF](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1077_1824_ribeiromatilpagu.PDF)> Acesso em 15 out. 2018.

RODRIGUES, Marcela Frazen. 2015. **Raça e criminalidade na obra de Nina Rodrigues: Uma história psicossocial dos estudos raciais no Brasil do final do século XIX**. Revista Estudo e Pesquisa em Psicologia. n. 3, ag. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/19431/14023>> Acesso em 15 out. 2018. Não paginado.

ROURE, Glacy Q. de. 1996. **Vidas Silenciadas: a violência com crianças e adolescentes**. Campinas: Editora da Unicamp.

TORRECILHA, Maria Lúcia. 2013. **Gestão Compartilhada como espaço de integração na fronteira Ponta Porã e Pedro Juan Cabellero** (Paraguai). Tese. Doutorado em Geografia Humana – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WRIGLEY; Chris. 2006 **Continuidade no trabalho e no status das mulheres desde o final do século XIX**. Tradução de Douglas Cole Libby. In: LIBBY; Douglas Cole; FURTADO, Júnia Ferreira. (Orgs) *Trabalho Livre, Trabalho Escravo- Brasil e Europa, Séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Annablume Editora.

ZAFFARONI, E. Raul et al. 2011. **Direito Penal Brasileiro I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan.

---

**NOTAS:**

<sup>1</sup> O estado do Mato Grosso do Sul foi criado pela Lei Complementar nº 31 de 11 de outubro de 1977. Essa unidade da federação brasileira é formada por 79 municípios, sendo que 44 estão situadas na faixa de fronteira internacional. Torrechilha (2013: 124) destaca que o estado possui 1.578 quilômetros de divisa com as repúblicas do Paraguai e da Bolívia. Mato Grosso do Sul, juntamente com os estados de Rondônia e Mato Grosso, compõe o Arco Central da faixa de fronteira brasileira. O Arco Central possui caráter de transição entre a Amazônia e o Centro-sul do país. Nesse espaço geográfico encontram-se as Bacias hidrográficas do Amazonas e do Paraná-Paraguai (BRASIL 2009: 37).

<sup>2</sup> Os termos moça de cor, segmento feminino de cor, mulher de cor e pessoas de cor estão sendo utilizados nesse trabalho como termo que abrangem negros e pardos.

<sup>3</sup> Os cativos eram originários de diferentes culturas e nacionalidades. Passavam a conviver e dessa estrutura social surgia uma nova forma de se organização (LUNA, KLEIN 2010: 229-269).

<sup>4</sup> “Raimundo Nina Rodrigues foi um médico brasileiro que no final do século XIX buscou, entre outras coisas, desvendar os mistérios da mente e do espírito dos negros brasileiros. Racista, eugenista, conservador, foi um intelectual rejeitado a partir da segunda metade do século XX por conta destas características que, se não eram, à época, exclusivas dele, tornaram-se malditas: hoje em dia seu nome quase não é citado, a não ser em revisões críticas da história dos estudos raciais. Sua produção não foi muito extensa temporalmente – cerca de vinte anos – mas foi intensa, no sentido de que escreveu muito sobre temas diversos, apesar de ter se mantido fiel aos chamados estudos do negro” (RODRIGUES 2015).

<sup>5</sup> A secret US organization of white Protestant Americans, especially at south of The country, who oppose people of other races or religions (CAMBRIDGE DICTIONARY 2018).

<sup>6</sup> “Nísia precursora do feminismo brasileiro, educadora, escritora e poetisa, Dionísia Pinto Lisboa, que adotou o pseudônimo de Nísia Floresta Brasileira Augusta, nasceu no dia 12 de outubro de 1809, em Papari, hoje município de Nísia Floresta, no Rio Grande do Norte, filha de Dionísio Pinto Lisboa e Antônia Clara Filha” (GASPAR 2017).

<sup>7</sup> “Zoóloga de profissão, Bertha Maria Júlia Lutz é conhecida como a maior líder na luta pelos direitos políticos das mulheres brasileiras. Ela se empenhou pela aprovação da legislação que outorgou o direito às mulheres de votar e de serem votadas” (BRASIL 2015).

<sup>8</sup> “A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as conseqüências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras”. (CRENSHAW 2002 apud RIBEIRO 2015).

<sup>9</sup> “A origem do Sistema Penal Brasileiro veio aos moldes do Direito Português, sendo que a utilização da expressão Sistema Normativo veio a delimitar a ser um conjunto de normas que foram utilizadas no Brasil desde o seu descobrimento” (D’OLIVEIRA 2014: 30).

<sup>10</sup> As Ordenações Manuelinas para Zaffaroni et al (2011: 411-488) eram apenas referências burocráticas.

<sup>11</sup> Desse montante 64% não recebem remuneração (INFOPEN MULHERES 2018: 37-57).

<sup>12</sup> “Há dois modelos de privatização de prisões praticados: cogestão e parceria público privada (PPP). As PPPs são as mais debatidas, mas as unidades em cogestão representam quase a totalidade dos contratos. Contratos estes que definem que, na cogestão, o estado assume a direção da unidade, da guarda e de escolta externa, enquanto a empresa privada assume toda a operacionalização da unidade, gerindo serviços de saúde, alimentação, limpeza, vigilância e escolta internas, além da manutenção das instalações. Pelos contratos de PPPs, as prisões são projetadas, construídas, financiadas, operadas e mantidas por companhias privadas por um longo período de tempo; no caso do Brasil, 30 anos” (SALLA, 2014: 10).

**AUTORES:**

**Luzia Bernardes da Silva**

Graduada em Direito, mestra em Letras-UFGD e mestranda do Programa de Mestrado de Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD. Cursa o último semestre da Graduação em Letras

**Gustavo de Souza Preussler**

Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Processo Penal e Criminologia da UFGD. Professor Universitário Federal.

# NOVAS FORMAS DE ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: uma análise sobre a prática docente

**Carlos Victor Nascimento dos Santos**

Universidade Federal de Ouro Preto - MG

E-mail: carlosvictor@oi.com.br

## RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de relatar uma experiência docente a partir da criação e adaptação do conteúdo e metodologia propostos em uma disciplina que envolvia a discussão de temas relativos ao direito constitucional às condições estabelecidas pela universidade e necessidade dos alunos. Durante o exercício de construção e desconstrução de argumentos e teses, a partir da metodologia proposta, foi possível estabelecer reflexões em salas de aula acerca da necessidade de estranhamento com o campo jurídico e relativização e desnaturalização de categorias jurídicas. O resultado foi a percepção de como o ensino do Direito pode estar estruturado e do potencial da pesquisa na distinção de três importantes fenômenos: como o campo jurídico é lido pela doutrina, como ele funciona e como os seus atores dizem que ele efetivamente é.

**Palavras-Chave:** Ensino do Direito; Campo Jurídico; Pesquisa.

---

## ABSTRACT

This paper aims to report a teaching experience with the creation and adaptation of the content and methodology proposed in a discipline which involved the discussion of topics related to constitutional law the conditions established by the university and the students need. From the proposed methodology with the construction and deconstruction of arguments and theses, reflections were established in classrooms about the necessity of estrangement with the judicial field and relativization and denaturalization of the juridical categories. The result was the perception of how the legal education might be structured and the potential of research in distinction of the three important phenomenon: as the judicial field is read by the doctrine, how it works and how the actors say it is.

**Keywords:** Teaching practice of the Law; Juridical Field; Research.

## INTRODUÇÃO

A partir de diálogos com professores e amigos, volta e meia era discutido o ensino do direito constitucional. Alguns não viam sentido em estudá-lo por meio de “grandes temas”. No Brasil, por exemplo, o curso de direito constitucional foi sistematizado a partir da discussão de grandes casos políticos, como a organização do Estado, dos direitos fundamentais, dentre outros – sistematização que segue inclusive a ordem dos títulos e capítulos da Constituição Federal (Silva, 1994); Lenza, 2013; Moraes, 2012; Ferreira Filho, 2014; Mendes, 2012). E sempre foi um ponto comum nesses diálogos que o estudo do direito constitucional poderia ser conduzido a partir da discussão de casos. O estudo de casos, então, permitiria a identificação e discussão de matérias fundamentais à condução da disciplina. Em nossos diálogos, refletimos o quanto seria interessante chegar em sala de aula, propor o estudo de um caso e, por meio da discussão direcionada pelo professor, a reflexão dos próprios alunos pudessem identificar matérias passíveis de problematização e aprofundamento. O professor, então, contribuiria com a condução na produção do conhecimento mais técnico acerca do direito constitucional a partir de tais reflexões.

No entanto, algumas questões também foram suscitadas, como: o auxílio do professor na condução de quais temas poderiam ser passíveis de aprofundamento a partir dos casos estudados; e a antecipação às possíveis reflexões dos alunos e “preparar” o suporte teórico a tais reflexões e, principalmente, estar atento para que o suporte teórico tão somente aprofunde o debate, fazendo apontamentos sobre a compreensão do objeto de discussão, pontos positivos e frágeis dos argumentos levantados e sustentados no seio do debate, bem como das teses jurídicas (ou metajurídicas) surgidas. Tais questões já demonstravam as dificuldades iniciais da criação de uma única disciplina que combinasse todas essas preocupações.

Algumas outras questões também surgiram no debate, como a compatibilidade entre o método crítico-participativo proposto acima e o conteúdo próprio da disciplina de direito constitucional. Alguns obstáculos se mostraram bastante visíveis: o currículo e o programa de curso da universidade, o exame do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE, a prova da Ordem dos Advogados do Brasil, a preparação inicial aos concursos públicos, o mercado de trabalho proposto pela advocacia e vida acadêmica que permita a formação de professores e pesquisadores, dentre outros.

Apesar do reconhecimento acerca da impossibilidade de todas as exigências acima serem abrangidas por uma única disciplina, exigindo do professor essa múltipla preocupação, elas o devem ser pela universidade. Isto é, todas essas preocupações próprias da graduação em Direito,

combinada com as exigências do MEC ao reconhecimento da excelência do ensino do Direito, devem fazer parte do cotidiano da universidade, exigindo que se organize a partir da autonomia que possui para atender todas essas demandas.

Todos os diferentes focos de abrangência exigem dos alunos habilidades bem específicas. E a discussão, mais recente sobre o ensino do Direito (Unger, 2005.,) vem destacando a necessidade de estímulo ao desenvolvimento de seu senso crítico, da sua capacidade de resolução de problemas práticos, além de desenvolver habilidades em realizar pesquisas e ingressar na docência. Não se está afirmando aqui que as faculdades de Direito do país deveriam oferecer, em sua formação, o desenvolvimento da capacidade de pesquisadores em seus alunos, além do oferecimento do “título” de operadores do Direito. O compromisso a ser assumido na nova formação do estudante de Direito é o de possibilitar a utilização de uma ferramenta que contribua ao aprimoramento de habilidades específicas no estudante, como: a observação e compreensão da sociedade em que vivem.

Isso porque, a grande preferência das faculdades de Direito no Brasil é de proporcionar aos seus alunos uma imersão no pensamento jurídico pelo seu conteúdo normativo, dando-lhes a aparência de conhecimento profundo nas mais diversas áreas jurídicas. A partir desse contexto surgiu a motivação deste artigo: como proporcionar ao estudante de Direito uma formação capaz de estimular habilidades e competências (Perrenoud, 1999) profissionalizantes e acadêmicas?

O presente artigo abordará uma experiência docente a partir do oferecimento de uma disciplina pensada para confrontar o paralelo narrado nos parágrafos acima: o pensamento normativo estimulado pelas faculdades de Direito aos seus alunos com o acesso (e não realização) a diferentes pesquisas relacionadas principalmente ao direito constitucional, sendo capazes de atribuir um novo olhar à realidade social, conforme será brevemente discutido nas páginas adiante. Para tanto, será abordado no primeiro tópico, o processo de criação e objetivos com a disciplina. Após algumas dinâmicas ocorridas em sala de aula serão descritas de modo a ilustrar importantes questões a serem refletidas sobre o ensino jurídico. Por fim, a experiência docente servirá para apontar reflexões sobre o ensino do direito constitucional brasileiro, que se relacionam diretamente com o ensino jurídico no Brasil.

## **1. O PROCESSO DE CRIAÇÃO DE UMA DISCIPLINA ELETIVA E O ESTÍMULO A DIFERENTES HABILIDADES E COMPETÊNCIAS NO ESTUDANTE DE DIREITO**

Inicialmente, ministrei aulas como professor voluntário ao lado de outro professor e amigo, uma disciplina destinada aos alunos da graduação e pós-graduação da instituição, momento em que tive um pouco mais de proximidade com alunos, professores e coordenadores da universidade. Na

mesma época organizei um plano de ensino com a disciplina que desejava ministrar como eletiva e submeti ao colegiado da instituição. O nome da disciplina era: “Na pele dos ministros: a construção dos votos no Supremo Tribunal Federal”. A proposta tinha por objetivo desenvolver nos alunos a habilidade de construir votos que expressassem recursos tipicamente encontrados nos raciocínios constitucionais aparentemente desenvolvidos pelos ministros do STF. Assim, o curso oferecido tinha o enfoque de contribuir com um refinamento do olhar à prática jurídica existente no STF. Para atingir esse objetivo geral, foram utilizados estudos de casos que contribuíssem para: (a) a construção de um raciocínio jurídico-constitucional, (b) o conhecimento e compreensão de conceitos condutores do debate, (c) a apreensão de ideias capazes de influenciar a dinâmica decisória, (d) estimular o desenvolvimento de habilidades necessárias ao exercício da prática jurídica.

A aula era dividida em dois momentos: uma prática simulada de casos já apreciados pelos ministros do STF e outro com a apresentação de seminários abertos à discussão sobre textos que discutiam a dinâmica decisória dos ministros quer sejam com pesquisas bibliográficas, documentais ou empíricas. Durante a prática simulada, os alunos, participando ativamente do debate, teriam a oportunidade de desenvolver a fluência de sua retórica e oralidade, por meio do reconhecimento dos principais pontos conflitantes no caso disposto para análise. Desta forma, os alunos poderiam se tornar capazes de visualizar diferentes resoluções cabíveis ao deslinde do caso concreto, bem como as suas possíveis consequências políticas, jurídicas ou até mesmo sociais. Além disso, um dos objetivos da disciplina era possibilitar aos alunos a reflexão sobre o quanto as suas moralidades, crenças pessoais e experiências de vida são capazes de interferir na produção de um argumento jurídico, capazes de demonstrar as dificuldades que um julgador possui em proferir uma decisão judicial com a imparcialidade requerida pelo sistema normativo.

Por fim, a proposta da disciplina tinha também o objetivo de proporcionar o conhecimento de diferentes habilidades em algumas carreiras jurídicas atuantes no Supremo Tribunal Federal (apenas aquelas que surgiram nas atividades), como poder de convencimento, argumentação, redação, síntese dos fatos e identificação dos principais problemas a serem enfrentados. A disciplina teve o cuidado especial em não desprezar o olhar dos alunos diante de uma situação contraditória, onde tiveram as habilidades e competências anteriormente descritas aguçadas. Isso porque a lógica da superação de argumentos não pode se afastar da análise do caso concreto, bem como das possíveis consequências políticas ou jurídico-constitucionais de determinada decisão judicial.

A metodologia proposta foi a do estudo de casos com a utilização de um role-play. A sala de aula foi organizada de forma a simular julgamentos de casos concretos apreciados pelo Supremo

Tribunal Federal, permitindo aos alunos que, por meio do estudo de um caso, pudessem construir um raciocínio jurídico-constitucional. A metodologia foi focada no estímulo à argumentação e à construção deste raciocínio jurídico-constitucional sem perder de vista a análise dos fatos para que, a partir deles, os alunos pudessem ser capazes de identificar as principais questões jurídicas, políticas e institucionais por trás da decisão judicial. No segundo momento da aula os seminários eram utilizados de modo a estabelecer um estranhamento com os alunos acerca das práticas ocorridas na simulação de julgamento. Assim, era possível construir um ambiente em que o exercício do contraditório pudesse ser destacado e, posteriormente, o que o ambiente gerado pelo campo de disputas existente no Direito seria capaz de mascarar, como fatores fundamentais que influenciariam tanto a tomada de decisão do magistrado quanto a construção dos argumentos das partes envolvidas no caso. Para lidar com esta dinâmica decisória e enfrentar questões que influenciem diretamente no julgamento, a aula seguiu a lógica abaixo descrita.

As aulas seguiam, em seu primeiro momento, simulações de julgamentos do Supremo Tribunal Federal. No primeiro dia de aula foi feita uma explicação da dinâmica da aula e das formas de avaliação. No segundo, foi feito um mapeamento da turma a fim de fazer as adequações necessárias no que se referia ao *quórum* de alunos para que fosse possível o desenvolvimento da proposta metodológica a seguir.

Na aula anterior eram sorteados alunos que teriam funções específicas na sessão simulada: proferir relatório e voto do caso, fazer sustentações orais defendendo determinado ponto de vista etc.; cada um deles teria que enviar um trabalho escrito, no prazo estipulado. Os principais atores de uma sessão de julgamento no STF eram representados. O relator do caso tinha o dever de, por meio do relatório disponibilizado no material de aula, elaborar um voto escrito a ser enviado no prazo estipulado para o professor. Os votos escritos somados à apresentação corresponderiam a uma das notas da disciplina.

Em algumas das sessões, surgiam alguns outros atores, como o *amicus curiae*<sup>1</sup> ou um representante de algum grupo de interesse que se manifestasse numa Audiência Pública. O *Amicus Curiae* tinha a função de defender um ponto de vista em favor de uma das partes, com argumentos característicos à instituição a qual fizesse parte, assim como os representantes de possíveis grupos de interesse que compusessem uma audiência pública. Estes atores deveriam se manifestar com um parecer a ser apresentado também no dia do julgamento, mas antes do voto do Relator. O parecer deveria ser entregue ao professor e ao relator também no prazo estipulado, para que o último tivesse acesso ao parecer antes de elaborar o seu voto.

No dia da aula, era dado início à dinâmica com uma abordagem geral do caso e dos temas que seriam enfrentados em sala de aula, com o cuidado de alertar os alunos para algumas das questões que deveriam se preocupar durante o debate e julgamento. Em seguida, uma breve apresentação da causa era conduzida pelo Relator e, depois, e quando houvesse, eram feitas as manifestações de *amici curiae* para, posteriormente, serem expostas as sustentações orais com as manifestações de voto do relator e demais ministros. Durante a apresentação dos votos, o professor poderia fazer breves análises demonstrando a preocupação que cada um teve e a contextualização com o problema que estava sendo enfrentado.

Por fim, a sessão simulada estaria aberta às intervenções de cada um dos alunos, onde cada um também representaria um ministro. As interlocuções eram devidamente mediadas pelo professor, ponderando cada uma delas e alertando às preocupações do interventor com o argumento levantado. Os alunos presentes proferiam seus votos apresentando oralmente os seus argumentos. A cada argumento diferente levantado o professor, na função de mediador, abordaria as questões constitucionais envolvidas que foram ou deveriam ter sido levadas em consideração no momento do voto. Findo o julgamento, e colhidos os votos de cada um dos presentes, o professor fazia uma análise mesmo que breve do julgamento, apontando questões que foram levadas em consideração na apreciação do caso concreto.

Na segunda metade da aula, e a partir da divisão anterior da turma em grupos, cada um deles era responsável por apresentar um texto de leitura obrigatória em no máximo trinta minutos. No dia da apresentação, o grupo teria que entregar um fichamento ao professor e disponibilizá-lo, após a apresentação, na pasta *dropbox* criada especificamente para a disciplina. O objetivo do segundo momento da aula era observarmos e analisarmos criticamente a simulação de julgamento, com o destaque ao que poderia ser um dos fatores de influência tanto na dinâmica decisória dos ministros quanto na construção do raciocínio argumentativo de cada um dos atores envolvidos na demanda.

Isto é, o segundo momento era destinado ao exercício de desconstrução de todo o debatido na simulação dos julgamentos. Os alunos destacavam o contexto histórico-político de julgamento, as relações pessoais estabelecidas pelos atores no julgamento, experiências anteriores ao julgamento obtidas por seus atores, vínculos que demandassem determinados posicionamentos, dentre outras questões. Os textos de leitura obrigatória e complementar eram utilizados como suporte a tais discussões e foram selecionados sempre a partir de alguma pesquisa realizada, quer seja bibliográfica, documental ou empírica, em que fosse possível estabelecer uma relação mínima com o caso discutido em sala de aula, estabelecendo um estranhamento com o mesmo. O exercício de desconstrução tinha como principal objetivo estimular nos alunos um olhar mais apurado acerca do

distanciamento ocorrido entre o pensamento normativo, desenvolvido nas sessões simuladas de julgamento, e o funcionamento da realidade social – olhar obtido a partir dos alertas que pesquisas que têm como foco o conhecimento e compreensão da realidade possuem.

Para cada uma das aulas eram disponibilizados: caso gerador constando uma descrição breve do caso a ser estudado; relatório do caso com trechos selecionados para leitura; textos de leitura obrigatória e complementar; reportagens e entrevistas. Os casos selecionados para discussão em sala nas sessões simuladas de julgamento foram escolhidos a partir da repercussão social que alguns tiveram, além da relação capaz de estabelecer com os temas propostos para discussão. Vejamos: (i) *Impeachment* do Presidente Collor: MS/DF 21.564-0; (ii) Lei de Anistia: ADPF n. 153; (iii) Raposa Serra do Sol: Pet. 3.388; (iv) Desuso da competência do Senado (mutação constitucional do art. 52, X da CF/1988): Recl. 4335-5/AC; (v) Caso Ellwanger: HC 82.424/RS; (vi) Reconhecimento da união homoafetiva: ADI 4.277; (vii) Interrupção de gravidez de feto anencefálico: ADPF nº 54/DF; (viii) Ficha limpa: ADI n.º 4.578/DF; (ix) Mensalão: AP 470; e (x) Fundo de Participação dos Estados: ADI 1.987.

Em cada um dos casos apreciados foi destacado na literatura mais recente um texto de leitura obrigatória e/ou complementar que pudesse discutir as questões jurídicas, políticas ou sociais que cada caso demandava. Alguns textos apresentavam discussões acerca do contexto histórico-político de julgamento, outros faziam uma análise comportamental dos julgadores, análises teóricas, doutrinárias, de documentos oficiais, dentre outras atividades. O fundamental era que o texto servisse de suporte à reflexão sobre como a produção do conhecimento jurídico ocorre no campo de disputa travado por seus atores.

Para cada aula eram selecionados casos e textos que melhor se adequassem aos temas indicados para discussão em sala. E todo o material para leitura era disponibilizado em pasta compartilhada em nuvem e em uma pasta na copiadora da faculdade de Direito, além do plano de curso da disciplina ter sido igualmente disponibilizado aos alunos para um acompanhamento integral da disciplina ao longo de todo o curso.

Com a aprovação da disciplina pelo colegiado da instituição de ensino e abertura de inscrições para os alunos, foi iniciada a divulgação da disciplina. Por dividir uma disciplina com um professor e amigo na graduação e pós-graduação da instituição, tive a oportunidade de também divulgar o curso que ministraria no semestre seguinte. Em pouco tempo, alunos manifestaram interesse em se inscrever no curso, quer seja pessoalmente ou por e-mail. Quando procurado pessoalmente, alunos destacavam o interesse na disciplina devido o seu formato, algo que poucos estavam acostumados na faculdade de Direito.

Logo após a divulgação, um dos coordenadores da graduação me procurou para informar da grande procura dos alunos pela disciplina, o que fez com que diversos deles solicitassem uma mudança de dia e horário em que seria ministrada, de modo que pudesse atender o maior público possível. Afirmar que não veria problemas em tal ocorrência. Em seguida, um aluno me escreveu perguntando da possibilidade de realizar uma enquete via *Facebook* para que os maiores interessados em cursar a disciplina manifestassem suas melhores opções de dias e horários. Autorizei com a ressalva dos dias e horários em que já possuía compromisso. Em poucos dias, recebi um resultado da enquete, definindo dia e horário de preferência dos alunos para que a disciplina fosse ministrada: às segundas-feiras, de 19h às 22h40min.

Assim, por se tratar de encontro semanal único, o tempo da aula era dividido para a sessão simulada em sua primeira metade e, posteriormente, os seminários. Algumas aulas eram realizadas apenas com os seminários, o que reduzia consideravelmente o seu tempo. O dia e horário escolhidos pelos alunos permitiram uma heterogeneidade da turma: metade dos alunos compunham os períodos iniciais de graduação, devido o interesse no método participativo proporcionado pelo *role play*, a outra parcela era composta por alunos em períodos mais avançados, que já faziam algum tipo de estágio e se interessavam por estudos de casos, o que favoreceu o debate e tornou a dinâmica da aula mais interessante. Mas para adentrar em tais detalhes, é necessária uma leitura atenta do tópico seguinte, oportunidade em que será feita uma descrição de algumas situações que são capazes de ilustrar a dinâmica das aulas.

## 2. A AULA EM AÇÃO

Na primeira aula, foi feita uma apresentação da disciplina, momento dedicado à explicação da dinâmica sugerida para as sessões simuladas e seminários, colhimento de expectativas dos alunos com a disciplina e separação de textos e grupos que comporiam as aulas seguintes. O segundo dia de aula ocorreu no dia 16 de março, um dia após uma manifestação que mobilizou mais de um milhão de pessoas em todo o país, segundo a Revista Exame<sup>2</sup>, cuja pauta mais visível era o *impeachment* da presidenta Dilma. Esse contexto histórico-político é interessante para ilustrar a aula do dia 16 de março, cujo tema era “Julgamentos de atos do Poder Público. Movimentos políticos e opinião pública”, hipótese em que a sessão simulada sugeria a rediscussão do caso que deu origem ao chamado *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello - MS/DF 21.564-0, Rel. Min. Octávio Gallotti; e AP n.º 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

Na oportunidade, eram sugeridos texto de Marcos Nobre, além de entrevista com o Professor Luiz Werneck Vianna, hipótese em que refletiam sobre as razões que poderiam ou não impulsionar um *impeachment*, além de estabelecer um paralelo com a realidade brasileira vigente à época de suas análises. A aula foi iniciada com uma apresentação do caso e apontamento de algumas questões que deveriam ser analisadas por todos aqueles que participariam mais ativamente das aulas. O aluno que representava o ministro relator do julgamento no STF fez uma explanação do caso e, não tendo *amicus curiae*, proferiu seu voto e passou a palavra para os outros dois “ministros”, que manifestariam seus votos favoráveis e/ou contrários ao ministro relator. Várias interpelações foram feitas por cada um dos alunos, que estavam também na condição de ministros do STF, tendo que proferir voto oral acerca da questão analisada, instaurando o debate. Na condição de mediador do debate, buscava fazer intervenções que tornavam apenas mais claro um ou outro argumento levantado pelos alunos, que tiveram como base de leitura não o acórdão inteiro do caso apreciado, mas apenas o seu relatório. Isto é, os argumentos levantados em sala de aula eram pesquisados pelos próprios alunos ou fruto da construção momentânea a partir da discussão e análise do caso concreto.

Os movimentos políticos e a opinião pública foram destacados pelos próprios alunos como elementos que influenciariam o julgamento. Logo na primeira sessão simulada foi observada uma diferença de postura entre alunos dos períodos iniciais e mais avançados: os primeiros tinham como o enfoque a análise do caso concreto, destacando fatores metajurídicos capazes de influenciar na dinâmica decisória; os segundos, se preocupavam com o desenvolvimento de uma boa retórica, além da sustentação de argumentos jurídicos capazes de torná-los vencedor na disputa travada em sala de aula. Dentre os argumentos levantados pelos alunos de períodos iniciais estavam: a opinião pública, exposição dos julgadores na mídia, pressão de movimentos políticos, autores principalmente de filosofia e sociologia do Direito, dentre outros. Por outro lado, os alunos de períodos mais avançados (a partir do quinto período), utilizavam-se de uma linguagem mais erudita e técnica, a fim de sofisticar argumentos carregados de doutrina e análise legislativa.

Ao fim do debate, foi sugerida uma votação dentre os presentes para sabermos se absolveriam ou não o então Presidente Fernando Collor de Mello. O resultado foi a absolvição por unanimidade, deixando claro um acontecimento: todos votaram a favor do Collor, mas cada um por um motivo em específico. Os debates tramitavam em torno das razões à sua absolvição, e não a respeito de sua absolvição ou condenação. Após um intervalo, foi iniciado o segundo momento da aula: o exercício de desconstrução do julgamento ocorrido a partir da leitura e reflexão dos textos, com referência constante às dinâmicas ocorridas nas sessões simuladas.

Neste momento da aula, os alunos discutiram os textos propostos para leitura, fizeram perguntas a seu respeito e ponderaram questões tendo por base o caso discutido em sala. Dentre as questões levantadas pelos alunos, estavam principalmente uma possível pressão midiática e popular sobre o julgamento dos ministros, que se encontravam cada vez mais expostos ao crivo da opinião pública. A decisão tomada pelo STF foi vista pelos alunos como uma decisão política em que o órgão máximo do Poder Judiciário evitou um embate com o Poder Legislativo ao manter a decisão por eles tomada no processo de *impeachment*, ainda que fosse possível sustar seus efeitos mediante análise técnico-jurídica. Ao mesmo tempo, algumas opiniões dos alunos alertaram ao fato de que, se estivessem na mesma época e situação em que os ministros do Supremo se encontravam, dificilmente tomariam postura diferente.

No encerramento da aula, dois argumentos levantados geraram bastante reflexão entre os demais alunos. O primeiro se referia ao aumento de poderes do STF: o caso representaria à época um indício de que o Supremo poderia decidir o quê, como e em que momento tomar determinada decisão - um poder que só aumentaria a partir, principalmente, de suas demandas e julgamentos. O segundo estaria relacionado às causas motivadoras de um *impeachment*, o que permitiu que os alunos chegassem à conclusão de que não havia razões técnico-jurídicas para um *impeachment* do então Presidente Collor, assim como não teria à época da discussão razões para um *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Na visão dos alunos, havia um equívoco em uma das pautas dos movimentos sociais e políticos ocorridos no Brasil: a pressão política, midiática e popular deveria centrar esforços em um pedido de renúncia, e não de *impeachment*.

O resultado da primeira aula foi bastante satisfatório pois, além das questões técnicas e jurídicas que envolviam o deslinde do caso, outras questões – e não menos importantes -, foram também levadas em consideração no decorrer da aula, o que permitiu imprimir a mesma dinâmica nas aulas seguintes. Alguns alunos me procuraram ao final da aula para continuar comentando algumas das questões discutidas em sala. Dentre eles, uma aluna bastante participativa que se dizia neta de um militar reformado e que afirmava conhecer um coronel que havia participado da ditadura militar. Sugeri levá-lo à próxima aula, momento em que discutiríamos tema próximo de seu interesse. E, na impossibilidade de seu comparecimento, se disponibilizou para colher com ele depoimentos ou argumentos que contribuiriam ao debate em sala de aula. Sugeri que ela ficasse à vontade para qualquer uma das duas hipóteses, mas que a discente não se vinculasse a nenhuma delas, a fim de não gerar qualquer (quebra de) expectativa perante os colegas de classe.

Na aula seguinte, o caso a ser discutido era o da Lei da Anistia – ADPF n.º 153, a partir do seu relatório, além do texto “Judiciário: entre justiça e a política”, de Rogério Bastos Arantes, cujos

temas a serem discutidos eram “Princípio democrático. Princípio Republicano. Comissão da Verdade: função e limites do poder de investigação”. A mesma dinâmica foi impressa a esta e demais aulas. Após a manifestação do relatório e voto de aluno que representava o Ministro Relator e votos de alguns outros alunos, foi instaurado mais um debate a partir das interpelações de cada um deles. A aluna que, na aula anterior, havia sugerido levar um coronel reformado participante do regime militar instaurado no Brasil entre 1964-88 não conseguiu levá-lo, mas apresentou um texto que continha um depoimento dele com vários argumentos favoráveis ao regime militar que, por consequência, defendia a recepção da lei da anistia pela Constituição Federal de 1988.

Em todas as suas participações em aula, a aluna se referia à pesquisa feita e trazida por ela como um argumento superior aos demais. Em alguns momentos chegava a afirmar: “Mas este é um depoimento de quem viveu aquela época, como não lhe dar créditos?” Os seus colegas de classe retrucavam no sentido de ele ser um militar e estar defendendo sua corporação, suas atividades, seu ponto de vista. Para a aluna, que tinha um pai militar e convivia em meio de militares, a lei da anistia era algo completamente coerente, pois extinguiu a punibilidade de quem havia cometido supostos crimes militares durante o período de 1964-88, principalmente por estarem respeitando e seguindo ordens. Para outros alunos, era uma lei que desrespeitava os direitos de quem havia sofrido torturas, além de perpetuar um dano na vida de familiares que tiveram perdas nesse período.

Ao ser confrontada, a partir dos argumentos constantes nos textos e depoimentos que levou para sala de aula, essa aluna se sentiu um pouco desprezada pelos colegas por não estarem “percebendo” como as informações que ela havia levado para sala não estavam sendo vistas como fundamentais à resolução do caso concreto. Isto é, a proximidade e convivência com militares podem ter estimulado nessa aluna a visão de uma autoridade no argumento daqueles que viveram a época do regime militar em relação a assuntos que lhes eram conexos. Com esta peculiaridade e após o debate na sessão simulada, foi sugerida nova votação sobre o caso e a aluna citada nesta aula teve seus posicionamentos e voto vencidos, o que pode ter contribuído com uma queda no empenho desta aluna ao longo de toda a disciplina ao diminuir consideravelmente suas participações e não demonstrar mais interesse ou empolgação nas discussões travadas em sala de aula como o fazia antes.

Na aula seguinte foi introduzida uma discussão sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estar ampliando os seus poderes a partir dos votos proferidos por seus ministros por meio de argumentação e interpretação tipicamente constitucionais. O caso “Raposa Serra do Sol”, que teve grande repercussão na doutrina jurídica devido o voto com condicionantes proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito aguçou a discussão acerca do aumento dos poderes dos ministros

do STF por suas próprias decisões. Essa aula, com o seminário sobre os textos “Supremocracia”, de Oscar Vilhena Vieira, e “Dezessete anos de judicialização da política”, de Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles reacenderam a discussão acerca dos limites e possibilidades dos ministros do STF no exercício da função que a Constituição Federal de 1988 lhes concedera.

A aula foi igualmente bastante participativa, com o destaque à citação e referência de diversos autores brasileiros e estrangeiros que discutem o comportamento dos magistrados, em especial, dos ministros da Suprema Corte. Todos os textos e autores citados faziam referência a estudos realizados a partir da leitura de decisões judiciais, capazes de determinar o comportamento político de julgadores a partir principalmente da ideologia predominante em cada um dos indicados pelo chefe do Poder Executivo para assumir a Suprema Corte. O que demonstrava interesse e atualidade na discussão do tema pelos alunos, mas que limitava a discussão tão somente à análise do processo decisório, delimitando apenas um campo de pesquisa capaz de relativizar o suposto “comportamento político” dos magistrados no ato de julgar.

E, dentre as discussões travadas em sala de aula, uma se destacou: a possibilidade de ministros do STF promoverem uma “reforma silenciosa” da Constituição, ampliando seus poderes, a partir do suposto reconhecimento de fatos capazes de disfarçar como mera observação da realidade algo que, na verdade, é uma transformação dessa realidade de acordo com as suas próprias preferências. O argumento capaz de relativizar esse raciocínio foi o da incorporação de pesquisas empíricas às práticas judiciárias dos ministros do Supremo que permitissem uma compreensão maior da realidade social, reflexões mais bem desenvolvidas a partir das próximas aulas com a discussão e demonstração de pesquisas que confrontassem a evidência acima.

Antes de entrarmos numa segunda fase da disciplina, com a incorporação de discussões que aproximassem o Direito da empiria, foi feito um seminário sobre o texto “O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica”, de Roberto Kant de Lima e Barbara Lupetti (2012), oportunidade em que foi discutido o contraditório como característica inerente ao estudo do Direito, assim como a disputa, o conflito, o reconhecimento de autoridade em argumentos defendidos por doutrinadores e detentores de profissões jurídicas tradicionais (advogado, promotor, juiz, defensor público, procuradores, dentre outros) e a incapacidade de tais características refletirem a realidade social, devido principalmente a necessidade do jurista em superar o argumento de seu adversário como forma de produção de uma verdade.

Essa aula foi capaz de proporcionar aos alunos um estranhamento necessário ao campo jurídico, de modo a visualizar o espaço dos tribunais como um campo de disputa pelo conhecimento

jurídico, capaz de dar especial enfoque ao conflito existente na busca por superação de teses, ignorando inclusive os fatos, o caso concreto, a realidade social. Desse modo, os alunos começaram a se atentar à elaboração de argumentos jurídicos sem qualquer aproximação fática, mas carregados de doutrina e interpretação, afirmando inclusive de modo intuitivo como a realidade é ou funciona. Algumas decisões dos ministros do STF começaram a ser questionadas pelos alunos como formas de manipulação da realidade social a partir de suas preferências, necessitando, algumas delas, de pesquisas empíricas que ao menos confirmassem suas impressões.

Iniciada a segunda fase do curso, a sessão simulada teve como caso o referente ao suposto desuso da competência do Senado, constante no art. 52, X, da Constituição. Na hipótese, discutia-se a possibilidade de, devido a um desuso de tal competência argumentado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo deixasse de observá-la para tomar para si tal postura. Isto é, sob uma alegada mutação do texto constitucional, o min. Gilmar Mendes entendeu uma mudança de sentido do texto, defendendo a necessidade de ser compreendido que a competência do Senado constante no texto não é a de suspender a eficácia de normas declaradas inconstitucionais no controle difuso de constitucionalidade, como diz o texto, e sim de atribuir mera publicidade às decisões do Supremo. Na hipótese sugerida pelo Min. Gilmar Mendes, as decisões tomadas pelo plenário do Supremo, no controle difuso de constitucionalidade, teriam efeitos que atingiriam a todos os órgãos judiciais e administrativos e jurisdicionados.

Durante a sessão simulada, foi atribuído destaque à argumentação empírica do Min. Gilmar Mendes ao alegar que o Senado Federal não utiliza mais essa competência. E, a principal discussão entre os alunos era: como utilizar um argumento empírico sem a realização de uma pesquisa?

Após a sessão, foram discutidos os seguintes textos no seminário: “Mutações à brasileira: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição”, além de trechos selecionados do livro: “STF e mutação constitucional: a ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões”, ambos de minha autoria. No texto, é realizada uma pesquisa documental quantitativa acerca do uso ou não da competência constante no art. 52, X, da Constituição pelo Senado Federal, onde é percebido que o Senado utiliza tal competência quando é provocado a fazê-lo. O Supremo Tribunal Federal, que possui a competência de comunicar o Senado quando proferida uma decisão plenária no controle difuso de constitucionalidade, não o faz, descumprindo inclusive o seu Regimento Interno.

Os textos acima geraram diversas reações nos alunos. Uma delas foi: “Mas eu fiz um curso no IDP e o Min. Gilmar falou diferente (...)”. Dentre outras: “O STF toma uma competência conferida pelo Poder Constituinte Originário para si por meio de retórica e interpretação”; “Sem

fazer pesquisa, fica difícil saber se o que eles (os ministros) falam é verdade ou não”. O fato destacado dessa aula foi o alerta registrado à necessidade de aproximação do Direito a outras áreas do saber a fim de compreender melhor o seu próprio campo. E, assim, evitar que o fato, a realidade social seja ignorada a partir do uso frequente e sofisticado da retórica, argumentação, interpretação e teses jurídicas distantes do conhecimento da realidade a que fazem referência.

Esse momento do curso gerou um suposto nivelamento na turma: os alunos dos períodos mais avançados, apesar de terem acesso a mais teses jurídicas, autores e argumentos, encontravam-se cada vez mais distantes da análise dos fatos, concentrando todos os seus esforços em definir o *dever ser*, ao mesmo tempo em que ignoravam o *ser*, preocupação cada vez mais notada nos alunos dos períodos iniciais. Claramente o desconforto dentre os alunos de períodos mais avançados tornava-se cada vez mais frequente. As sofisticadas retóricas e teses jurídicas estavam sendo questionadas por alunos que demonstravam a necessidade de realização de estudos e pesquisas a fim de melhor conhecer alguns fenômenos a serem discutidos pelo Poder Judiciário, inclusive chegando a conclusão de que não cabia a ele definir e resolver alguns conceitos e controvérsias.

Antes de iniciarmos o último módulo do curso foi realizado um seminário sobre o texto “O que é a realidade?”, de João Francisco Duarte Junior, em que as questões levantadas na aula anterior eram mais bem discutidas, como: a que realidade estamos fazendo referência?; quais os seus atores sociais?; que interpretação devemos oferecer à realidade social: a oriunda da experiência prévia e particular de quem a observa ou a que os próprios atores desejam imprimir a ela?; dentre outras questões. Assim, foi possível abriremos o último módulo do curso, capaz de levar à realidade dos alunos um caráter mais interdisciplinar ao estudo e compreensão do direito constitucional brasileiro.

No último módulo, foram discutidos casos que demandavam algum tipo de estudo e pesquisa ou possuíam algum já realizado a seu respeito. O primeiro a ser discutido nesse novo módulo foi o conhecido como “Caso Ellwanger” – HC n.º 82.424/RS, Rel. min. Moreira Alves, onde foi amplamente debatido o conceito de raça pelos ministros do Supremo. No seminário correspondente à mesma aula, foram debatidos trechos da tese de doutorado de Cristina Gomes Campos De Seta, intitulada “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal”. Mas, há consenso na construção das decisões do Supremo Tribunal Federal?”. Na oportunidade, os alunos utilizaram a sessão simulada para debater o conceito de raça e, definir se, o autor das publicações de livro - com declarações antissemitas - eram passíveis ou não de punição. Em determinados momentos do debate, os alunos se atentavam à necessidade de buscar nos próprios judeus como eles se enxergavam: como raça ou não.

O seminário foi iniciado com a seguinte indagação do grupo que o apresentava: “há consenso mesmo na decisão unânime?” E o debate tramitou em torno da discussão travada pelos próprios alunos na sessão simulada. Um dos integrantes do grupo, disse: “Discutimos tanto tempo o conceito de raça que não definimos as motivações da decisão final que tomamos”. E esse foi o retrato da aula: os alunos discutiram no seminário como a disputa por teses foi capaz de ignorar a motivação da decisão judicial, considerando a pluralidade de fundamentos tecidas por cada um dos ministros em seus votos e a não vinculação deles à decisão de mérito. A partir daí, foi questionada a ideia de que o consenso por um posicionamento na decisão final representaria também o fundamento desta mesma tomada de decisão. No caso discutido na sessão simulada, por exemplo, Ellwanger foi condenado ao cometimento do crime de racismo, mas por motivações completamente diferentes. O que fez com que os alunos, ao serem indagados sobre o fundamento da decisão que condenou o autor do livro contendo publicações anti-semitas, não soubessem o quê responder.

No caso seguinte, a sessão simulada teve como caso gerador o reconhecimento da união homoafetiva – ADI n.º 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, em que se discutiu a possibilidade de extensão dos direitos civis aos companheiros homoafetivos. A manifestação de posicionamentos dos alunos durante o debate teve um pouco mais de cautela por parte de alguns. Uma frase ilustra bem esse fato: “Quero destacar que eu não sou contra a união homoafetiva, muito ao contrário. Mas a Constituição e Código Civil dizem outra coisa. Pelo disposto na norma, família é composta por homem e mulher.” A declaração desse aluno gerou desconforto em diversos colegas de classe, iniciando um debate sobre igualdade e reconhecimento. Por outro lado, os alunos que evitavam esse tipo de debate, teciam considerações principalmente por vias interpretativas. E, apesar de pesquisas de opinião revelarem que o público brasileiro é bem dividido sobre o tema, no momento de votação para conhecermos a decisão final deles, assim como no Supremo, o reconhecimento da união homoafetiva foi unânime.

No seminário, foi discutido o texto “Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro”, de Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes, em que os autores fazem uma revisão de literatura sobre a teoria do realismo jurídico, além de um ensaio sobre o modelo atitudinal, onde o comportamento judicial dos tomadores de decisões pode ser influenciado por suas ideologias políticas, fator levado em consideração inclusive no momento da indicação presidencial para o cargo de ministro da Suprema Corte. Dois aspectos mereceram destaque a partir da discussão sugerida pelo texto: (i) é possível determinar um comportamento por meio da leitura de decisões judiciais?; e, (ii) se a ideologia é um fator capaz de determinar posicionamentos, como alguns

ministros reconhecidamente religiosos manifestaram votos favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva?

Durante o debate em sala de aula, as questões acima permitiram uma reflexão nos alunos: ministros podem se sentir constrangidos a votar de determinada forma provavelmente por influência midiática, da opinião pública ou grupos sociais com força política, tendo em vista a construção de uma legitimidade democrática ou até mesmo o esforço em garantir a efetividade de suas decisões.

As questões acima foram essenciais para a disciplina, pois demonstravam um aumento de maturidade da turma capaz de estabelecer um estranhamento com o objeto em análise – o Supremo Tribunal Federal. Isto é, os alunos começavam a entender aquele órgão e julgadores como algo não sagrado (Silva; e Wang, 2010), passível de questionamentos e necessitando de estudos e pesquisas que pudessem fazer análises mais sofisticadas sobre o seu funcionamento. Aos poucos, ministros e autores que antes eram idolatrados por alguns alunos deixavam de ser para eles uma autoridade ou referência, passando a ser alvo de desconfiança e questionamentos.

Em novo encontro com os alunos, foi realizada uma dinâmica diferente: antes de discutirmos na sessão simulada a interrupção de gravidez de feto anencefálico – ADPF n.º 54, Rel. Min. Marco Aurélio, foi feita a simulação de uma audiência pública sobre o tema. Alguns alunos foram organizados de modo a representar os interesses de alguns grupos sociais, como médicos e cientistas, religiosos, juristas e feministas. Cada um dos representantes dos grupos sociais listados apresentou um parecer com vistas a, além de esclarecer questões sobre o tema, definir o posicionamento do grupo que representava. O objetivo era oferecer argumentos aos alunos que representariam os ministros do STF na sessão simulada. Para tanto, a audiência pública ocorreu em uma aula específica a esse fim e, a sessão simulada e seminário, na aula seguinte.

Durante a manifestação dos alunos na simulação da audiência pública, por estarem defendendo posicionamentos bem diversos, o debate foi constante, com a demonstração de dois eventos: o apego por alguns alunos ao posicionamento defendido e o desprezo de alguns pelos argumentos alheios, além da tentativa de desvinculação aos papéis assumidos no debate por outros alunos. Enquanto alguns alunos demonstravam acreditar na pesquisa que estavam apresentando, refutando todos os argumentos que lhe fossem contrários na tentativa de vencer a disputa pelo conhecimento, outros faziam declarações no sentido de que a pesquisa apresentada não representava o seu posicionamento. Estes últimos pouco eram confrontados pelos colegas e participavam menos do debate. O principal fato a ser destacado nesta dinâmica pode ser representado pela fala de um aluno, que afirmou: “F., não esperava que você defendesse isso.” A surpresa e possível decepção desse aluno se justifica a partir da amizade e convivência que estabelecia com o colega de classe,

sempre andando juntos e realizando trabalhos em grupo. Assim, os alunos começavam a viver na prática alguns dos conflitos vividos pelos próprios ministros do Supremo, como: a manifestação de determinado posicionamento pode também estar atreladas às relações socialmente estabelecidas.

Na prática simulada, os alunos centralizaram a discussão não apenas onde começava a vida, para determinar a existência ou não do aborto, mas no direito à liberdade do próprio corpo que a mulher tem ou deveria ter. Mas, a reflexão mais intensa neste encontro foi destinada aos seminários, com o texto “O Supremo Tribunal Federal e as audiências públicas”, de Juliana Livia Antunes da Rocha. A autora faz um estudo acerca de todas as audiências públicas já ocorridas no STF e aponta em que casos alguns dos argumentos levantados nas audiências foram considerados pelos ministros nos votos por eles proferidos. A partir dessa reflexão, os alunos perceberam que, assim como os ministros do STF, poucos levavam em consideração os argumentos apresentados na audiência pública devido principalmente a liberdade que cada ministro possui para elaborar seu voto e apresentá-lo já finalizado na sessão de julgamento, antes mesmo de ouvir as sustentações orais (quando existem) das partes envolvidas no caso. Assim, discutiu-se a possibilidade do sistema brasileiro de organização e funcionamento da Suprema Corte proporcionar esse evento ao estabelecer as discussões e deliberações às portas abertas, onde os ministros precisam demonstrar diante do público uma eloquência em sua argumentação e raciocínio a fim de garantir a credibilidade da instituição.

Dentre outros encontros que ocorreram, vale destacar outros três. O primeiro deles, se refere à discussão acerca do Fundo de Participação dos Estados – ADI n.º 1.987, Rel. Min. Gilmar Mendes, hipótese em que os ministros do Supremo tiveram que, na ausência de uma lei, definir o critério de rateio para a distribuição dos recursos acumulados no fundo de arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados para os Estados brasileiros – art. 152, I, da Constituição Federal. Nesse caso, os ministros do Supremo determinaram um prazo para o Congresso Nacional editar lei definindo os critérios de rateio, sob pena de os próprios ministros criarem uma comissão para fazê-lo. Passado o prazo e não enviada a proposta de lei que regulamentasse a distribuição de recursos do fundo, o Supremo concedeu novo prazo ao Congresso Nacional para fazê-lo.

Na oportunidade, foram discutidos reportagens e trechos do livro “Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais; a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?”, escrito por Rodrigo Brandão (2012). As discussões foram centradas na preocupação que um órgão como o STF tem em garantir a efetividade de suas decisões, ainda que para isso tenha que adotar posturas não condizentes com o caráter do órgão, como criar a comissão para definir os critérios de

rateio do fundo, ou ceder para que sua decisão não seja desrespeitada, como o fez concedendo um prazo maior para o Congresso editar a lei. Essa preocupação denunciada pelas duas posturas narradas, para os alunos, foi vista também com uma adoção de medidas de manutenção de poder. Isto é, nas discussões travadas em sala de aula, os ministros do Supremo podem ter, no processo de tomada de decisão, a preocupação em terem suas decisões seguidas. Dar a última palavra sobre a Constituição não seria uma garantia dos ministros do Supremo, mas uma necessidade.

Em aula destinada tão somente à ocorrência de um seminário, foi discutido o texto “*Deciding without deliberating*”, de Virgílio Afonso da Silva, em que o autor discute a ausência de deliberação no Supremo Tribunal Federal. Isso porque a deliberação sugere uma única decisão tomada pela Suprema Corte, e o que ocorre no Supremo é um processo diverso: cada ministro profere um voto em sessão de julgamento e a decisão se dá à pluralidade e soma dos votos proferidos. Neste encontro foi discutido com os alunos como a organização e o funcionamento do STF se diferem de outras Supremas Cortes, em que a discussão é aberta, mas com a deliberação ocorrendo em sessão fechada. Para alguns alunos, a deliberação ocorrer em sessão fechada poderia ser uma medida que desvinculasse o magistrado de algum posicionamento, pois nunca saberíamos quem votou em quê; outros alunos afirmaram que deliberar às portas abertas era uma medida de exposição ao magistrado brasileiro por divulgar suas opiniões diante de todos, inclusive vinculando-o ao posicionamento proferido e permitindo uma previsibilidade de votos em situações futuras semelhantes. O que poderia ser ilustrado por uma frase de um aluno: “Aqui [no Brasil], um ministro não conseguiria atuar sem conceder entrevista, dar palestras ou ir às ruas sem ser notado. Para ele, isso representaria pouco poder”.

Por fim, destaco a discussão do caso conhecido como “mensalão” – AP n.º 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Nesse caso, a discussão ficou centrada na utilização ou não da teoria do domínio do fato, utilizada por alguns ministros do STF para fundamentar seus votos que condenaram alguns indiciados. Nesta aula, o debate teve participação maior dos alunos de período mais avançado na graduação, principalmente devido à motivação da existência de uma discussão de cunho mais teórico. Entretanto, no seminário, onde foram discutidos o texto “A teoria do domínio do fato e a autoria colateral”, de Cezar Roberto Bitencourt, além de entrevista e reportagem com o jurista alemão Claus Roxin, principal liderança da teoria do domínio do fato, o debate sobre a utilização de uma teoria estrangeira no direito brasileiro foi bastante intenso. Isso porque, a teoria foi bastante utilizada dentre alguns ministros do Supremo e, após o jurista Claus Roxin visitar o Brasil e afirmar que a teoria não seria aplicada ao caso brasileiro, alguns alunos passaram a questionar a

aplicabilidade de uma teoria importada ao direito brasileiro sem uma adequação à sua realidade social.

As dinâmicas, interações e reflexões destacadas neste tópico foram fundamentais para ser iniciada, em final de curso, uma discussão acerca do processo de construção do direito constitucional brasileiro (Santos; e Silva, 2015) e, conseqüentemente, de como o seu ensino nas universidades é conduzido, questões que serão mais bem discutidas no tópico seguinte.

### **3. A SALA DE AULA COMO UM RETRATO DO ENSINO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

A experiência narrada no tópico anterior nos permite diversas reflexões a respeito do ensino do direito constitucional. Antes de discutirmos cada uma delas é preciso destacar que a disciplina criada e oferecida para a graduação em Direito foi feita nos moldes de uma atividade complementar eletiva, hipótese em que os professores fazem uma opção clara no modo de ministrá-la: ênfase no método proposto ou aprofundamento em assunto específico. A opção escolhida para a disciplina foi uma mistura a partir da proposta de relativização e estranhamento de temas e teses próprias do direito constitucional por meio de um método crítico-participativo (Ghiraldelli Junior, 2000). O resultado foi um olhar especial para a forma como o direito constitucional brasileiro é estudado e ensinado nas salas de aula das graduações em Direito do país.

Dentre os objetivos da disciplina estavam o estímulo e desenvolvimento das competências crítica e argumentativa dos alunos. E um dos principais óbices a esse processo era lidar, durante as aulas, com casos já apreciados e decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Devido a esta ocorrência, ficou estabelecido que para as sessões simuladas os alunos teriam acesso apenas ao relatório de cada um dos processos discutidos em sala de aula. Isto é, a partir da descrição dos casos, os alunos eram estimulados a refletir situações e teses que poderiam ser utilizadas para resolver as questões por eles demandadas. E aqueles que recorressem ao material extraclasse para conhecer as razões e teses jurídicas manifestadas pelos ministros do Supremo em seus votos estariam, por outro lado, desenvolvendo as habilidades de pesquisa e leitura.

Como consequência, durante as aulas surgiam não apenas questões mencionadas e enfrentadas pelos ministros do Supremo, mas principalmente questões sequer lembradas pelos ministros em seus votos e que poderiam contribuir à compreensão e deslinde do caso concreto. Além disso, a discussão intensa sobre o fato que originou a demanda e permitiu que ela chegasse a ser apreciada pelo STF foi uma das características marcantes nos debates em sala de aula.

O exemplo acima é capaz de demonstrar uma das formas em que o ensino do direito constitucional é conduzido nas salas de aula brasileiras: os alunos estão acostumados a não refletirem alternativas à resolução de problemas quando os ministros do Supremo já tenham se manifestado a respeito, porque o posicionamento da mais alta corte judiciária do país supostamente representa em si um argumento hierarquicamente superior aos demais. E, quando estimulada à reflexão nos alunos, por meio do estudo e problematização do caso concreto, ainda que deficiente de argumentos técnicos ou sofisticados, os alunos alcançam possíveis soluções ao seu deslinde que, por vezes, se aproximam inclusive aos alcançados pelos ministros do Supremo. Esse cenário nos permitiria compreender o Direito como um campo estruturado para que apenas “pessoas autorizadas” afirmem como ele funciona, transmitidas principalmente a partir de livros e manuais. O objetivo é a reprodução do conhecimento de autoridades no assunto, de modo a ser repassado ora sem questionamento ora como um argumento hierarquicamente superior aos demais criando, assim, uma “verdade irrefutável” (Luppetti, 2010).

O processo de construção de uma autoridade no Direito parece ser simples: um autor escreve sobre um determinado tema e apresenta uma tese jurídica capaz de aparentemente pôr fim a um conflito. A tese criada possui vasta pesquisa bibliográfica, apresentando diferentes redes de autores: autores mais tradicionais, autores que ocupam ou ocuparam profissões tradicionais no Direito (ministro, juiz, advogado, dentre outros), autores mais contemporâneos, dentre os quais, vários acadêmicos. E, no Direito, quem cita muitos autores demonstra domínio de conhecimento no assunto. Assim, esse autor, reproduzindo teses de outros autores, reinterpreta determinado fenômeno, cria novo entendimento e ele passa a ser difundido no campo jurídico como uma nova verdade. Esse “novo” entendimento passa a ser reproduzido e pouco questionado até ser considerado referência no assunto. Desse modo, autores que se tornam referência no Direito não são aqueles que apresentam um saber bem estruturado por meio de uma pesquisa, e sim aqueles mais bem difundidos, onde suas teses são repetidamente citadas por outros autores.

Neste sentido, se destaca a expressão “doutrina jurídica”, em detrimento inclusive da categoria “teoria”. No Direito, os autores que se tornam referência são tratados como doutrinadores, e não como teóricos, pois estes assumem a possibilidade de superação de determinado entendimento formado, diferente do que ocorre com a doutrina. Vejamos explicação de Edgar Morin sobre o tema:

*É preciso ensinar a diferença entre teoria e doutrina. Uma teoria, científica ou não, é viva na medida em que é capaz de responder a suas críticas por uma argumentação pertinente ou coerente, na medida em que ela pode dar conta dos fatos objetados, eventualmente modificando-se pela integração dos mesmos.*

*Quando for demonstrado que ela cessa de ser pertinente, ela aceita a própria morte. O que é próprio a uma teoria científica ou, simplesmente, viva é que ela é biodegradável. Enquanto uma doutrina recusa a morte fechando-se aos argumentos contrários, sempre referindo-se ao pensamento infalível do seu fundador (Morin, 2011, p. 251).*

Isto é, para os autores que se tornam referência no Direito é fundamental o reconhecimento como doutrinador, e não como teórico. Esse processo não lhe garante apenas *status*, mas também a certeza de que a sua tese permitirá que o seu nome continue a ser referência no cenário jurídico, independente de mudanças na própria realidade social, pois a sua tese é determinadora de como a realidade deve ser. Daí o chamado “argumento de autoridade” (Kant de Lima, 2010), onde autores consolidam um entendimento sobre determinado fenômeno, tomando-lhes como verdade e sendo inclusive inquestionáveis. O processo acima se assemelha à produção de dogmas, responsáveis por estruturar o campo jurídico, não permitindo o contato dos juristas com categorias como “relativizar”, “estranhar”, “desnaturalizar”, dentre outras capazes de permitir uma compreensão maior do funcionamento do campo jurídico por meio do conhecimento e aproximação da realidade social (Luppetti, 2010).

A lógica descrita pode ter como exemplo o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro, responsável por analisar leis e atos normativos face à Constituição Federal, hipótese em que os ministros do Supremo buscam se afastar do funcionamento da realidade social para ponderar a adequação de teses no sistema jurídico vigente. A disputa por teses sem reflexão ou conhecimento acerca da realidade social citada é reproduzida nas salas de aula, onde o vencedor do debate não é aquele que mais aproxima o seu conhecimento do funcionamento da realidade social, e sim o que apresenta domínio do maior número de autores que escreveram a respeito, reproduzindo o seu conhecimento e lhe atribuindo o *status* de ser hierarquicamente superior aos argumentos apresentados pelos demais colegas.

Na disciplina proposta, a dinâmica das sessões simuladas representava esse momento de disputas por teses, momento em que acalorados debates sobre teses jurídicas eram travados por alunos, com demonstração de satisfação por aqueles que conseguiam superar o argumento do colega e supostamente se tornar vencedor no debate. O que demonstra que a base do Direito é o conflito, mas não apenas o causado por dinâmicas da vida social, mas também pelo travado por teses jurídicas capazes de determinar como “deve ser” a vida social. Ou nas palavras de Cardoso de Oliveira: “A rigor, a retórica do contraditório, estruturado como uma competição onde persuasão e elucidação (empírica) estão totalmente dissociadas, sugere que os fatos têm um peso muito pequeno no desfecho dos julgamentos. (2011: 453)”. Para estabelecer esse estranhamento proposto e

conhecimento maior acerca dos fatos capazes de compor a realidade social, a segunda parte da disciplina foi proposta, demonstrando aos alunos a forma como o direito é estruturado, como o direito constitucional brasileiro é discutido nas salas de aula e, assim, compreendermos melhor o funcionamento do campo jurídico.

O primeiro estranhamento estabelecido pelos alunos foi o acesso à leitura obrigatória e complementar. Os textos selecionados para leitura eram em sua maioria artigos acadêmicos, publicados em periódicos, apresentados em congressos representativos da área, frutos de pesquisas empíricas realizadas no âmbito de um mestrado ou doutorado. Os textos apresentavam uma reflexão de relativização ao campo jurídico, em seus diferentes aspectos de funcionamento, buscando compreender a realidade social em vez de reproduzir dogmas e teses jurídicas. Um novo diálogo estava sendo estabelecido, principalmente por meio de uma nova leitura acerca dos livros e manuais de direito, a partir dos novos textos e autores a que estavam tendo acesso. Logo, o ensino manualizado do Direito, em que apenas “pessoas autorizadas” (Luppetti, 2010) podem disputar o conhecimento jurídico (Bourdieu, 1998), passava a ser relativizado pelos próprios alunos como uma forma de empoderamento do discurso jurídico a partir da criação de dogmas e doutrina seguidos de uma reprodução irrefletida.

Além disso, outro tipo de abordagem ganhou destaque: a forma como os livros e manuais de direito constitucional organizam o estudo da disciplina. Alguns dos livros e manuais conhecidos pelos alunos sistematizam a disciplina a partir da criação e estrutura (títulos, capítulos, artigos) das constituições brasileiras. O direito constitucional brasileiro é ensinado nos livros e manuais, e reproduzido nas salas de aula por quem os utiliza como principal referência, a partir principalmente da explicação acerca da aplicabilidade e alcance de cada uma das normas constantes nas constituições, apresentando modelos de como a realidade deve ser. No entanto, o modelo apresentado ignora parte das dimensões políticas e históricas capazes de conformar o contexto ao qual o texto foi escrito (Bourdieu, 2002), dissociando-os inclusive do estudo da disciplina.

Em texto escrito por Miaille (2010), é relatada uma experiência do autor ao ministrar na graduação em Direito o curso de Direito Constitucional, no qual destaca que o ensino da disciplina não é apenas uma disputa teórico-pedagógica, mas também política. Isto é, o estudo e ensino do direito constitucional se dissociado do projeto político contextual seria mais difícil de ser compreendido.

Essa aproximação fundamental do Direito com a Política, atribuindo-lhe um caráter mais interdisciplinar é pouco notado nos livros e manuais de Direito, o que é amplamente discutido nos artigos disponibilizados para leitura obrigatória e complementar das aulas propostas. E,

consequentemente, os alunos começaram a perceber que a interdisciplinaridade proposta pelos autores e pesquisas trabalhadas no curso permite que os alunos visualizem o Direito não apenas em sua dimensão normativa (estudo de documentos normativos), mas também enquanto prática.

Outro aspecto notado, ainda sobre os livros e manuais de Direito, é a forma como o olhar atribuído à realidade social é conduzido, sem apresentação de qualquer elemento empírico. Ou seja, os autores de Direito apresentam sofisticados argumentos e teses jurídicas para dizer como a realidade é quando, na verdade, tentam mascarar o desejo e imposição de como ela deve ser a partir de suas próprias preferências, o que é feito por meio de argumentação retórica, irrefletida e com referência às autoridades por eles identificadas.

A interdisciplinaridade proposta, vista não apenas como necessária, mas fundamental por Miaille (2010) na experiência por ele narrada, foi acompanhada do contato com alguns autores até então desconhecidos pelos próprios alunos, mas com experiência e ênfase na pesquisa em Direito. O que permitiu ao menos nos alunos dos períodos iniciais da graduação a percepção de que diversos deles nunca haviam tido acesso a pesquisas sobre direito constitucional que não fossem doutrinárias, ainda que seus professores fossem mestres e doutores.

Esse último fenômeno percebido pelos alunos representa outra importante questão a ser refletida no ensino do Direito: parte dos professores mestres e doutores que compõem o quadro das graduações em Direito não realizaram, realizam ou orientam a realização de pesquisa que não seja bibliográfica. O que parece algo completamente contrário ao proposto pelos programas de pós-graduação *stricto sensu*. Deveria ser coerente a afirmativa de que todo professor-doutor é também um pesquisador e, consequentemente, habilitado a ministrar disciplinas de metodologia, realizar e orientar pesquisas. Mas, diante de nosso campo de análise, até mesmo professores doutores reproduzem saberes irrefletidos e distantes da realidade social em sala de aula.

No Brasil, a cultura dos professores-doutores nas salas de aula das graduações em Direito é recente, sendo intensificado pelo fenômeno de expansão dos programas de pós-graduação *stricto sensu* ocorrido principalmente a partir da década de 70 (Santos; e Silva, 2015), além da ampliação da oportunidade de internacionalização dos estudos. Este último fenômeno, estimulado pelo Centro de Estudo e Pesquisa no Ensino do Direito – CEPED, é destacado por Falcão (2012) ao explicitar o aproveitamento da formação obtida pelos profissionais que tiveram a oportunidade de fazer parte desse programa:

*Este programa incorporava os mesmos dois objetivos – formar modernos profissionais jurídicos e jovens professores reformadores. Foi um conflituoso imenso sucesso. Conflituoso por que o jovem advogado com seu prestigiado diploma voltava ao Brasil convencido da tarefa de reformar o ensino, mas não*

*tinha onde trabalhar como professor. Inexistia mercado para professores inovadores em ensino jurídico. As faculdades brasileiras, públicas ou privadas, pagavam muito mal. Só havia a possibilidade de ser professor horista, com salários semi-inexistente. Professores de tempo integral, nem mesa nem cadeira para trabalhar tinham. Não havia condições físicas adequadas. Pesquisar nem pensar. Bibliotecas, raríssimas as atualizadas, na maioria eram particulares ou de escritórios de advocacia (Falcão, 2012, p. 147).*

O quadro demonstra a inexistência de um projeto de absorção dos profissionais que passaram por esse processo de internacionalização de seus estudos. Como consequência, alguns desses profissionais iniciaram carreira fora do Brasil, aproveitando a rede lá estabelecida, enquanto outros foram absorvidos por escritórios brasileiros que poderiam “bancaram a mão de obra qualificada”. Assim, esses profissionais passaram a utilizar os programas pós-graduação *stricto sensu* e o de internacionalização de estudos, juntamente do contato, experiência e formação diferenciada que possuíam para serem absorvidos por escritórios referências em determinadas áreas jurídicas, alcançando postos como sócios, advogado sênior, dentre outros.

Desse modo, criou-se a cultura de que a formação em pós-graduação *stricto sensu* (nacional ou no exterior) poderia funcionar como trampolim ao exercício de carreiras jurídicas tradicionais (advogado, juiz, promotor de justiça, procurador do estado e da república, defensor público, dentre outros), e não para a dedicação ao ensino e à pesquisa.

Esse processo pode ter contribuído à criação da cultura do mestrado profissionalizante em Direito ou da utilização do doutorado como impulso a uma carreira jurídica tradicional (Lira, 1996). Isto é, para os juristas criou-se a cultura de que a atividade principal dos pós-graduandos seria o trabalho prático, e não a academia, o que lhes garantiriam prestígio na carreira. Garantidos o prestígio e *status* esperados, o jurista buscava a academia como extensão e perpetuação de seu prestígio, reproduzindo nas salas de aula os conhecimentos adquiridos, fazendo seguidores e adeptos de sua ideologia e, conseqüentemente, legitimando seu *status* e prestígio. Daí a compreensão sobre o multiprofissionalismo no Direito: além de não investir o devido na mão de obra qualificada que busca (Adeodato, 1997) e estimular a acumulação de cargos e funções, capazes de transferir competências de uma atividade para outra devido as habilidades práticas e específicas requeridas por cada uma das diferentes profissões - advogado e professor, por exemplo (Geraldo, 2012), a academia jurídica tornou-se um espaço comum dessas trocas e complementações de habilidades.

A transposição do reconhecimento do trabalho prático dos juristas para as salas de aula parece ter também como objetivo a legitimação de um conhecimento particularizado, capaz de se tornar referência pelas teses desenvolvidas no seio de sua atuação profissional. É possível citar

como exemplo a inclusão recente no direito constitucional brasileiro da noção de direito subjetivo, categoria inicialmente incorporada ao direito civil. Com o aumento da especialização dos juristas, e principalmente após a Constituição Federal de 1988, surgiu no seio das disputas judiciais a noção de que os direitos constitucionalmente previstos possuíam aplicação imediata, permitindo que o cidadão brasileiro recorresse ao Poder Judiciário, se preciso fosse, para ter o seu direito garantido e promovido, tendo Luis Roberto Barroso (1990) como principal liderança desse movimento. A Constituição Federal passou a não ser mais entendida como uma carta indicativa de programas a serem seguidos pelo governo; uma vez ali estabelecidos, os direitos não promovidos poderiam ser questionados judicialmente e garantidos por decisão judicial.

A partir desse fenômeno, os juristas perceberam que a constitucionalização do discurso jurídico empoderava o seu argumento e lhe garantiria um pleito judicial. O que estimulou que diversas categorias jurídicas fossem constitucionalizadas, atribuindo aos juristas a necessidade de teorização ou racionalização das categorias trabalhadas. Esse processo permite um diferente fenômeno no direito constitucional brasileiro, podendo ser estendido a todo o ensino do Direito: a disputa pelo conhecimento travadas nos tribunais permite que novas categorias surjam como forma de superação do argumento alheio, estimulando primeiro o surgimento de categorias e, depois, a sua teorização, em vez de se buscar o funcionamento da categoria antes de utilizá-la.

O processo de constitucionalização do discurso gera ainda outra consequência: como o STF é o intérprete da Constituição e, conseqüentemente das “categorias constitucionalizadas”, ele passa a ser cada vez mais demandado a se manifestar neste processo, fixando entendimento e ampliando o seu poder a partir das decisões que profere, regulando inclusive o funcionamento de determinadas categorias (transcendência dos motivos determinantes, modulação dos efeitos, mutação constitucional, dentre outros exemplos). Nesse cenário em que ao mesmo tempo que o STF se torna arena de debates (Scheingold, 2004; e Rosenberg, 2007) e detentor da última palavra judicial sobre o que é o Direito (Brandão, 2012), juristas e STF passam a enxergar o órgão como algo sagrado, onde são definidas as mazelas da vida social, inclusive transformando-os em autoridades e não questionando os posicionamentos fixados.

Essa sacralização do Supremo é também reproduzida nas salas de aula, com alguns professores estimulando em seus alunos a percepção de que o correto e o defendido pelo órgão devem igualmente ser seguidos. A sacralização de uma instituição como o STF estimula o ambiente de disputas pelo direito de dizer o Direito (Bourdieu, 1998), pois aquele que possui uma tese vencedora e reconhecida por essa instituição sagrada recebe prestígio, eleva seu *status*, passa a ser citado, podendo tal entendimento virar inclusive um dogma.

Essas questões, enunciadas neste artigo, são fundamentais à compreensão do estudo e no ensino do Direito constitucional brasileiro, destacando importantes questões a serem refletidas, que não estão apenas restritas ao direito constitucional, mas a todo o processo ensino-aprendizagem do Direito. A disciplina proposta alcançou seu objetivo à medida que estimulou o estranhamento aqui sugerido, a relativização de saberes aparentemente consolidados e nativos aos juristas, a compreensão mínima de funcionamento do campo jurídico e o destaque à necessidade de interdisciplinaridade, produção do conhecimento e reflexividade a respeito das categorias, instituições, suas estruturas e funcionalidades. Além disso, foi possível trabalhar ainda temas de grande repercussão social, política e jurídica - próprios do direito constitucional, não se afastando do conteúdo da disciplina ao mesmo tempo que se estimulava diferentes habilidades e competências como a relativização de um saber já estabelecido e o estranhamento com o campo estudado.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS: REFLETINDO O ENSINO DO DIREITO...**

A criação da disciplina nos moldes aqui descritos permitiu inúmeras reflexões sobre o ensino do Direito a partir do olhar especialmente atribuído ao direito constitucional. Como exemplo, por meio da leitura obrigatória e complementar, além das dinâmicas, interações e reflexões ocorridas em sala de aula, a discussão sobre “como os ministros decidem” estimulou nos alunos a percepção acerca do empenho intelectual empregado pela doutrina jurídica em racionalizar comportamentos não observáveis, além da insuficiência de elementos para investigar o que a própria doutrina sugere como sendo a realidade social. Com a identificação de fatores institucionais e sociais, somados aos jurídicos, capazes de influenciar a tomada de decisão, como escolha de assessores, clamor popular, influência midiática, alto volume de processos e impossibilidade de atribuir especial atenção a cada um deles, dentre outras questões, os alunos perceberam a necessidade de readequação ao problema de pesquisa, como a mudança da pergunta feita por quem dedica estudos à análise do processo decisório: em vez de investigar “como os ministros decidem?”, seria mais adequado investigar “como as decisões são produzidas?”.

A mudança da pergunta no exemplo acima indica alguns efeitos que a abordagem do direito constitucional aqui proposta pode ter, como a distinção de como o campo jurídico é lido pela doutrina e como ele funciona ou como seus atores dizem que ele efetivamente é. Apenas a identificação desse cenário permite a compreensão de possíveis inconsistências no sistema de ensino do Direito no Brasil, e, porquê não, no sistema jurídico brasileiro.

Compreender o Supremo Tribunal Federal como um órgão não sagrado, atestar a falta de racionalidade jurídica no uso de categorias (constitucionais ou não), entender o processo de constitucionalização do discurso como meio de empoderá-lo e superar o argumento alheio, reproduzir teses como meio de legitimação de conhecimento técnico-jurídico, ser citado para aumento de prestígio e elevação de *status* na carreira, busca de referência nas profissões jurídicas tradicionais, leituras esquematizadas facilitadoras de estudo para concursos ou OAB, dentre outros, são alguns dos elementos que permitem a distinção de como o campo jurídico é lido e ensinado nas salas de aula para como funciona na sociedade, o que é fundamental para compreendê-lo e, conseqüentemente, estimular o seu ensino mais reflexivo nas salas de aula das graduações brasileiras.

O estranhamento, relativização e desnaturalização aqui sugeridos não são simples de serem realizados, existindo alguns instrumentos hábeis ao estímulo desse processo, como a pesquisa, por exemplo. A pesquisa deve ser vista como uma ferramenta capaz de proporcionar ao estudante de Direito o desenvolvimento de competências e aprimoramento de habilidades que atualmente são instrumentais ao saber; como a capacidade de conhecer o próprio meio ao qual está inserido e propor soluções singulares e adequadas às suas reais demandas. Para tanto, mais que observador, é preciso ser participante, características possíveis de serem desenvolvidas a partir do estímulo à produção de pesquisas no seio da universidade.

Isso porque a imersão no campo jurídico tão somente a partir da normatividade, conforme proposto pelo ensino tradicional do Direito, pode representar não apenas uma preparação e adequação às demandas do mercado de trabalho como as graduações em Direito argumentam, mas também uma postura pouco comprometida com a formação do estudante ao pouco priorizar o desenvolvimento de habilidades relacionadas à realização de pesquisas. Não se está afirmando aqui que as faculdades de Direito do país devessem oferecer, em sua formação, o desenvolvimento da capacidade de pesquisadores em seus alunos, além do oferecimento do “título” de juristas. Mas o compromisso a ser assumido na nova formação do estudante de Direito é o de possibilitar o aprendizado de uma ferramenta que contribua ao aprimoramento de habilidades específicas no estudante, como: a observação e compreensão da sociedade em que vivem.

O estímulo ao desenvolvimento de tais competências requer mudanças claras na metodologia de ensino de tais instituições, além do forte investimento no capital humano (professores-pesquisadores qualificados) e em sua infraestrutura (como grande acervo de consulta de livros e periódicos, salas de estudo, grupos de pesquisa etc.). A deficiência do ensino nas faculdades de Direito é capaz de comprometer todo o sistema jurídico devido à falsa impressão de

uma formação qualificada, quando o produto que se está oferecendo no mercado de trabalho é um profissional basicamente preparado para advogar em grandes e contemporâneas demandas.

Com vistas à possibilidade de proporcionar uma mudança estrutural no ensino do Direito, algumas questões devem imediatamente ser enfrentadas: (i) a possibilidade de maior abertura de diálogo com outras áreas do saber, como a política, economia, sociologia, antropologia, dentre outras; e (ii) o desenvolvimento de um novo pensamento na formação acadêmica do estudante de Direito a iniciar pelos projetos políticos pedagógicos das instituições de ensino, que não parecem ter um público alvo definido, tendo um descomprometimento singular com o ensino do Direito no país. Para uma melhora do estudo e ensino do direito no Brasil não basta decifrar e discutir pensamentos e ideias, é preciso conhecer, refletir, compreender e mudar práticas.

## REFERÊNCIAS:

ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito**. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito. n.º 8. Recife: UFPE. 1997. P. 201-224.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Tese de livre-docência na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1990.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.  
\_\_\_\_\_. **As condições sociais da circulação internacional das ideias**. In: Atos de pesquisa em Ciências Sociais, 2002. Tradução de Luiz Felipe Martins Candido.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis R. **A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos**. *Revista de Antropologia* volume 53(2) 451-473, 2011.

FALCÃO, Joaquim. **Reforma da educação jurídica: continuidade sem continuísmos**. In LACERDA, Gabriel, FALCÃO, Joaquim, RANGEL, Tânia (org). **A Aventura e Legado no Ensino Jurídico**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012, p. 138 – 161.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2014.

GERALDO, Pedro Heitor Barros. **O multiprofissionalismo à prova da instituição judiciária: Uma análise do processo de estigmatização dos juízes de proximidade em França**. In: III Seminário do Programa de Pós-graduação em Sociologia da UFSCAR, 2012, São Carlos. Sessões dos GTs, Comunicações orais e pôsteres, 2012.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **Didática e teorias educacionais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

**GLOSSÁRIO JURÍDICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 14.nov.2015.

KANT DE LIMA, Roberto. 1995. *Da inquirição ao júri, do trial by jury a plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada (Brasil/Estados Unidos)*. Tese para Professor Titular da Universidade Federal Fluminense.

\_\_\_\_\_. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada.** In Anuário Antropológico/2009 - 2, 2010: 25-51, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

LIRA, Ricardo Pereira. **Problemas e perspectivas da Pós-graduação na área do Direito.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 29; n. 29, 1996, p. 73-85.

LUPETTI, Barbara Baptista. **A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições.** Em, Kant de Lima, R., L. Eilbaum & L. Pires (orgs) *Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada (volume II)*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, p. 127-152. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2012.

MIAILLE, Michel. **Ensinar o direito constitucional: a crítica do direito à prova.** Traduzido do Francês por Fernando de Castro Fontainha. In: MONT'ALVERNE, Martonio; BELLO, Enzo. (Org.). "Direito e Marxismo". 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIAILLE, Michel; FONTAINHA, Fernando de Castro. **O ensino do Direito na França.** In Revista Direito GV 11, 6 (1), jan – jun/2010, p. 59 – 66.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

MORIN, Edgar. **A via, para o futuro da humanidade.** Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. São Paulo: Bertrand Brasil, 2011.

PERRENOUD, Philippe. **Construir competências é virar as costas aos saberes?** In *Pátio. Revista pedagógica* (Porto Alegre, Brasil) n° 11, Novembro 1999, pp. 15-19.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change.** 2 ed. Chicago, IL: The University of Chicago Press, 2007.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; e SILVA, Gabriel Borges. **Entre a academia e os tribunais: a construção social do direito constitucional brasileiro.**

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da; e WANG, Daniel Wei Liang. **Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias.** *In* Revista Direito GV 11, 6 (1), jan-jun/2010, p. 95 – 118.

SCHEINGOLD, Stuart A. **The politics of rights: lawyers, public policy, and political change.** 2 ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004.

---

**NOTAS:**

<sup>1</sup> Segundo o glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal: “"Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte).” Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 14.nov.2015.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/ao-vivo/acompanhe-as-noticias-sobre-os-protestos-deste-domingo>>.

**AUTOR:****Carlos Victor Nascimento dos Santos**

Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo na Universidade Federal de Ouro Preto - MG. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2017). Mestre em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense (2013), graduado em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (2010). Pesquisador de temas relacionados ao Direito Constitucional, Instituições judiciais e ao Ensino do Direito.

# RELAÇÕES SIMBÓLICAS: animais humanos e não-humanos

**Luiza Alves Chaves**

Universidade Federal Fluminense (PPGSD\_UFF)

E-mail: luizachavesjgd@gmail.com

**Wilson Madeira Filho**

Universidade Federal Fluminense (PPGSD\_UFF)

Email: wilsonmadeirafilho@hotmail.com

**Alba Simon**

Universidade Federal Fluminense (PPGSD\_UFF)

E-mail: albasimon7@gmail.com

## RESUMO

O presente trabalho visa entender a complexidade nas relações entre animais humanos e não-humanos e suas significações explícitas e implícitas, buscando vislumbrar como objetificam os animais não-humanos e significam os humanos. Essas relações se dão no campo social e são refletidas no papel ocupado por esses indivíduos não-humanos no ordenamento jurídico e na sua não obtenção de direitos. Para tanto, são elencadas as principais correntes vinculadas ao direito dos animais, visando identificar como são constituídas as aporias entre animais humanos e não-humanos nas sociedades ocidentais, detalhando os aspectos mais relevantes para uma compreensão expandida da bioética. Para realizar a presente pesquisa adotamos análise teórica, a partir do levantamento bibliográfico acerca do tema, refletindo criticamente sobre as informações coletadas.

**Palavras-Chave:** animais não-humanos; direito dos animais; antropocentrismo; especismo; objetificação .

---

## ABSTRACT

The present work aims at understanding the complexity between the relations between human and nonhuman animals and the explicit and implicit meanings in these relations, seeking to glimpse how these relations objectify nonhuman animals and mean humans in their most dense network of subjugations. These relationships take place in the social field and are reflected in the role occupied by these nonhuman individuals in the legal order and in their non-attainment of rights. In order to do so, the main currents linked to animal rights are listed, with the purpose of identifying the relationships between human and non-human animals in Western societies, detailing the most relevant aspects for an expanded understanding of bioethics. To carry out the present research, we seek to make a theoretical analysis, based on a bibliographical survey about the subject, reflecting critically on the information collected.

**Keywords:** non-human animals; animal rights; anthropocentrism; speciesism; objectification.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho examina as relações entre animais humanos e não-humanos, buscando compreender as mais diversas complexidades que a permeiam. Para isso faz uma discussão acerca das mais diversas simbologias que envolvem essas relações, abordando também a legislação que abarca os indivíduos não-humanos.

O tema foi escolhido pela necessidade de se incluir os mais diversos indivíduos na compreensão acerca dos laços de opressão envolvendo os conflitos socioambientais. Muitos são os estudos acerca do meio ambiente e até mesmo em relação aos conflitos envolvendo animais, mas, em sua maioria, nesses projetos, os animais continuam sendo vistos muito mais como um objeto, não mais que um recurso natural que eventualmente sua ausência, na melhor das hipóteses, possa desequilibrar a biodiversidade e prejudicar o homem, do que um sujeito que tem em sua própria vida valor em si.

Percebe-se que cada vez mais as obras de Singer (1975) e Regan (2004) vem sendo relidas e reavaliadas e os animais vem aos poucos sendo recolocados no ideário jurídico e social. Essa questão implica, sobretudo, em reavaliações críticas da própria conduta humana e mesmo de imbricações culturalistas e mesmo religiosas na neocosmologia que advoga os direitos dos animais e mesmo dos vegetais. Contudo essa transformação é ainda tímida e, muitas vezes, remonta e ressignifica outros diversos traços de sofrimento e dominância.

Por isso, buscar-se-á trabalhar com a perspectiva de animalismo interseccional, colocando os animais como centrais no estudo, mas percebendo como muitas vezes os mecanismos legais e sociais que os subjagam são os mesmos utilizados para explorar e subalternizar diversos animais humanos.

### 1. A REPRESENTAÇÃO SIMBÓLICA

A construção do ser humano e seu convívio social se baseia em inúmeros processos que constituem sua forma de se colocar, saber e representar aos seus olhos e aos do mundo exterior. Esses processos, escolhas, hábitos e concepções de mundo carregam em si conotações simbólicas, as quais expressam-se no meio social para além dos próprios indivíduos.

Esses simbolismos marcam as relações sociais e a forma como elas são desenvolvidas. Como salienta Bourdieu:

*Os símbolos são os instrumentos por excelência da integração social: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação (cf. a análise durkheimiana da festa), eles tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração lógica é a condição da integração moral. (Bourdieu, 1989, p. 10)*

As artes, a linguagem e os mais diversos objetos se entrelaçam e compõem quadros simbólicos complexos que denotam o espaço social ocupado por cada indivíduo ou até mesmo por um grupo. A forma de se vestir, se colocar, falar (os traços de voz, linguajar e as gírias), gestos, ambientes, afeições e prazeres, portanto, são elementos fundamentais na compreensão de qualquer sociedade.

A subjugação das mulheres, dos negros, dos indígenas, a opressão de classes, a heteronormatividade compõe basicamente a maior parte das teias que formam as sociedades de colonização eurocêntrica. Essas características fortemente marcadas são ao mesmo tempo simbólicas e simbolizadas, uma vez que os seres subalternizados acabam sendo rebaixados a condição de objetos.

Embora a compreensão do lugar do homem no planeta Terra e sua percepção em relação a natureza que o abarca muitas vezes seja compreendida de modo diverso a esse fenômeno, a significação das relações entre os seres humanos e as demais espécies dos mais diversos ecossistemas terrestres, bem como a concepção da ideia de Natureza é fruto do mesmo processo colonizatório crucial na “globalização” de todas as formas de opressão, subjugação e objetificação mencionadas.

Como bem menciona K. Thomas, ao discutir acerca das percepções do homem europeu sobre a natureza entre os séculos XV a XVIII:

*[...] quando os viajantes começaram a trazer relatos de como as religiões orientais mantinham uma visão totalmente diferente, e como os jainas, os budistas e os hindus respeitavam a vida de outros animais, até mesmo de insetos, a reação geral foi de desconcertado desdém. [...] Os vestígios de um ponto de vista similar no Ocidente também mereciam condenação. “Não posso aprovar”, afirmava um pregador em 1612, “a filosofia demasiado piedosa de Pitágoras, que não permitiria que a vida da planta ou do animal fosse violada”. Lancelot Andrews seguia Santo Agostinho e Tomás de Aquino ao descartar, desdenhosamente, a doutrina maniqueísta de que o homem não tinha direito de matar outras criaturas. O sexto mandamento, contra assassinato, não valia para os não humanos, explicava ele. (Thomas, 2010, p. 27-28)*

A dificuldade dos seres humanos nascidos e/ou desenvolvidos dentro desses moldes culturais imperialistas norte-eurocêntricos em se enxergar como parte componente da natureza,

como mais uma entre as bilhões de espécies existentes na Terra, e não como possuidores ou, no máximo, defensores porta-vozes dessas diversas formas de vida, brota do processo de formação das sociedades ocidentais.

A. Crosby (2011) nos informa que o imigrante colonizador trouxe consigo uma biota portátil, onde além da fauna e da flora, ele trouxe também seu *modus vivendi* e, conseqüentemente, sua forma de se relacionar com a natureza. Desse modo, o processo de dominação não foi (e continua sendo!) só de um povo sobre outro, mas de uma tecnologia de organização social sobre a outra.

Sendo assim, ao realizar o processo de “domesticação” da natureza, o colonizador já define qual parte dela deseja reproduzir. Tendo, hoje, a natureza se tornado fruto dessa atividade, sendo uma espécie de reconstituição de um modelo europeu, compondo uma espécie de natureza globalizada (Crosby, 2011, p. 13-19).

Isso se reproduz nos mais diversos âmbitos que permeiam o homem e sua relação com os demais componentes da natureza. Enxergamos traços dessas percepções e tecnologias desde o desenvolvimento das culturas produtivas, da produção (e reprodução) de partes da natureza, até as legislações ambientais e todos os mecanismos que a envolvem.

Ada Godoy, ao discutir a formação das áreas protegidas e a utilização do Parque de Yellowstone como modelo de criação de parques e unidades de conservação, de forma elucidativa traz que:

*Não se trata mais de afirmar que o Parque Nacional de Yellowstone é um modelo ou que as áreas existentes em outros países tenham sido criadas com base nele, mas sim de acoplar o modelo ao ato de formar uma natureza que constitui, por sua vez, coletivos e indivíduos humanos e não-humanos, uma cultura, uma tradição; um âmbito que, ao tornar válido o modelo, permite sua conservação e de toda a rede de interações ao qual está articulado e com o qual é configurado (Godoy, 2000).*

Ou seja, esse processo foi responsável não só por estabelecer novos parâmetros de relacionamento com os demais elementos da natureza aos povos colonizados, mas a própria construção cognitiva de um ideário de natureza fez-se diretamente vinculada a esse processo.

Isso fez com que o conceito de natureza de cada um dos indivíduos e grupos sociais envolvidos nesse caminhar histórico fosse sendo lentamente apagado.

O que se percebe é que, embora a relação de dominação entre homens e demais sujeitos não-humanos atravesse a história de praticamente todas as sociedades componentes do globo terrestre - uma vez que, em maior ou menor grau, a utilização e domesticação das mais diversas espécies

funcionaram como mecanismos de desenvolvimento das sociedades humanas -, o distanciamento quase completo entre homem e natureza e a construção da objetificação de seus elementos é um dos traços mais marcantes das civilizações europeias e, em consequência, do processo imperialista.

Nesse caminho, K. Thomas mais uma vez esclarece:

*[...] a visão tradicional era que o mundo fora criado para o bem do homem e as outras espécies deviam se subordinar a seus desejos e necessidades. Tal pressuposto fundamenta as ações dessa ampla maioria de homens que nunca pararam um instante para refletir sobre a questão. Entretanto, os teólogos e intelectuais que sentissem a necessidade de justificá-lo podiam apelar prontamente para os filósofos clássicos e a Bíblia. A natureza não fez nada em vão, disse Aristóteles, e tudo teve um propósito. As plantas foram criadas para o bem dos animais e esses para o bem dos homens. Os animais domésticos existiam para labutar, os selvagens para serem caçados. Os estoicos tinham ensinado a mesma coisa: a natureza existia unicamente para servir os interesses humanos. (Thomas, 2010, p. 21)*

Vale dizer, séculos de cerebralismo sedimentaram o auto-convencimento coletivo do homem como centro da existência.

## 2. ANIMAIS NÃO-HUMANOS

Com objetivo de aprofundar o entendimento acerca dos homens e das mais diversas estruturas simbólicas que compõem e se estruturam acerca deles e de sua integração/relação com a natureza, optou-se por focar o estudo nas relações entre os animais humanos e os não-humanos.

A escolha foi feita porque entende-se que a subjugação desses seres, bem como o sofrimento ao qual eles são impostos, infelizmente constitui alguns dos elementos mais marcantes das simbologias das sociedades eurocêntricas, representando, desse modo, traços culturais indispensáveis à compreensão dessas sociedades.

Nesse sentido, Potts relaciona que o consumo de animais:

*In all human cultures it is also symbolic: in the Western context it signifies important ideas about gender (Adams 2010; Parry 2010, Potts and Party 2010, Hovorka 2012), class and taste (Potts and White 2008), socioeconomic position (Galobardes et al 2001), geographical and economic factors (Hovorka, 2008). Its acceptance is facilitated by beliefs about humans right to dominate nature, including the bodies of animals and their reproductive lives (Luke 2007, Adams 2010, Joy 2010), (Potts, 2016, p.18).*

A expansão dessa maneira de se relacionar, utilizar e inclusive consumir animais (falando aqui de forma literal, no sentido de alimentar-se deles) é ponto crucial para compreensão das sociedades humanas ocidentais e traz em seu cerne inúmeras das contradições e preconceitos preconizados de forma dominante nesses contextos sociais. Nesse sentido Carol Adams aponta que:

*O racismo se perpetua toda vez que se considera a carne a melhor fonte de proteína. A ênfase sobre as forças nutricionais da proteína animal distorce a história da dieta de um grande número de culturas em que pratos completos de proteína eram feitos à base de legumes e grãos. As informações sobre esses pratos são neutralizadas por um permanente empenho cultural e político ao consumo de carne (Adams, 2018, p.66).*

Marcando o papel que os animais representam nas sociedades e na compreensão das mesmas, M. Sahlins nos traz importante construção acerca dos usos dados às mais diversas espécies de animais, no contexto estadunidense:

*Como coabitantes domésticos, os cachorros são mais próximos do homem do que os cavalos, e seu consumo, portanto, é mais inimaginável: eles são um “membro da família”. Tradicionalmente, os cavalos têm, com as pessoas, uma relação mais de trabalho e mais servil; se os cachorros são como se fossem aparentados com o homem, os cavalos são como empregados e não-aparentados. Daí o consumo de cavalos ser pelo menos concebível, embora não-generalizado, enquanto que a noção de comer cachorros compreensivelmente evoca alguma da repulsa do “tabu do incesto.” Por outro lado, os animais comestíveis, como porcos e bois, geralmente têm o status de objetos para os sujeitos humanos, vivendo nem como complemento direto nem como instrumento de trabalho das atividades humanas. Normalmente, portanto, eles são anônimos, ou, se tem nomes, como algumas vacas leiteiras, são para servir de referência na conversa dos homens (Sahlins, 2003. p. 194 e 195).*

Embora o texto faça menção à ideia de consumo animal somente no que tange a alimentação em si, percepção essa que diverge com a concepção abolicionista animal que permeará todo esse trabalho, não se pode negar que sua exemplificação acerca do papel social de cada espécie mencionada e sua conexão simbólica com a relação entre eles e os seres humanos é elucidativa de toda discussão até então trazida.

A transferência da significação das relações entre animais humanos para os animais não-humanos ocorre todo o tempo. Isso se dá tanto na impossibilidade que os estadunidenses têm de se alimentar de cachorros, tendo em vista que esses fazem parte de sua família, o que segundo Leach remeteria ao imaginário de canibalismo (LEACH apud OSÓRIO, 2010, p.7), quanto na conexão inversa que conecta a ideia de animais seres humanos que são marginalizados.

Nesse sentido, C. Adams citando K. Thomas mostra que, desde da idade moderna esse fortalecimento na linha divisória entre homem e natureza, mais especificamente entre homens e animais não-humanos, foi utilizada como critério para reforçar as noções de distanciamento social:

*De acordo com Keith Thomas, os bebês, os jovens, os pobres, os negros, os irlandeses, os loucos e as mulheres eram considerados bestiais. `Uma vez percebidas como animais, possivelmente as pessoas eram tratadas como tal. A ética do domínio humano retirou os animais do interesse humano. Mas também legitimou o mal tratamento dado aos seres humanos que estavam numa suposta condição animal`. (Thomas apud Adams, 2018, p. 82)*

Embora possa se compreender uma aproximação entre os animais humanos e algumas espécies de animais não-humanos, que geralmente compõem a categoria dos animais domesticados, não é difícil enxergar que as diferenças apontadas e os espaços que os separaram são colossais.

Esse abismo percebido entre animais humanos e não-humanos está presente nos mais diversos aspectos da sociedade, sendo reforçado pela nossa linguagem (um dos traços mais fundamentais na compreensão de uma dada sociedade).

A esse respeito, cabe mais uma menção as palavras de C. Adams:

*[...] usamos a palavra “animal” como se ela não se referisse aos seres humanos, como se nós não fôssemos igualmente animais. Tudo o que está implícito quando as palavras “animal” e “besta” são usadas como insulto mantém a separação entre os animais humanos e os não-humanos. Estrutturamos a linguagem para evitar o reconhecimento da nossa semelhança biológica. A língua inglesa, por exemplo, distancia ainda mais os seres humanos dos animais ao se referir a estes como objetos, como *its* (Adams, 2018, p.108).*

Esse mesmo jogo de palavras é utilizado na percepção acerca do conceito de natureza, é senso comum entender natureza como algo separado da noção de ser humano, bem como enxergar qualquer espaço ou atividade que recebe atuação humana como “não natural”.

A linguagem e o distanciamento conquistado com apoio dela são fundamentais na construção das objetificações de inúmeras vidas. E o transformar em objeto alça esse indivíduo à categoria de produto consumível.

Retomando o estudo do poder simbólico apresentado por Bourdieu para compreensão da estruturação social e dinâmica das classes, percebe-se a necessidade de se avaliar a relação entre significantes e significados e, portanto, a importância de se vislumbrar a prática do consumo e os objetos consumidos não somente como meros frutos de decisões utilitárias racionais, mas, principalmente, como fontes de construção do indivíduo e da sociedade como um todo.

Nesse sentido, L. Wacquant ressalta que:

*A abordagem que Bourdieu faz de classe incorpora sua concepção marcadamente relacional da vida social. Para o autor de A distinção, da mesma forma que para Marx e Durkheim, o estofo da realidade social — e, portanto, a base para a heterogeneidade e a desigualdade — consiste de relações. Não de indivíduos ou grupos, que povoam nosso horizonte mundano, mas sim de redes de laços materiais e simbólicos, que constituem o objeto adequado da análise social. Essas relações existem sob duas formas principais: primeiramente, reificadas como conjuntos de posições objetivas que as pessoas ocupam (instituições ou "campos") e que, externamente, determinam a percepção e a ação; e, em segundo lugar, depositadas dentro de corpos individuais, na forma de esquemas mentais de percepção e apreciação (cuja articulação, em camadas, compõe o "habitus"), através dos quais nós experimentamos internamente e construímos ativamente o mundo vivido. (Wacquant, 2013)*

Assim sendo, o entendimento do “eu” perpassa a noção de identificação social onde o indivíduo utiliza do consumo como meio de autoexpressão, autoafirmação e colocação na complexa dinâmica das estruturas sociais.

Desse modo, o que se tem de mais relevante é que os objetos deixam de representar algo para serem centrais na criação do indivíduo, assim as relações constituídas através dos seres e grupos sociais com os objetos se tornam mais complexas e ultrapassam muito a visão econômica do fato.

Mais relevante do que a construção dessa relação entre “produto” consumido e significação do sujeito que o faz, esse estudo busca trabalhar como essa construção de relações sujeito-objetos se faz de forma a objetificar inúmeros sujeitos que acabam pelo olhar social tendo suas vidas vinculadas a potencialidade em gerar significado em outras vidas.

Entendendo ser essa modelagem altamente nociva, mas enxergando que negá-la é criar mais uma barreira para invisibilização das pessoas objetificadas (sejam elas humanas ou não-humanas) entende-se necessário abordar o processo de objetificação dos animais em si, o que se passará a fazer adiante.

### 3. OBJETIFICAÇÃO ANIMAL

Immanuel Kant (1997) apontava que o tratamento não cruel para com os animais era fundamental, uma vez que o tratamento perverso dado ao animal não repercutia qualquer benefício para o ser humano, visto que os animais são desprovidos de valor em si.

De maneira correlata, salientam Paixão e Schramm:

*Portanto, para atender a qualquer finalidade humana, qualquer forma de utilização do “animal-objeto” estaria justificada[...] De fato, o “não ser cruel” permitiu os mais diferentes comportamentos em direção aos animais, dependendo da concepção individual de cada um, pois os animais não tinham de fato “status moral” (Paixão e Schramm, 2007, p. 45).*

No campo da ética animal esse pensamento já se percebe ultrapassado, tendo Jeremy Benthan inaugurado o posicionamento moral dos animais, ao trazer sua célebre frase:

*A questão não é, eles raciocinam? Eles podem falar? Mas sim, eles podem sofrer? (Benthan apud Singer, 1994, p. 306)*

Contudo, muito embora a valoração moral dos animais já seja tema fortemente debatido pelo menos desde da década de 1970, através dos debates liderados principalmente por Peter Singer e Tom Regan, a colocação dos animais ainda deixa muito a desejar.

Os interesses humanos, principalmente os econômicos, servem, até hoje, para justificar a crueldade incessante para com esses seres.

O que acontece, portanto, nas palavras de Singer:

*Se os animais não estão mais completamente fora da esfera moral, ainda se encontram numa seção especial, próxima à borda externa. Seus interesses são levados em conta somente quando não se chocam com os interesses humanos. Quando há colisão – mesmo uma colisão entre uma vida de sofrimento por um animal não-humano e a preferência gastronômica de um ser humano – o interesse do não-humano é desconsiderado. A atitude moral do passado está demasiadamente arraigada em nosso pensamento e prática para ser perturbada por uma mera mudança no conhecimento que temos de nós mesmos e de outros animais (Singer, 2004, p. 239).*

As esferas jurídicas e políticas carregam em si algumas das maiores fontes de compreensão simbólica de uma sociedade, isso porque representam duas áreas em constantes disputas de poder.

De modo geral, em ambas as esferas os grupos dominantes das sociedades se fazem altamente presentes e atuantes, sendo basicamente esses espaços de garantia de manutenção das mais diversas formas de opressão do *status quo* vigente.

Por assim ser, todos os grupos subjugados e inferiorizados sociais, muitas vezes denominados minorias (embora em grande parte dos casos sequer representem de fato uma minoria numérica, como são os casos das mulheres e das pessoas negras na sociedade brasileira), acabam tendo dificuldade de encontrar no universo político ou jurídico suas vozes.

No caso dos animais não-humanos não é diferente.

Nas teorias de justiça eles sequer são enquadrados como sujeitos de direitos. Acabam representando mais uma espécie de bens, os quais devem ser valorados pelas relações e utilidades dadas a eles pelos homens.

O argumento mais comum para essa negação é que a inclusão dos não-humanos na esfera do direito exigiria que esses fossem agentes morais capazes de se fazer representar e definir seus interesses a serem discutidos, pleiteados e conquistados o que não se torna possível devido à impossibilidade de comunicação existente entre os humanos e não-humanos (Garner, 2013).

Diversos autores propõem estratégias para a solução desse impasse, contudo, ainda hoje não há nenhuma teoria que enfrente todos os empecilhos presentes nessa nova construção. Principalmente, porque, como demonstra Latour (2004, p. 25-105), incluir os não-humanos em um modelo político dando voz a humanos que os representem, indicaria nada mais que criar figuras que se entendesse estarem acima de sua compreensão pessoal, filósofos que fossem dotados de algum conhecimento superior que os permitissem compreender e lutar pelos interesses desses seres.

A proposta ousada e irônica de Latour da criação de duas câmaras onde fossem lado a lado debatidos interesses dos humanos e dos não-humanos não se fez possível em nenhuma compreensão jurídico-teórica ou quiçá política até hoje. O autor nos deixa um desafio ainda maior ao apontar que essa insuficiência epistemológica está na raiz de uma Epistemologia de Polícia que estabelece a elaboração científica enquanto norma positivista, não democrática e excludente.

O maior problema gerado por esse vazio teórico é a dificuldade de alocação dos animais como sujeitos de direito na esfera jurídica, fazendo com que a legislação vigente em grande parte dos países, incluindo o Brasil, continue tratando os animais como objetos de direito.

Representando meramente bens e não sujeitos, normalmente os animais não-humanos tem a legislação a seu respeito bastante enfraquecida em face do interesse humano.

Contudo, como amplamente discutido aqui, a construção da posição moral dos animais não é só política ou jurídica, mas sim ética e social. Então, mesmo nos poucos espaços onde a legislação traz pequenas aberturas à proteção animal, como é o caso dos animais silvestres (considerados como bens difusos e, não como semoventes, como é o caso dos animais domesticados) a própria aceitação social da conduta de exploração animal é um forte estimulador à continuação das práticas exploratórias.

Ao buscar compreender o universo simbólico que permeia as mais diversas relações humanas nos deparamos com signos, significantes e significados plurais que formam uma colcha de

retalhos. Assim sendo, trabalhar a dinâmica das relações humanas e não-humanas não poderia deixar de envolver toda essa amalgama.

A compreensão e revisão crítica da alocação dos animais não-humanos nas esferas moral, política e jurídica é fundamental para que se possa debater qualquer melhoria relacionada à situação degradante desses animais sem que sejam o homem e suas necessidades enquadradas como centro do debate.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao falar das diversas estratégias de colonização, desde a biota portátil eurocêntrica aos mecanismos adaptáveis a uma sociologia de poder, procuramos apontar que o debate relativo à emergência de um direito não-humano aborda também e conjuntamente necessárias críticas e revisões ao próprio modelo epistêmico humano. Vale dizer: 1) o tema dos direitos dos animais e mesmo do direito dos vegetais pode ser tomado como efeito colateral de um discurso da modernidade científica, que traduz, pela via interdisciplinar, os cânones anteriores em contextos de complexidade; 2) a crise dos recursos naturais, em face de um modelo deficiente de civilização pautada na globalização de uma economia irracional e pseudo-desenvolvimentista (posto que desenvolve o quê para quem?) aponta para a degeneração da biodiversidade, onde o animal humano encontra-se ameaçado justo por ser parte; 3) os efeitos analógicos – pobreza, racismo, misoginia etc. – emprestam às lentes de análise figurações sobre o processo de objetificação, que traduzem novos impasses, revelando caracterizações não-humanas do humano, pretensamente racional.

Nesse sentido, é crucial que seja percebido que tipo de relação entre homem e natureza será considerada como real, ideal ou funcional.

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Carol J. **A política sexual da carne: uma teoria feminista-vegetariana**. Tradução: Cristina Cupertino. 2 ed. São Paulo: Alaúde Editorial, 2018

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: Editora Bertrand, 1989

CROSBY, Alfred. W. Prólogo. Em: **Imperialismo ecológico: a expansão biológica da Europa 900-1900**. Tradução de José Augusto Ribeiro e Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 13-19.

GARNER, Robert. **A Theory of Justice for Animals: Animal Rights in a Nonideal World**, Oxford University Press, 2013.

KANT, Immanuel. **Lectures on Ethics** (1924), Trans. Peter Heath, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, Part II, p. 212.

LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza: como fazer ciência na democracia**. Tradução de Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru SP: EDUSC, 2004.

LEACH apud OSÓRIO, Andrea. Alguns aspectos simbólicos acerca do gato. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/viewFile/2175-8034.2010v12n1-2p233/20809>> Acesso em: 20 ago. 2018

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazia: encarando o desafio dos direitos animais**. Tradução: Regina Rheda, revisão técnica: Rita Paixão e Sônia Felipe. Porto Alegre, RS: Lugano, 2006.

SAHLINS, Marshall. La pensée Bourgeoise. In: **Cultura e razão prática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução Marly Winclker, revisão técnica: Rita Paixão. Edição Revisada. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: Mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

VIEIRA, Ana Livia Bonfim. Entre a ‘métis’ da pesca e a honra da caça. p. 55. Rio de Janeiro: *Revista Phoênix*, 2008. Disponível em: <[http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/4\\_-\\_Entre\\_a\\_Metis\\_da\\_pesca\\_e\\_a\\_honra\\_da\\_caca\\_-\\_Ana\\_Livia\\_Bonfim.pdf](http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/4_-_Entre_a_Metis_da_pesca_e_a_honra_da_caca_-_Ana_Livia_Bonfim.pdf)>

WACQUANT, Loïc. Poder simbólico e fabricação de grupos: como Bourdieu reformula a questão das classes. Tradução: Sérgio Lamarão. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200007&script=sci\\_arttext#nt02](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002013000200007&script=sci_arttext#nt02)> Acesso em: 20 ago 2018

## AUTORES:

### Luiza Alves Chaves

Mestranda do Programa de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, linha de Conflitos Socioambientais. Membro do grupo de pesquisa de Justiça Ambiental e Direito, Justiça e Pluralismo Étnico-Racial. Pós-graduanda em Gestão Empreendedora pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2013).

**Wilson Madeira Filho**

Possui graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (1983), Mestrado em Letras, com bolsa CNPq, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1989) e Doutorado em Letras, com bolsa CNPq, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1998), com um período de estudos comparados, financiado pelo DAAD, na Universidade de Colônia, na Alemanha. É professor Titular de Teoria do Direito com Dedicção Exclusiva, Diretor da Faculdade de Direito da UFF.

**Alba Simon**

É Pós Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense -PPGSD - UFF, coordenadora do Núcleo de Pesquisa: Dinâmicas sociais em áreas naturais protegidas. É professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação no Mestrado Profissional em Ecoturismo e Conservação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO.