



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



**Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado da URI - Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas**

## **ANAIS**

***INTERCURSOS DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS***

**Santo Ângelo/RS  
EdiURI**

Catálogo na Fonte

A532 Anais [do] Intercursos de Trabalhos Jurídicos Científicos  
[recurso eletrônico] / organizadores : João Martins  
Bertaso ... [et al.]. – Santo Ângelo : EdiURI , 2024.  
251 p. : il.

ISBN 978-65-87121-40-6

1. Direito - Anais 2. Trabalhos jurídicos. I. Bertaso,  
João Martins (org.). II. Título

CDU: 34:061.3

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz CRB 10/1720

*Revisão*

Alana Taíse Castro Sartori  
Nívea Bianca Antunes de Souza  
Rosângela Angelin

*Formatação*

Alana Taíse Castro Sartori  
Nívea Bianca Antunes de Souza

*Publicação*

EdiURI – Campus de Santo Ângelo  
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470  
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: 55-3313-7900



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



## **Anais**

### ***Intercursos de Trabalhos Jurídicos Científicos***

**Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI  
Campus de Santo Ângelo-RS**

**Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado**

#### **Reitor**

**Arnaldo Nogaro  
Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação  
Marcelo Paulo Stracke  
Pró-Reitora de Ensino  
Edite Maria Sudbrack  
Pró-Reitor de Administração  
Ezequiel Plínio Albarello**

#### **URI – Campus de Santo Ângelo**

**Diretora Geral  
Berenice Bwutuba  
Diretor Administrativo  
Gilberto Pacheco  
Diretor Acadêmico  
Carlos Lemos**

**Coordenação do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
Mestrado e Doutorado**

**João Martins Bertaso  
Jacson Roberto Cervi**

#### **Organizadores**

**João Martins Bertaso - URI  
Rosângela Angelin – URI  
Florença Vely - UNAM  
Manuel Alberto Jesús Moreira - UNAM**



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS  
MISSÕES – CAMPUS SANTO ÂNGELO**

**Comitê Executivo**

**João Martins Bertaso  
Jacson Roberto Cervi  
Marcelo Paulo Stracke**

**Conselho Editorial**

**Adalberto Narciso Hommerding – URI – RS  
Antônio Carlos Wolkmer – UFSC – SC  
Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPMackenzie – SP  
Gisele Citadino – PUC – RJ  
João Carlos Krause – URI – RS  
João Martins Bertaso – URI – RS  
José Alcebiádes de Oliveira Júnior – UFRGS – RS  
José Russo – UFAM – AM  
Leonel Severo Rocha – UNISINOS – RS  
Leopoldo Bartolomeu – UnaM - AR  
Manuel Atienza – Universidade de Alicante – ESP  
Marta Biagi – UBA – AR  
Raymundo Juliano Rego Contri – URI – RS  
Vicente de Paulo Barreto – UERJ – RJ  
Vilmar Antônio Boff – URI – RS  
Vladimir Oliveira da Silveira – PUC – SP**

---

**FuRI**

**Av. Universidade das Missões, 464 – Santo Ângelo/Rio Grande do Sul  
CEP: 98.802-470 – Tel.: 55 (55) 3313.7900 – [www.santoangelo.uri.br](http://www.santoangelo.uri.br)**

## SUMÁRIO

|   |            |
|---|------------|
| <b>VIVER INDÍGENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE TERRA E TERRITÓRIO .....</b>   | <b>9</b>   |
| <i>Edemir Braga Dias</i>  |            |
| <i>Osmar Veronese</i>   |            |
| <b>MATERNAGEM E CULTURA: ASPECTOS GERAIS DA MATERNAGEM NO CONTEXTO GLOBAL E EM POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS.....</b>   | <b>20</b>  |
| <i>Marigley Leite da Silva de Araujo</i>  |            |
| <i>Rosângela Angelin</i>  |            |
| <b>AUTONOMIA OU IMPOSIÇÃO? DIÁLOGOS SOBRE O USO DO HIJAB POR MULHERES MUÇULMANAS.....</b>   | <b>32</b>  |
| <i>Gabriela Felden Scheuermann</i>  |            |
| <i>Noli Bernardo Hahn</i>   |            |
| <b>MULHERES NEGRAS COM DEFICIÊNCIA, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR SOB O OLHAR DA TEORIA DA ALTERIDADE EM LUIS ALBERTO WARAT .....</b>  | <b>46</b>  |
| <i>Liane Marli Schäfer</i>  |            |
| <b>A VIVÊNCIA E A BAGAGEM: ALGUMAS DAS PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS E CONQUISTAS DE CIDADANIA DO MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS (MMC) DO LITORAL NORTE GAÚCHO SOB UM PRISMA TEÓRICO ECOFEMINISTA .....</b> | <b>58</b>  |
| <i>Neusa Schnorrenberger</i>  |            |
| <i>Rosângela Angelin</i>  |            |
| <b>DESVENDANDO AS ENGRENAGENS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA DIVISÃO DO TRABALHO E A COEVOLUÇÃO DO CAPITALISMO E DO SISTEMA PATRIARCAL NA CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>                         | <b>71</b>  |
| <i>Dionara Denize Cavinatto</i>   |            |
| <i>Noli Bernardo Hahn</i>   |            |
| <b>MOVIMENTO PELO RECONHECIMENTO: AS CONTRIBUIÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO .....</b>   | <b>84</b>  |
| <i>Ritielle de Souza Zanuso</i>   |            |
| <i>Taciana Marconatto Damo Cervi</i>  |            |
| <b>MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ESPAÇOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS POR MEIO DE POSITIVAÇÃO DE DIREITOS.....</b>  | <b>96</b>  |
| <i>Nagielly Cigana Mello</i>  |            |
| <i>Rosângela Angelin</i>  |            |
| <b>OS MARCOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DESAFIOS À SUA EFETIVAÇÃO.....</b>  | <b>109</b> |
| <i>Eliel Rocha Dorneles</i>   |            |
| <i>Gilmar Antonio Bedin</i>   |            |
| <b>A EVOLUÇÃO PÓS-POSITIVISTA E OS MEIOS COMPLEMENTARES DE TRATAMENTO ADEQUADO AOS CONFLITOS.....</b>   | <b>119</b> |

*Camila Cabral  
Janete Rosa Martins*

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE COMUNICAÇÃO DAS FONTES EMERGENTES NA SOCIEDADE MUNDIAL ..... 134**

*Fernanda Barboza Bonfada  
Leonel Severo Rocha*

**EM NOME DA SEGURANÇA: OS DISCURSOS POPULISTAS PUNITIVISTAS COMO LEGITIMADORES DA EXCLUSÃO ..... 147**

*Daiane Specht Lemos da Silva  
Osmar Veronese*

**A CAPTURA DOS CORPOS QUE NÃO SE ADAPTAM AO SISTEMA CAPITALISTA EM NOME DA SEGURANÇA PÚBLICA PELO SISTEMA BIOPOLÍTICO, ATRAVÉS DA IRRACIONALIDADE DO DIREITO PENAL COM A CRIAÇÃO DA ZONA ANÔMALA DO DIREITO ..... 158**

*Adalberto Wolney da Costa Belotto  
Leonel Severo Rocha*

**TERRORISMO INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL À LUZ DO CONFLITO ARMADO ENTRE ISRAEL E HAMAS..... 170**

*Vinícius Wildner Zambiasi  
José Francisco Dias da Costa Lyra*

**A QUEBRA DE PATENTES DE MEDICAMENTOS COMO UMA GARANTIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS BÁSICOS ..... 190**

*Suraia de Cássia Nasralla Souza  
Francisco da Costa Lyra*

**A TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA APLICADA AO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.654/2012 ..... 202**

*Victória Karoline da Luz Silveira  
Adalberto Narciso Hommerding*

**A AUTONOMIA DA CIÊNCIA JURÍDICA E O PENSAMENTO PACIFISTA DE HANS Kelsen ..... 217**

*Laura Mallmann Marcht  
Gilmar Antonio Bedin*

**A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ..... 229**

*Tamires Eidelwein  
Osmar Veronese*

**CONSIDERAÇÕES SOBRE MEDIAÇÃO E CIDADANIA EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS ..... 241**

*João Martins Bertaso  
Francielle de Azevedo*

## APRESENTAÇÃO

Entre os dias 23 e 24 de novembro de 2024, o Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo (Brasil), juntamente com o Programa de Pós-graduação em Antropologia Social (Argentina), a Universidad de la Cuenca del Plata (Argentina), o Observatório de Derecho Penal y Contravencional Ambiental – Universidad Católica de Santa Fé (Argentina) e a Asociación de Magistrados y Funcionários – Justicia Nacional (Argentina) realizaram o Congresso Internacional “*Debates Transfronteirizos sobre Derecho, Multiculturalismo y Ciudadania: Nuevos conceptos y perspectivas*”, ocorrido na cidade de Posadas (Argentina).

Além das palestras e debates, o Congresso contou com uma atividade denominada “**Intercursos de Trabalhos Jurídicos científicos**” sobre direitos humanos, sociedade e multiculturalismo, na qual, acadêmicos e acadêmicas dos programas de pós-graduação envolvidos, tanto do Brasil, quanto da Argentina, apresentaram suas pesquisas para bancas examinadoras e debateram sobre os temas a partir de um olhar transfronteiriço. O resultado desses debates podem ser vislumbrados neste Anais Intercursos, onde acadêmicas e acadêmicos puderam submeter os trabalhos para este Anais.

Ressaltamos que o conteúdo dos artigos que compõem a obra é de inteira responsabilidade de seus autores e de suas autoras.

Desejamos a todas e todos uma boa leitura.

Atenciosamente,

*Prof. Dr. João Martins Bertaso*  
*Profa. Dra. Rosângela Angelin*  
*Prof. Dr. Manuel alberto Jesús Moreira*  
*Profa. Ms. Florencia Vely*

Comissão Organizadora



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



## BANCAS EXAMINADORAS

**FLORENCIA VELY** - Magister en Antropología Social (UNaM), Especialista en derecho Procesal (UNNE), Abogada (UCSF). Profesora titular de la cátedra de Derechos Humanos de la Universidad de la Cuenca del Plata. Sede Posadas, Profesora adjunta a cargo de la cátedra Introducción al Derecho de la Universidad Católica de Santa Fé- Sede Santos Mártires. Vice-Presidente del “Centro de Antropología y Derecho”. Directora ejecutiva de la Revista Antropología y Derecho, publicación del CEDEAD. ISSN 16687639. Miembro del Consejo Editorial de la Revista digital Antropología y Derecho. Investigadora de la Universidad Católica de Santa Fé- Sede Santos Mártires y del Centro de Estudios en Antropología y Derecho. Actualmente se desempeña como Secretaria Relatora del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones.

**JANETE ROSA MARTINS** - Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - (2017), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC - (2001), Especialização em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI - (2007) e graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI - (1995). Professora da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao Grupo de Pesquisa do CNPq - Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. Atua áreas de Direito Administrativo, Direito Financeiro e Tributário e Novas formas de resolução de conflitos - Mediação, inclusive com projetos de pesquisas e de extensão em andamento, advogada.

**JOÃO DELCIOMAR GATELLI** - Doutor em Direito Privado pela Universidad de Salamanca (2015) e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Especialista em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1999), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1994). Atualmente é professor auxiliar da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), advogado na Sociedade Gatelli e Kupske Advogados Associados S/C e professor horista da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Família e Sucessões, Direito da Criança e do Adolescente e Responsabilidade Civil.

**MANUEL ALBERTO JESÚS MOREIRA** - Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), Magister en Antropología Social (UNaM), Abogado (UNL). -Fundador y Presidente del “Centro de Antropología y Derecho”. Profesor titular en la Escuela Judicial de la Nación (Consejo Nacional de la Magistratura). Juez Federal de Cámara. -Se desempeñó como Miembro del Jurado Nacional de enjuiciamiento de Jueces. Fue Profesor en la Facultad de Derecho de (UCSF), en el Postgrado de Antropología Social (UNaM) y en el Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho (UBA).



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



**MARIELA PRENDONÉ** - Obtiene título de Magister en Políticas Sociales (UNaM) en 2018 y Diplomada Superior en Abordaje de la Gestión Pública con Perspectiva de Género y Enfoque de Derecho (UNaM) en 2021. Actualmente es Profesor Asociado de las cátedras Conformación del Estado en la Argentina, 1° año; Derecho Público Provincial y Municipal 2° año y Derechos Humanos 2° año de la carrera de Abogacía. Es Pro Secretaria Legislativa del Honorable Concejo Deliberante de la ciudad de Posadas desde el año 2015.

**SANTIAGO ALVAREZ** – Doctorado (PhD) en el departamento de antropología social de la London School of Economics and Political Science en donde anteriormente recibió un master (Msc) en la misma disciplina. Realizó un curso de postgrado en políticas para el desarrollo en Italia. es graduado en abogacía recibido en la UCA. Profesor titular regular en la Universidad Nacional Arturo Jauretche. Además, dicta las materias de Antropología Política, en la Maestría em Antropología Social IDES-IDAES Universidad Nacional de San Martín, y de Antropología de la comunicación en la Universidad de San Andrés. Desarrolló trabajo de campo en Antropología Social en Colombia, Burkina Faso y Argentina.

## VIVER INDÍGENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE TERRA E TERRITÓRIO

*Edemir Braga Dias*<sup>1</sup>

*Osmar Veronese*<sup>2</sup>

**Resumo:** O discurso acerca do direito à terra, território e territorialidade permeia os contextos indígenas no Brasil na contemporaneidade, com uma forte tendência à unicidade desses conceitos que são tão complexos e que permitem compreender a organização social e cultural de muitos povos. Assim, por meio de um estudo bibliográfico e hipotético-dedutivo surge a presente reflexão lastreada na inquietação acerca dos discursos (senso comum) que impedem a realização do outro, enquanto ser do/no território. Diante disso, busca-se responder ao seguinte questionamento: Qual a noção de território para os povos indígenas e como isso influencia no viver desses povos? Após o estudo, conclui-se que o conceito de território é muito mais amplo que o conceito de terra, que território tem estreita relação com cultura, pertencimento e apropriação, não seguindo as premissas que impõe limites, fronteiras e demarcações espaciais. Essa amplitude do território faz perceber a riqueza desse conceito. Por fim, a noção de território não visualiza as fronteiras, bem como desconsidera alguns elementos característicos das sociedades modernas alicerçadas no capitalismo.

**Palavras-chave:** Povos indígenas. Direito à terra. Fronteiras. Cultura.

### INTRODUÇÃO

Atualmente tem se acentuado os debates acerca de terras indígenas e territórios no âmbito acadêmico, midiático, jurídico e legislativo. Demarcação, marco

---

1 Doutorando em Direito pelo PPG Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus Santo Ângelo. Mestre em Direitos Especiais pela mesma Universidade. Bacharel em Direito. Licenciado em Pedagogia. Professor na rede municipal de ensino de São Miguel das Missões/RS, Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil. CV: <https://lattes.cnpq.br/7552643137046779>. E-mail: ededias@ymail.com

2 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales, pela Universidad de Valladolid/Espanha, Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/ Ministério Público Federal. Responsável pelo projeto de pesquisa “Constituição, igualdade e diversidade: o constitucionalismo democrático como espaço de inclusão de grupos vulneráveis” e líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9927-7242>. E-mail: osmarveronese@san.uri.br

temporal e outros termos, passaram a compor o cotidiano. Contudo, pouco se fala a respeito da colonização e ocupação do espaço, que gera consequências para todos os povos, colonizadores e colonizados, ocupantes e marginalizados. Enquanto uns ocupam a terra a partir de pressupostos do capitalismo e sua lógica hegemônica, outros são desterritorializados, perdendo seu espaço e, muitas vezes, sua identidade. Assim, a busca por novos territórios é uma constante na cultura de muitos povos indígenas, por meio do processo de ressignificação.

Em relação aos povos indígenas, tal evento implica a reorganização social e cultural frente a esses desafios. A partir dessa constatação o presente estudo busca compreender alguns conceitos, tal como terra indígena, território e territorialidade, através de um estudo bibliográfico e hipotético-dedutivo que visa responder ao seguinte questionamento: Qual a noção de território para os povos indígenas e como isso influencia no viver desses povos? Tal pergunta surge a partir da inquietação acerca certos discursos que questionam o direito à terra, bem como a existência de territórios, como acontece na região das Missões localizada no noroeste do Rio Grande do Sul, fronteira com a Argentina, onde é comum que a sociedade envolvente denomine o povo indígena Mbyá-Guarani<sup>3</sup>, como *índios argentinos*, por serem falantes da língua espanhola e por circularem entre os dois vizinhos países.

Para estabelecer a compreensão acerca desses conceitos primeiramente busca-se entender a dicotomia entre propriedade privada e território, para, em seguida, compreender a relação entre terra indígena e território visando responder à pergunta condutora do estudo.

## PROPRIEDADE PRIVADA E TERRITÓRIO

É inegável que os seres humanos usam e transformam a natureza, se apropriando, inclusive, de suas riquezas. Assim, ao transformá-la, criam institutos para a garantia de direitos sobre todos os bens naturais, em especial, sobre a terra e o que há sobre ela. Historicamente algumas sociedades desenvolveram o instituto da propriedade privada da terra e dos bens naturais, atribuindo ao ser humano o senhorio de determinados bens existentes, podendo opor-se aos demais que negligenciassem esse *direito*. Mas, de outro lado, estão alguns indivíduos que foram marginalizados, sofrendo esbulho de suas próprias terras, não tendo seus direitos reconhecidos ou efetivados. É o caso de muitos povos indígenas, que precisam da garantia do direito à terra<sup>4</sup> para ter acesso aos demais bens naturais e tudo que a natureza oferece.

---

3 A escrita pode variar assim como a pronuncia em língua portuguesa. Por exemplo, Ladeira (2008) utiliza Guarani-Mbyá, Catafesto de Souza (2016) *Mbyá Guarani*. O *Mbyá* é uma das três variedades modernas da Língua Guarani, da família *Tupi-Guarani*, tronco linguístico *Tupi*. As outras são o Nhandeva ou Chiripá/Txiripa/Xiripá ou Ava Guarani e o Kaiowa (Inventário da Língua Guarani *Mbyá*, 2011).

<sup>4</sup> “O direito à encontra-se na Constituição Federal de 1988:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos

Da mesma forma, culturas diferentes têm representações diferenciadas sobre conceitos, sobre a natureza e sua forma de apropriação e utilização, muitas vezes resistindo ao aparato da sociedade capitalista e, por outras vezes, cedendo a essa força descomunal que ela representa. Entre os povos primitivos a concepção de propriedade era diferente, preponderava a propriedade coletiva, havendo a valorização do grupo, conforme pondera Bobbio:

Nas antigas civilizações do 'crescente fértil' (Egito, Síria, Mesopotâmia) ficou documentadamente provada a existência de muitas das variadas formas de Propriedade depois conhecidas com o evoluir das sociedades humanas. A forma de Propriedade mais antiga é certamente a forma coletiva das comunidades gentilícias (grupos familiares, clã, tribo). Cada um dos seus membros pode ter sobre os bens móveis e imóveis unicamente um direito temporário de gozo, inalienável e não transmissível. O predomínio da Propriedade coletiva funda-se provavelmente em concepções semelhantes às investigadas pelos etnólogos entre os povos chamados primitivos: o indivíduo não conta, o que conta é a comunidade, que é a verdadeira unidade social. (BOBBIO, 1998, p. 1.030).

Os Estados que valorizam a propriedade privada como forma hegemônica do modelo de produção e de desenvolvimento acabam por rechaçar outros pensamentos que não coadunem com essa ideologia dominante. Em relação ao território dos povos indígenas, é possível perceber o pensamento colonialista que ainda abarca todos os espaços, destaca-se que a desterritorialização dos povos indígenas ocorreu em diversos momentos históricos, como afirmam Nunes, Antunha e Farias, ao analisar o caso dos Mbyá-Guarani:

---

ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º (BRASIL, 1988).

"Constata-se aí elementos importantes em relação ao direito à terra: a) originalidade; b) definição de terra tradicional; c) posse permanente e usufruto das riquezas; d) consulta prévia; e) inalienabilidade e indisponibilidade; f) remoção apenas com autorização do Congresso Nacional; entre outros." (DIAS, 2022, p. 706).

Os Mbyá-Guarani tiveram seu território invadido pelos colonizadores europeus de origem latina, a partir de 1500 com portugueses e espanhóis, e a partir de 1800 com italianos, germânicos e eslavos, e que segue até a segunda década do século XXI sendo atacado por um sistema sócio/econômico/político/cultural que parece não admitir qualquer modo de existência diferente do seu, neste caso falamos do capitalismo na sua vertente atual, o financeirizado. (NUNES; ANTUNHA; FARIAS, 2021, p. 63).

A perda de um território implica mudanças estruturais na vida das pessoas, transformações que afetam a identidade e a cultura, reforçando a necessidade de um referencial territorial para o fortalecimento da cultura de um povo. A desterritorialização força a reterritorialização<sup>5</sup> e, conseqüentemente, conforme afirma Milton Santos:

[...] o novo meio ambiente opera como uma espécie de detonador. Sua relação com o novo morador se manifesta dialeticamente como territorialidade nova e cultura nova, que interferem reciprocamente, mudando-se paralelamente territorialidade e cultura; e mudando o homem. (SANTOS, 2006, p. 223).

A ligação umbilical de território identidade é um fato. Pode-se afirmar que o território é sobrevivência, é simbolismo, é identidade e apropriação; tanto que a desvinculação de um território pode ocasionar perdas irreparáveis:

O território deve ser visto na perspectiva não apenas de um domínio ou controle politicamente estruturado, mas também de uma apropriação que incorpora uma dimensão simbólica, identitária e, porque não dizer, dependendo do grupo ou classe social a que estivermos nos referindo, afetiva. (HAESBAERT, 1997, p. 41).

Nesse sentido, território contrasta com pensamento capitalista que prima pela propriedade privada sobre a terra e os bens naturais ou não, conforme ensina Binda: “[...] apenas em relação à terra pode-se falar em posse e propriedade. Espaço e território só podem ser apropriados.” (BINDA, 2001, p. 9).

Convém destacar que as culturas dos povos originários do Brasil não incluíam a propriedade privada da terra, de acordo com registros históricos, visto que não havia interesse em se apropriar de determinado espaço particularmente, apesar de existir a propriedade sobre certos bens.<sup>6</sup> Obviamente que um determinado grupo ficava na

5 “[...] significa a formação de novos territórios através de uma reapropriação política e/ou simbólica do espaço [...]” (HAESBAERT, 1997, p. 117).

6 “Um dos traços que mais será celebrado nesse contexto sobretudo por Jean de Lery é, sem dúvida, o da suposta ausência de propriedade material e de cobiça, com sua crítica explícita a sociedades movidas pelo lucro e pelo entesouramento (p.ex. J.de Léry 1972 (1578): 125-126,180, 230). Não que os Tupinambá não desejassem bens materiais, e todo o comércio baseava-se nesse desejo: simplesmente não acumulavam, não transmitiam a herdeiros e entre si partilhavam a comida (H.Staden 1972(1557): 167, A.Thévet 1972(1558) (:144). *Têm estes Tupinambás uma condição muito boa para frades franciscanos*, escreverá Soares de Sousa (1971 (1587):313) que neste ponto concorda com os autores não ibéricos, porque o seu fato, e quanto têm, é comum a todos os da sua casa que querem

posse de um espaço físico de onde extraía a sua sobrevivência e, por vezes, entrava em conflito com outros grupos que buscassem ocupar esse mesmo espaço. Por isso, a exploração da natureza era limitada por se reconhecer que, posteriormente, poderia precisar dela novamente, ao contrário do pensamento advindo da Europa colonialista. (CARNEIRO DA CUNHA, 1990; 1998). Tal concepção levava a estabelecer uma relação contínua com a natureza, num movimento de interdependência:

As concepções indígenas de “natureza” variam bastante, pois cada povo tem um modo particular de conceber o meio ambiente e de compreender as relações que estabelece com ele. Porém, se algo parece comum a todos eles, é a ideia de que o “mundo natural” é antes de tudo uma ampla rede de inter-relações entre agentes, sejam eles humanos ou não-humanos. Isto significa dizer que os homens estão sempre interagindo com a “natureza” e que esta não é jamais intocada. (ISA, 2016).

Portanto, é possível afirmar que os povos indígenas se apropriam da natureza e fazem uso dela, mas de forma diferenciada dos não indígenas, considerando a terra e os recursos naturais como essência da identidade cultural e, por isso, a apropriação diferencia-se das demais sociedades. Por não terem presente a ideia de propriedade privada, grande parte dos povos indígenas do Brasil, tem como instituto basilar a propriedade comunal/coletiva dos meios de produção, utilizando de práticas cooperativas no seu cotidiano, baseado na forma que viviam seus antepassados. (LADEIRA, 2008; SOUZA FILHO, 2012). A propriedade comunal é considerada eficiente para a preservação dos recursos naturais, já que todos cuidam do que é comum, como destaca Courtis:

A terra constitui um dos traços identitários dos povos e comunidades indígenas, definidor de seu modo de vida e de sua cosmovisão. A terra tem, para os povos e comunidades indígenas, um significado religioso e, além disso, constitui a base de sua economia, geralmente pautada pelos ciclos da natureza. Uma característica particular das reivindicações indígenas sobre a terra é a reclamação de sua propriedade coletiva, em nome do povo ou da comunidade como sujeito titular, e não em termos de propriedade individual dos membros da comunidade. [...] A intrínseca relação dos povos e comunidades indígenas com a terra mostra que o reconhecimento de sua propriedade coletiva constitui uma condição para a própria sobrevivência desses povos ou comunidades em si. (COURTIS, 2009, p. 61).

Esta percepção, no mundo ocidental é bastante complicada, pois vai contra o pensamento hegemônico dominante, alicerçado no ordenamento jurídico dos países que, em regra primam pelo domínio exclusivo dos bens, contrastando com o conceito de território.

---

*usar dele; assim das ferramentas que é o que mais estimam, como das suas roupas se as têm, e do seu mantimento; os quais, quando estão comendo, pode comer com eles quem quiser, ainda que seja contrário, sem lho impedirem nem fazerem por isso carranca’.* (CARNEIRO DA CUNHA, 1990, p. 96).

## TERRITÓRIO E TERRA INDÍGENA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DE CONCEITOS BASILARES

Inicialmente é importante destacar que a concepção de terra, território ou territorialidade está atrelada ao sistema cultural, acarretando diferentes concepções entre diferentes povos e diferentes áreas de estudo. Maria Inês Ladeira, em seu estudo a respeito do espaço geográfico *Guarani-Mbyá*, defende que este povo desconsidera as fronteiras impostas pelo sistema jurídico e consideram seu território<sup>7</sup> um amplo espaço independente de limites estabelecidos entre Estados nacionais, conforme segue:

Os Guarani-Mbyá conservam um território - que compreende partes do Brasil, do Uruguai, da Argentina e do Paraguai – formado pontos de passagem e parada, e por aldeias que se interagem por meio das dinâmicas sociais e políticas e das redes de parentesco que implicam permanente mobilidade. [...].

Assim quando dizemos que os Guarani mantêm a configuração de um território tradicional, significa que, para eles, o conceito de território supera os limites físicos das aldeias e das trilhas e está associado a uma noção de mundo que implica a redefinição constante das relações multiétnicas, no compartilhar e dividir espaços [...]. (LADEIRA, 2008, p. 99).

Trata-se do *Yvyrupá*, conceito Mbyá-Guarani que tem como essência a compreensão a inexistência de fronteiras; então, expressa, na sua cosmologia, a estrutura “[...] que sustenta o mundo terrestre e evocaria o modo de vida livre antes da chegada dos europeus, sem fronteiras, sem cercas, sem divisão entre municípios e com liberdade para a existência física e para a sua espiritualidade.” (NUNES; ANTUNHA; FARIAS, 2021, p. 68).

Disso constata-se que a noção de território pode ser diferenciada para diferentes grupos ou até mesmo inexistente para outros grupos de indivíduos, dependendo de perspectivas sociais e culturais:

Por conseguinte, a territorialidade é compreendida muito mais pela relação social e cultural que um grupo mantém com a trama de lugares e itinerários que constituem seu território do que pela referência aos conceitos habituais de apropriação biológica e de fronteira. Assim, existem povos para quem a noção de fronteira é praticamente inexistente, sem que isso signifique que eles não tenham território. (BONNEMAISON, 2002, p. 99-100).

Assim, nem mesmo a força de normas positivadas num ordenamento jurídico consegue impor a limitação territorial e forçar a territorialização, refletindo o poder da cultura. Corroborando com o tema em questão, Maria Inês Ladeira, adverte que o

---

<sup>7</sup> “Segue-se daí que um território é coisa bem diferente de um espaço fechado, protegido por uma fronteira. No fundo, ele é muito mais um ‘núcleo’ do que uma muralha, e um tipo de relação afetiva e cultural com uma terra, antes de ser um reflexo de apropriação ou de exclusão do estrangeiro.” (BONNEMAISON, 2002, p. 101).

conceito de território não é próprio dos povos indígenas e, assevera que o território está relacionado às tradições e cosmologias:

De um modo geral, a Antropologia vem trabalhando o conceito de território indígena enquanto espaço físico onde uma determinada sociedade desenvolve relações sociais, políticas e econômicas, segundo suas bases culturais, isto é, o espaço suficiente para o desenvolvimento de todas as relações e vivências definidas pelas tradições e cosmologias. (LADEIRA, 2008, p. 87).

Indica-se, portanto, que a criação de conceitos e categorias acaba por revelar, por vezes, um viés colonizador que deliberadamente não distingue conceitos diferenciados, tal como o das categorias Terra Indígena e Território Indígena. A antropóloga Dominique T. Gallois faz a diferenciação entre Território e Terra Indígena buscando aclarar o entendimento do tema, afirmando que são duas noções absolutamente distintas:

Território não é apenas anterior à terra e terra não é tão somente uma parte de um território. São duas noções absolutamente distintas. [...]. A noção de “Terra Indígena” diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial. (GALLOIS, 2004, p. 39).

De acordo com Cavalcante, apoiado em Manoela Carneiro da Cunha, terra indígena “é um conceito jurídico brasileiro que tem sua origem na definição de direitos territoriais indígenas. Tais direitos foram reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais.” (CAVALCANTE, 2016, p. 2).

Pelo acima exposto, entende-se que as noções de *Terra* e *Território* são distintas, e o referencial de um território fechado advém das restrições impostas pelo contato colonizador, pelas demarcações e estabelecimento de limites que proporcionam ao Estado um maior controle do espaço, uma premissa do capitalismo. Conforme descreve João Pacheco de Oliveira, citado por Dominique Gallois, “Não é da natureza das sociedades indígenas estabelecerem limites territoriais precisos para o exercício de sua sociabilidade. Tal necessidade advém exclusivamente da situação colonial a que essas sociedades são submetidas.” (OLIVEIRA *apud* GALLOIS, 2004, p. 39).

De fato, o processo a que os povos indígenas foram submetidos acarretou mudanças necessárias na forma de se organizar. Thiago Cavalcante pondera que mesmo diante das contingências históricas os indígenas continuam se organizando: “[...] especialmente com base em sua territorialidade que, em razão de contingências históricas, não pode em tudo permanecer como era em tempos mais antigos.” (CAVALCANTE, 2013, p. 35). Reforçando o já mencionado anteriormente, “[...] a noção de territorialidade é utilizada para enfatizar os aspectos simbólico-culturais. Assim, ao se falar em territorialidade a ênfase recai sobre os seus aspectos simbólicos.” (CAVALCANTE, 2013, p. 35). Então, territorialidade é abstração, é

símbolo, que por sua vez, pode incluir a terra demarcada e o que está fora dela ou dela fazer parte, tamanha é a complexidade desse conceito.

Observa-se, portanto, que muito mais que um sentido de propriedade, os povos indígenas imprimem sobre a terra um sentido cultural. Dessa forma o território indígena compreenderá tudo o que a cultura estabelece sobre ela, conforme assevera Luciano:

[...] terra e território para os índios não significam apenas o espaço físico e geográfico, mas sim toda a simbologia cosmológica que carrega como espaço primordial do mundo humano e do mundo dos deuses que povoam a natureza. [...] o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos que nele habitam [...] uma montanha não é somente uma montanha, ela tem significado e importância cosmológica sagrada. (LUCIANO, 2006, p. 101-102).

Trata-se de um olhar diferenciado sobre o espaço e, conseqüente, valorização de muitos aspectos que passam despercebidos para outras culturas. Esta concepção implica o reconhecimento do papel da cultura na constituição do território e a importância de sua valorização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a colonização e ocupação do espaço brasileiro provocou imensa desterritorialização. Assim, convém ressaltar a noção de território está intimamente ligada a pressupostos culturais, pois território é sinônimo de viver, de relações humanas e de compreensão de mundo. Portanto, o território não pode ser demarcado e privatizado, como a terra. Lado outro, terra indígena é um conceito criado para atender a uma finalidade, por meio de processo político-jurídico, dando uma roupagem legal ao direito dos povos indígenas à terra.

Ainda, é importante observar que as terras indígenas, quando tem limites legalmente estabelecidos e fixados, são demarcatórios de espaços físicos, o que é diferente de território, que pode extrapolar esses limites, pois o entendimento a partir de algumas culturas pode ser diferenciado

Entende-se também que o território pode incluir a terra indígena, assim como pode extrapolar seus limites, ou, até mesmo, não haver vinculação. Infere-se também, que o território pode extrapolar, inclusive, fronteiras nacionais, como é o caso dos Mbyá-Guarani que consideram como seu território um amplo espaço geográfico que compreende os do sul do continente Americano (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai), o que lhes permite conviverem em países diferentes sem que se sintam como estrangeiros, representado pelo termo *Yvyrupá*, um modo de vida conforme a cosmologia desse povo.

Portanto, compreende-se que a noção de território não visualiza as fronteiras, bem como desconsidera alguns elementos característicos das sociedades modernas alicerçadas no capitalismo, como os limites impostos pela propriedade privada, que é extremamente limitadora, como acontece em terras indígenas que não seguem os pressupostos da ocupação tradicional.

O território é entendido como espaço de reprodução física e cultural dos povos indígenas. Assim a perda de um território pode ocasionar perda de identidade e dificuldades decorrentes, como transformações socioculturais, muitas vezes indesejáveis, pois é muito comum a existência de referenciais territoriais para muitas culturas indígenas no Brasil, o que, para a cultura envolvente, não apresenta o mesmo sentido.

Por fim, destaca-se que entender os conceitos de terra indígena e, principalmente, de território fornecem subsídios para entender a realidade dos povos indígenas, como se relacionam com a terra e com a natureza. Também, proporciona o entendimento da sua relação com o direito estatal, com a sociedade envolvente e com outros grupos indígenas do mesmo território ou não, mesmo aqueles que estão além das fronteiras do Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BINDA, Nadja Havt. **Processos e produtos territoriais: território indígena é terra indígena?**. 2001. **Periódicos UNB**. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/download/10009/7323>. Acesso em: 15 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BONNEMAISON, Joel. **Viagem em Torno do Território**. In: CORRÊA, Roberto Lobato; ROSENDAHL, Zeni. [Orgs]. **Geografia Cultural**. Rio de Janeiro, Ed. UERJ, 2002.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Palácio do Planalto. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. [Org.]. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras Secretaria Municipal de Cultura: 1998.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Imagens de índios do Brasil: o século XVI. **Estud. av.** [online]. 1990, vol.4, n.10, pp.91-110. ISSN 0103-014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141990000300005&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141990000300005&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 14 out. 2023.

CATAFESTO DE SOUZA, José Otávio. **Indigenismos e Políticas Indigenistas nas Américas**. Para uma Análise Comparativa das Relações entre Povos Indígenas e Estados nos séculos XX e XXI. Disponível em:

<http://laced.etc.br/site/indigenismo/arquivos/GT12-Ponencia%5BCatafesto%5D.pdf>.  
Acesso em: 14 out. 2023.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra Indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. **História** (São Paulo) v.35, e75 - 1980-4369. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/his/v35/0101-9074-his-35-00075.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul / Cavalcante**. Assis, SP: UNESP, 2013.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a04v6n10.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

DIAS, Edemir B. Territorialidade e terra indígena: considerações sob o enfoque constitucional. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 10, p. 696-714, out/2022 ISSN 2358-1557 Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/cbpcc/issue/view/91>. Acesso em: 15 out. 2023.

DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. **Modalidades de Terras Indígenas**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 14 out. 2023.

GADELHA, Maria Regina d’Aquino Fonseca. **O impacto da evangelização: elementos para uma análise comparativa da colonização espanhola e portuguesa**. In: Anais do décimo primeiro simpósio nacional de estudos missionários: Missões: a questão indígena. UNIJUI. Santa Rosa: Centro de Estudos Missionários: ed. UNIJUI, 1997.

GALLOIS, Dominique T.. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. In: FANY Ricardo. [Org.]. **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. 1. ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

HAESBAERT, Rogério. Des-territorialização e identidade: a rede “gaúcha” no Nordeste. Niterói: EDUFF, 1997.

ISA, Instituto Socioambiental. **Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes** nº. 169. 2016. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/convencao-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-em-paises-independentes-n%20.-169>. Acesso em: 14 out. 2023.

ISA, Instituto Socioambiental. **O Sistema Interamericano do Direitos Humanos.** Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/o-sistema-interamericano-do-direitos-humanos->. Acesso em: 14 out. 2023.

LADEIRA, Maria Inês Ladeira. **Espaço geográfico Guarani Mbyá:** Significado, constituição e uso. Maringá/Paraná: Eduem: São Paulo. EDUSP, 2008.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro:** o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. MEC/LACED/Museu Nacional, 2006.

NUNES, Orivaldo Jr.; ANTUNHA, João Mitia; FARIAS, João Maurício. Retomadas do Território Ancestral, Reterritorialização e Cosmopolítica Indígena Mbyá-Guarani (**Cadernos NAUI**, 2021-12-27). Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/175950/browse?type=author&value=Nunes%2C+Orivaldo+Jr>. Acesso em: 05 nov. 2023.

OLIVEIRA, João Pacheco de. *apud* GALLOIS, Dominique T.. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. In: FANY Ricardo. [Org.]. **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. 1. ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **O nascimento do Brasil:** revisão de um paradigma historiográfico. Anuário Antropológico [Online], I, 2010. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/758>. Acesso em: 14 out. 2023.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. O Direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. In **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, nº 5, ano 3, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n5/v3n5a03.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço:** técnica e tempo, razão e emoção. 4. ed. São Paulo: EdUSP, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. Comentários do artigo 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo Saraiva/Almedina, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Mares. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: editora Juruá, 2012.

## MATERNAGEM E CULTURA: ASPECTOS GERAIS DA MATERNAGEM NO CONTEXTO GLOBAL E EM POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Marigley Leite da Silva de Araujo<sup>8</sup>

Rosângela Angelin<sup>9</sup>

**Resumo:** Enquanto a maternidade é algo intrínseco do corpo feminino, a maternagem pressupõe a forma como o ser infante será criado e, isso remete a uma diversidade de formas como mulheres de diversas culturas vivem e os atravessamentos pelos quais são submetidas. Assim, a partir de um estudo hipotético, alicerçado em uma hermenêutica feminista, documentos, produções acadêmicas e institucionais, tem-se a seguinte pergunta condutora: quais os atravessamentos culturais envolvendo a maternagem no âmbito global e em povos indígenas brasileiros? Percebe-se que o patriarcado tem influenciado de maneira contundente nas formas de maternar, relegando o espaço privado às mulheres. Porém, em grupos indígenas, onde o patriarcado ainda não se faz tão presente, mulheres ainda preservam formas distintas de maternar, revelando valores culturais mais sistêmicos e sem a pressão de ter que ocupar-se ou criar filhos/as moldados para o mundo capitalista patriarcal.

**Palavras-chave:** Culturas indígenas. Maternagem. Sociedade patriarcal. Mulheres indígenas.

### INTRODUÇÃO

Os temas maternidade e maternagem remetem a uma gama significativa de diversidade do ato de maternar, que, geralmente tem recaído para as mulheres, mas que tem um recorte cultural de atravessamentos pelos quais mulheres e homens são submetidos. A manutenção da espécie humana sobre o planeta requer a existência da maternidade que envolve a geração da vida humana no ventre das mulheres, assim

---

<sup>8</sup> Mestre e Doutoranda em Direito pelo Programa de pós-graduação *stricto sensu*, em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões e Direito Constitucional. Docente do Curso de Direito da URCAMP/São Gabriel. Advogada. Integrante do Projeto de Pesquisa "Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais". E-mail: marigleyaraujo@gmail.com

<sup>9</sup> Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPQ "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", do Projeto de Pesquisa "Movimentos Sociais e Direitos Humanos nas sociedades democráticas: Olhares voltados para a complexidade do Estado e de vulnerabilidades sociais", vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da URI, campus Santo Ângelo-RS. Vice-Líder do Núcleo de Pesquisas de Gênero, da Faculdades EST (São Leopoldo/RS). Integrante da Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangela@san.uri.br

como a maternagem que se ocupa com o cuidado das crianças com sua sobrevivência e com aspectos de acolhida e afeto.

Os aspectos acima mencionados se evidenciam na história da humanidade e na forma como as diferentes culturas criam as crianças e as educam. Nesse sentido, a cultura patriarcal criou um padrão de maternagem onde as mulheres são, predominantemente, as responsáveis exclusivas pela criação e educação da prole, ou como povos indígenas, nos quais as crianças são responsabilidade do coletivo da tribo e não somente da sua família de origem. Sendo assim, a partir de um estudo hipotético, alicerçado em uma hermenêutica feminista, documentos, produções acadêmicas e institucionais, o estudo apresenta o seguinte questionamento: quais os atravessamentos culturais envolvendo a maternagem no âmbito global e em povos indígenas brasileiros?

A fim de dar conta do questionamento apresentado, o estudo se desenvolve em dois momentos: inicia abordando acerca das relações entre maternagem, família e patriarcado, para então, ater-se a tecer uma abordagem sobre aspectos históricos e culturais da maternagem no contexto global e em povos indígenas brasileiros.

## RELAÇÕES ENTRE MATERNAGEM, FAMÍLIA E PATRIARCADO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A figura materna nem sempre foi sinônimo de amor. Por isso, buscar elementos na história para compreender melhor o processo de maternagem é essencial para compreender as suas diversas formas de manifestação. Assim, a abordagem realizada apresenta alguns aspectos históricos em relação às famílias e abrange um olhar sobre essas, a maternagem e o patriarcado, a partir da cultura hegemônica ocidental.

A partir de uma leitura baseada na arqueologia, na história e na antropologia Riane Eisler (2007) afirma que, no início da humanidade, as mulheres eram consideradas e veneradas como deusas devido ao seu poder de procriação. Não existia o casamento monogâmico e, o tipo de família existente era a matrilinear, onde a sucessão é contada a partir das mães. Engels partilha dessa mesma perspectiva de que as mulheres tinham um valor social elevado devido o poder que a maternidade lhes garantia dentro do contexto social. (ENGELS, 2005).

Posteriormente, de acordo com os estudos de Engels, criou-se uma organização familiar chamada *punaluana*, baseada no casamento<sup>10</sup> por grupos, ou seja, vários homens se casavam com várias mulheres. Com o passar do tempo, por instinto de preservação da espécie, os casamentos entre parentes consanguíneos deixou de ser uma prática, passando a se constituir as relações chamadas pré-monogâmicas, onde ao homem era reservado o direito a poligamia e a infidelidade. Essas relações poderiam ser dissolvidas e a prole permanecia com a mulher. (ENGELS, 2005, p. 5). Nessa perspectiva, já se percebe que, devido a matrilinearidade inicial, a prole fica mais próxima da mulher, o que não significa que a

---

<sup>10</sup> É utilizado o termo “casamento”, mas na época não existia essa instituição, de modo que, ao ser utilizado nesse texto, significa a união de pessoas em relações sexuais e, possivelmente, afetivas.

responsabilidade até então sobre os cuidados estavam exclusivamente sobre as mulheres.

Após esse período houve uma solidez nos laços conjugais. A partir daí, tendo em vista a ausência de dados precisos, a história dá um salto no tempo, passando a relatar, de forma minuciosa, a organização familiar romana, que era chefiada pelo cidadão romano, também chamado do *pater*. (WALD, 1998). Não havia escolas; as famílias eram numerosas, incluindo tios, tias, avós e irmãs, sendo que as mulheres solteiras eram encarregadas de cuidar das crianças. Cada família produzia seus próprios bens de consumo e a religião era praticada dentro do núcleo familiar, cabendo o sacerdócio ao *pater*, o qual elegia os deuses de adoração. (COELHO, 2002).

Esta organização familiar era chamada de família patriarcal, uma vez que cabia ao homem o poder sobre a mulher, principalmente, no controle de sua sexualidade e sobre sua prole. Para Badinter, o patriarcado “[...] não designa apenas uma forma de família baseada no parentesco masculino e no poder paterno, mas designa toda a estrutura social que nasça de um poder de pai [...]” (BADINTER, 1986, p. 95).

Com o passar do tempo a autoridade do *pater* diminuiu até ele ser proibido de vender seus próprios filhos (embora permanecendo a permissão de castigos moderados). O parentesco dominante passa a ser o consanguíneo e a mulher-mãe, por meio do *Senatus Consultum Tertuliano*<sup>11</sup>. (SILVA, 2008). passou a ter alguns direitos, tais como: a guarda do filho e os direitos sucessórios dele. (WALD, 1998).

Com o surgimento do Cristianismo, a Igreja passou a legislar através de normas chamadas *cânones*, como forma de diferenciá-las das leis estatais. Os *cânones* passaram a ser chamados de Direito Canônico que, ao contrário das leis romanas, compreendiam a união de casais como um sacramento, ou seja, um ritual religioso. Embora tenha editado normas de convivência um pouco mais favoráveis às mulheres, o Direito Canônico manteve o homem na chefia da sociedade conjugal e assim agindo, acabou dando continuidade à família patriarcal nos moldes fixados pelo Direito Canônico.

O modelo patriarcal permaneceu inabalável até o século XIX, quando, em 1789, entrou em choque com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da sociedade francesa. Desde então, a tirania patriarcal foi, gradativamente, sendo contestada e criticada; porém, o patriarcado segue sendo a estrutura ainda presente na contemporaneidade. No que se refere a maternagem entre a idade média e a atualidade é interessante destacar que, entre os séculos XVI e XVII, as crianças recém-nascidas, filhas e filhos de pessoas da corte, com apenas horas de vida, eram entregues às amas de leite, que os criavam até aproximadamente os cinco anos de idade. Isso porque a vida social das mulheres, ao lado do marido, era incompatível com a tarefa de ser mãe, que demanda tempo com os cuidados com a criança. (PAULO, 2009).

---

<sup>11</sup> Decisão com força de Lei que o antigo senado romano expedia, depois de sancionada pelos Tribunais da Plebe em:

[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573543/000856362\\_Historia\\_interna\\_direito\\_romano.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573543/000856362_Historia_interna_direito_romano.pdf). Acesso em: 18 ago. 2023.

Após o surgimento da ciência denominada demografia, os pais e mães perceberam que os filhos representavam a sua segurança na velhice, quando não poderiam exercer mais atividade laborativa. Também, gradativamente, passaram a compreender que o mais importante para o Estado eram as pessoas como um todo, dando origem a um discurso de dignificação da maternidade, buscando convencer as mulheres que o seu trabalho era nobre e de extrema relevância, sendo atribuídas exclusivamente a ela todas as responsabilidades pela criação e desenvolvimento do filho. (PAULO, 2009).

Além do discurso social acima apontado, as teorias de Rosseau e a psicanálise contribuíram, significativamente, para transformar a mulher-mãe em imagem de abnegação e amor, sendo atribuídas exclusivamente a ela todas as responsabilidades pela criação e desenvolvimento da criança. Rosseau afirmava que “[...] as mães eram responsáveis pela sobrevivência e pela saúde futura dos filhos assim como por toda a educação, seriam elas culpadas também pelo seu destino, por se tornarem homens de bem ou párias sociais, grandes homens ou criminosos.” (PAULO, 2009, p. 46).

Rosseau, Klein e Winnicott sustentavam que o aleitamento era o primeiro sinal de amor da mãe pela criança recém-nascida, sendo esta função indispensável ao que a sociedade espera de uma boa mãe. Esse discurso era bastante cruel para aquelas mães que não conseguiam amamentar, bem como para aquelas que, por questões de ordem financeira, precisavam trabalhar e, portanto, não poderiam dispor de todo o tempo do mundo para os seus filhos. (PAULO, 2009). Frente a esse contexto, Graziuso refere-se a “culpa materna”:

A figura da devoção materna aos filhos surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, com destaque para as mulheres pertencentes a burguesia francesa, com forte influência de Jean-jacques-Rosseau, em sua obra “Emílio, ou da Educação”, que encorajavam o aleitamento materno, cuidados com a alimentação e um maior vínculo entre a mãe e o bebê. Assim nasceu a figura da mãe que sacrifica em nome da prole, sem apego aos sucessos pessoais. Essa figura materna molda a mãe moderna, e aquelas que não conseguem cumprir com a extensa devoção de seu novo papel sentiam-se culpadas, sentindo-se enraizado que se tornou conhecido como “culpa materna”. (GRAZIUSO, 2018, p. 32).

Mesmo na atualidade as mulheres seguem esse padrão de maternagem, assumindo as responsabilidades todas para si. Nesse contexto, movimentos feministas passaram defender que a maternagem é uma construção social e que, a mulher é um sujeito desejante. Por sua vez, sua felicidade não deveria estar ligada à maternidade, como algo natural. A maternidade é natural, mas a maternagem não. Nesse sentido, Angelin e Hahn ponderam:

O problema está quando as diferenças, neste caso as biológicas, são motivos geradores de desigualdades e privilégios para alguns, como aconteceu com as mulheres, a partir da sua suposta naturalização da maternidade e do cuidado, situações essas intensificadas pelas responsabilidades que a maioria das mulheres possui na economia familiar. Natural é parir e alimentar a prole. No mais, o que envolve as relações, seriam construções culturais. (ANGELIN; HAHN, 2019, p. 45).

Ocorre que a ideia de mulher-mãe e única responsável pela maternagem já está enraizada no imaginário da sociedade, tanto que, somente nos últimos anos, a mulher começou admitir, publicamente, que está se sentindo esgotada e que precisa cuidar de si, o que era impensável no passado.

A imposição cultural e a naturalização da maternagem teve como aliado também o mundo jurídico, onde o pátrio poder era hegemônico e as mulheres se encontravam subjugadas a ele. A partir da Constituição Federal de 1988, a família transforma-se em veículo de promoção do princípio da dignidade humana, ou seja, tornou-se democratizada, o que “[...] implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo da violência [...].” Assim sendo, de acordo com as mudanças ocorridas, tanto homens, quanto mulheres são responsáveis pelo contexto familiar. Essas características passaram a ser uma possibilidade de elemento norteador para a relação materno-filial. (GIDDENS, 2005, p. 103).

Paulo (2009, p. 17) explica que, “[...] ambos, tanto o homem quanto a mulher, não nascem pai e mãe, mas se tornam pai e mãe. Eles constroem suas identidades parentais, incorporando valores e características que lhe são transmitidos, através de modelos.” A construção cultural das identidades está sendo transformada, o que pode ser percebido, especialmente, quando se trata das relações afetivas e de cuidados com a prole. Atualmente é possível ver pais assumindo conjuntamente a responsabilidade pela criação de filhos e filhas.

Dado o exposto, a seguir, o texto ocupa-se em adentrar na reflexão acerca de alguns aspectos envolvidos na maternagem, no contexto global.

## **ASPECTOS GERAIS E CULTURAIS DA MATERNAGEM E EM POVOS OCIDENTAL HEGEMÔNICA E DE POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS**

Cada cultura concebe a maternidade e a maternagem de formas diferentes. Ser mãe pode significar tanto uma experiência muito prazerosa, como também muito negativa, dependendo do contexto que a mulher-mãe está inserida. Habermas, ao analisar a identidade explica “[...] pertence ao caráter social das pessoas naturais o suposto de que elas se formam como indivíduos através das formas de vida intersubjetivamente compartilhadas, conformando sua identidade nas relações de reconhecimento recíproco [...].” (HABERMAS, 2008, p. 83).

Com a globalização ocorreram mudanças de toda ordem na sociedade, como o “[...] aumento das desigualdades econômicas entre os países e no interior de cada um deles; o desemprego crescente; o desaparecimento progressivo de universos autônomos de produção cultural pela imposição de valores comerciais [...].” (MOREIRA, 2001, p. 84), sendo que essas foram as mudanças que mais impactaram a vida doméstica de forma imediata, espaço esse, ainda de responsabilidade e obrigação das mulheres, onde se encontra também o cuidado com a prole.

Também o consumo impõe estilo de vida e serve de mecanismo de defesa dentro da sociedade. Desta forma, “[...] o modo de consumir pode revelar anseios, práticas, adesão a valores e estratégias de distinção numa dada sociedade [...].”

(EGERT; LOCATELLI, 2010, p. 113). Para Bourdieu (2012, p. 11), “[...] as diferentes posições que os grupos ocupam no espaço social correspondem estilos de vida, sistemas de diferenciação que são a retratação simbólica de diferenças objetivamente inscritas nas condições de existência [...]”. Nesse contexto de diferenças de estilos de vida, a maternagem, compreendida como os cuidados dedicados as crianças e jovens - enquanto esses constroem a sua personalidade ao mesmo tempo em que se integram no meio social (PEREIRA, 2012) -, se desenvolve de diversas formas no mundo contemporâneo.

A influência dos movimentos feministas corroborou para que a maternagem fosse repensada no contexto contemporâneo e, por conseguinte, fosse mudando. Aliado a isso é importante ratificar que a maternagem é uma construção social. A exemplo disso, relata-se a história de Pamela Druckerman, jornalista nova-iorquina, que fixou residência em Paris (França), juntamente com o seu marido inglês. Na França nasceram seus filhos e, o casal passou a conviver com outros pais de crianças desse país, podendo constatar comportamentos diferentes envolvendo a maternagem, tantos nas crianças, quanto das mães dessas. Essas observações culminaram no livro intitulado, “Crianças Francesas Não Jogam Comida Fora”. Na obra, entre outras questões, a autora refere que os bebês dormem a noite toda, a partir dos dois meses; frequentam creches, a partir dos nove meses e comem no mesmo horário que os adultos. (DRUCKERMAN, 2012).

O segredo francês, de acordo com Druckerman, é educar a criança a esperar, um método que começa nos primeiros dias de vida. Quando a criança chora a noite, por exemplo, os pais se aproximam e tão-somente a observam por minutos até que voltem a dormir. As mães entendem que as crianças precisam saber lidar com as frustrações e, que isso é um ensinamento valioso por toda a vida. A mãe consegue administrar melhor a liberdade e a responsabilidade no cotidiano familiar. Tal cultura proporciona que a mãe consiga, por exemplo, ler um livro ou conversar com amigas no parque, enquanto a mãe americana vive exausta e histérica tentando impedir que algo aconteça com o filho. (DRUCKERMAN, 2012).

Independentemente do país ou da cultura, a maternagem no Estado Democrático de Direito perpassa pela educação dentro dos princípios fundamentais. Segundo Hahn, “[...] para se construir uma cultura de direitos humanos, o cuidado de viver os valores integrados nos Direitos Humanos é fundamental. As gerações novas necessitam ser integradas nessa cultura pela vivência de gerações mais amadurecidas.” (HAHN; DUARTE, 2012).

Até o momento, foi abordada a maternagem a partir de um olhar ocidental, colonizado e com características voltadas para mulheres bancas e de classe média alta. No entanto, no Brasil, existem muitas culturas diversas que influenciam no processo de maternagem, mas tem as culturas dos povos indígenas que, podem diferir da cultura hegemônica e patriarcal de cuidado com a prole. Embora questões como moradia, proximidade com os grandes centros, segurança e status dentro da própria comunidade possam influenciar diretamente o modo de vida dos povos indígenas, na maioria das comunidades, em especial, de povos mais isolados, há semelhanças no exercício da maternidade. De acordo com a antropóloga Daniela de Lima a maternagem indígena da atualidade é diversa e tem a ver com vários fatores, conforme segue:

Para entender o modelo de maternidade de cada mulher, é preciso considerar se o povo ao qual ela pertence tem suas terras demarcadas ou não; se mora longe, perto ou até mesmo dentro da cidade; se vive em beira de estrada, defendendo-se de bala de capanga de latifundiário; se dentro da sua comunidade ela tem lugar de destaque; se é ama-de-leite; se é esposa ou filha de liderança; se ela mesma é liderança; se é mais velha ou mais nova; quantos filhos ela tem; se trabalha fora da aldeia ou fica em casa; se a sua etnia ainda fala a própria língua ou majoritariamente o português. (DREHER, 2020, s.p.).

A antropóloga Lúcia Helena Rangel, professora da PUC-SP, que estudou o povo indígena brasileiro, *jamamandi*<sup>12</sup>, explica que nessa comunidade indígena, homens e mulheres desempenham funções sociais diferentes que se complementam e que, nesta divisão de tarefas, cabe à mãe educar os filhos para a vida adulta. De acordo com a pesquisadora “[...] mãe e criança quase se fundem em um mesmo corpo” e, “[...] a mãe cumpre um papel-chave na formação dos vínculos sociais e de pertencimento a família e a um povo.” A criança, até completar dois anos de idade, está sempre grudada com a mãe, que a transporta para todos os lugares em uma espécie de tipoia. Dessa forma, o acesso ao leite materno é imediato e ilimitado. O bebê acompanha a mãe nas tarefas diárias, tais como cozinhar, apanhar lenha, limpar a roça e faz colheita. (RANGEL, 2011, p.1; 2).

Dreher apresenta os costumes da maternagem em outras aldeias indígenas brasileiras, conforme segue:

*“Como o parto é normal, o leite chega mais rápido para nós”, explica Gisele Fontes (Umussy), da aldeia Dessana próxima a Manaus “Chega muito leite, então a criança mama o quanto ela quiser” [...]. É assim na aldeia da Terra indígena Wavi-MT, do povo Tapayuna. “A criança fica colada no peito da mãe praticamente o dia inteiro” descreve a antropóloga Daniela de Lima. Elas usam uma espécie e tipoia para carregar as crianças – que ficam com acesso ao peito quando quiserem e assim continuar seus afazeres. “Elas vão fazer artesanato, tirar roupa do varal, isso e aquilo, geralmente com a criança no peito. As Tapayuna também têm um hábito de amamentar até escassear o leite. As Kayapó utilizam uma espécie de sling para carregar as crianças enquanto trabalham [...]. As crianças Kaingang mamam no peito de mais de uma mãe, segundo a tradição, e até quando quiserem. “Eu vejo que a gente não tenta colocar todo mundo na mesma caixa. Cada um é um. E cada um é diferente ente si”, explica Joziléia Daniza Jacobsen (Yakixo), antropóloga Kaingang. Ela explica que algumas crianças já param de mamar com menos de um aninho enquanto outras podem mamar até os seis anos. (DREHER, 2020, p. 2).*

Segue a antropóloga *Kaingng*, Joziléia Daniza Jacobsen, afirmando que, quando o filho está um pouco maior, a mãe a carrega nas costas. O contato com os

<sup>12</sup> “Os Jamamadi fazem parte dos povos indígenas pouco conhecidos da região dos rios Juruá e Purus que sobreviveram aos dois ciclos da borracha, em meados do século XIX. Nos anos 1960, foi previsto seu desaparecimento como grupo diferenciado, mas a partir daquela época os Jamamadi conseguiram se recuperar, tanto em termos demográficos quanto culturais. Este verbete apresenta as informações esparsas de que dispomos sobre esta etnia.” (RANGEL, 2011, p. 1).

familiares é livre e todos colaboram com o desenvolvimento da criança. Joziléia aduz que “[...] você sabe que é importante para o seu filho que a avó leve ele para tomar banho, que outras mães deem comida, que ele se relacione com os diversos irmãos...porque isso é um apoio.” (JACODSEN, 2020, p. 4) o comportamento do pai de recém-nascido também se modifica. Em algumas etnias, nos primeiros dias após o nascimento, o pai não sai de perto da casa nem para caçar ou pescar. Então, a família conta com o auxílio da coletividade para se alimentar nesse período. (DREHER, 2020, p. 5).

Outro aspecto importante que permeia a maternidade indígena de muitos povos é a valorização do papel materno, se comparado com a família tradicional hegemônica, onde os cuidados das crianças são, muitas vezes, relegados às babás e as telas. No entanto, como em todas as culturas, nas culturas indígenas “[...] as crianças se machucam, choram e ficam doentes. Elas mordem o bico do peito da mãe quando começam a vir os dentes e as mães não querem mais dar de mamar. Elas também riem e fazem gracinhas para a família toda babar.” (DREHER, 2020, p. 5).

Hodiernamente, com o crescimento das fábricas próximos as regiões indígenas, muitas mulheres passaram a trabalhar fora. A antropóloga *Kaingng*, Joziléia Daniza Jacodsen, observa que a amamentação das crianças foi modificada com o passar dos tempos, em especial, pelo fato das mulheres indígenas estarem trabalhando em indústrias. Diante disso, a rotina familiar sofreu significativas mudanças, especialmente, no que diz com a amamentação, pois as mães chegam a ficar até onze horas longe de casa. Nessa nova realidade, a rede de apoio tem funcionado como um conforto para as mães, que enfrentam com naturalidade a nova vida “[...] a nossa vida não era como antes e temos nos adaptar `as necessidades.” (JACODSEN, 2020, p. 4).

Ao afastar-se do seu grupo para exercer atividade laborativa a mulher-mãe indígena passa a conviver diuturnamente com a cultura dominante, onde as mulheres são consideradas apêndices dos homens; as trabalhadoras não gozam de igualdade econômica e as mães são instrumentos para a reposição da vida humana, ou seja, passam a fazer parte da estrutura patriarcal que as envolvem e, gradativamente, a transformam como mulheres e, conseqüentemente, como mães. Saffioti alerta para a influência determinante do capitalismo sobre as identidades femininas:

A consciência da dependência em que, desde seus inícios, a formação econômico-social capitalista vem constituindo no Brasil e dos limites que a estrutura internacional de poder impõe à sua realização nos níveis alcançados pelas sociedades de consumo de massas constitui o ponto inicial para a compreensão dos papéis sociais que homens e mulheres vêm desempenhando na sociedade brasileira desde os seus primórdios. (SAFFIOTI, 2013, p. 229-230).

Sabe-se que no Brasil a trajetória dos diversos grupos sociais de mulheres não foi a mesma. Por isso, há que se ter presente essas diferenças que tem recortes étnicos e de classe, muitas vezes relativizados. Fato é que, “[...] Mulheres indígenas, mulheres negras escravizadas, mulheres brancas pertencentes a camadas mais pobres e mulheres brancas pertencentes à classe dominante passaram por caminhos bem distintos de discriminação [...]” (CHAKIAN, 2019, p. 65). Nesse contexto, a título

exemplificativo, enquanto as mulheres brancas enfrentaram e continuam enfrentando discriminação no espaço privado, onde sempre foram subjugadas ao poder do chefe da família, mulheres indígenas de algumas tribos, como visto, anteriormente, vivenciam uma forma de colaborativa de convivência, onde o homem e a mulher possuem tarefas distintas, porém, sendo todas valorizadas.

Dado o exposto, considera-se que existem uma gama de diversidade de formas de exercer a maternagem e, a cultura envolvente e a cultura própria influenciam nesse processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do objetivo geral da pesquisa de refletir como se diferencia a organização da maternagem hegemônica patriarcal com a maternagem de povos indígena no Brasil, ao finalizar o trabalho, atenta-se para alguns aspectos. Nesse sentido, percebe-se que o patriarcado tem influenciado de maneira contundente nas formas de maternar, dependendo a cultura e, no caso da cultura hegemônica ocidental, a maternagem se apresenta como uma imposição às mulheres, relegando o espaço privado a elas, enquanto os homens permanecem no espaço público. Isso tem gerado muitas desigualdades, pois existe uma naturalização da maternagem, como sendo papel feminino e, por conseguinte, uma sobrecarga às mulheres que assumem jornada dupla de trabalho: o cuidado com a prole e as obrigações doméstica, enquanto, ao mesmo tempo, precisam trabalhar fora de casa. Isso denota uma forte influência do patriarcado que, foi se adequando à lógica do capital e tem afetado de forma muito contundente a vida das mulheres.

Muito embora o Brasil tenha uma diversidade bem grande de povos indígenas e, cada qual com sua cultura específica, percebe-se que existem alguns aspectos que são similares com os das mulheres não indígenas, como o fato da amamentação e do cuidado com prole. Porém, percebe-se que, em alguns grupos indígenas, onde o patriarcado ainda não se faz tão presente, mulheres indígenas ainda preservam formas distintas de maternar, revelando valores culturais mais sistêmicos e sem a pressão de ter que ocupar-se ou criar filhos/as moldados para o mundo capitalista patriarcal. Por sua vez, como no caso do povo *Kaingang*, aqui estudado, a cultura envolvente tem afetado na forma de maternar das mulheres desses povos.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; HAHN, Noli Bernardo. **Movimentos feministas e a vida das mulheres:** (re)construindo possibilidades emancipatórias. Curitiba: CRV, 2019.

BADINTER, Elisabeth. **Um é o Outro:** relações entre os homens e mulheres. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo sexo.** Trad. Sérgio Milliet. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, 2v. *In:* CHAKIAN, Sílvia. **A Construção das Mulheres:**

histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres**: histórico, limites e diretrizes para uma proteção pela eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: família e sucessões. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DREHER, Andressa. **Maternidade Indígena**: como os indígenas vivenciam o parto, a amamentação e a criação dos Filhos. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/maternidade-indigena/>. Acesso em: 18 ago. 2023.

DRUCKERMAN, Pamela. **Livro Explica porque crianças francesas são mais comportadas do que em outras partes do mundo**. 2012. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/dnna/noticia/2012/02/livro-explica-por-que-criancas-francesas-sao-mais-comportadas-do-que-em-outras-partes-do-mundocjplkknk600br26cn8k26641o.html>. Acesso em: 18 ago. 2023.

EGERT, Renata; LOCATELLI, Liliana. Sociedade de Consumo, meios de comunicação e conflito. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OIMO, Florisbal de Souza [Orgs.]. **Diálogos e entendimentos**: Direito e Multiculturalismo e Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 120-121.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Texto Integral. 2. ed. São Paulo: Escala, 2005.

GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via**. Tradução Maria Luiza X. De A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GRAZIUSO, Bruna Kern. **Úteros e fronteiras**: gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

HABERMAS, Jürgen **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HAHN, Noli Bernardo; DUARTE, Letícia Rieger. Educar para uma Cultura dos Direitos Humanos. *In*: MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela [orgs.]. **Direitos Humanos e Sociais à Luz da Teoria da Complexidade de Edgar Morin**: discussões acerca de sua efetivação no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2012.

JACODSEN, Joziléia Daniza. O papel das avós na criação das crianças indígenas. *In*: DREHER, Andressa. **Maternidade Indígena**: como os indígenas vivenciam o parto, a amamentação e a criação dos Filhos. 2020. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/maternidade-indigena/>. Acesso em: 18 ago. 2023.

KNIBIEHLER, Yvonne. *In*: BADINTER, Elisabeth. **Um é o Outro**: relações entre homens e mulheres. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 81-82.

MOREIRA, Antônio Flávio Barbosa. **A recente produção científica sobre currículo e multiculturalismo no Brasil (1995-2000)**: avanços, desafios e tensões. Rev. Bras. Educ. v.18, p. 65-81, 2001, <https://doi.org/10.1590/S1413-24782001000300007>. Acesso em: 23 out. 2023.

NEWMAN, Katherine S. **Laços que prendem**: Interpretações culturais sobre a maturidade tardia na Europa Ocidental e no Japão. Cadernos PAGU, v. 32, p. 43-82, jan.-jun. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/KzzkTLZsM6yhMPMPynPyFMk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 ago. 2023.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser mãe nas novas configurações familiares: a maternidade psicoafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. v.9, abril/maio. Porto Alegre: Magister, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PITOLI, Gisele. WAMBIER, Sandro Marlus. Cidadania e Manutenção da Cultura e Identidade Étnica das Populações Indígenas no Paraná. Produção didático-pedagógica. Programa de Desenvolvimento Educacional – PDE 2016/2017. Universidade Federal do Paraná. **Cadernos PDE** - Os desafios da escola pública paranaense na perspectiva do professor PDE, v. II, 2016. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pde/pdebusca/producoes\\_pde/2016/2016\\_pdp\\_hist\\_ufpr\\_giselepitoli.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernos/pde/pdebusca/producoes_pde/2016/2016_pdp_hist_ufpr_giselepitoli.pdf). Acesso em: 18 ago. 2023

RANGEL, Lúcia Helena. **Elo e sentido na maternidade indígena**. Entrevista online para Patrícia Fachin. Instituto Humanistas Unisinos, Edição 359, 2011. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3804-lucia-helena-rangel->. Acesso em: 18 ago. 2023.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2008.324 p. -- Edições do Senado Federal; v. 106). Disponível em:



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573543/000856362\\_Historia\\_interna\\_direito\\_romano.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573543/000856362_Historia_interna_direito_romano.pdf). Acesso em: 18 ago. 2023.

WALD, Arnold. **Direito de Família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

## AUTONOMIA OU IMPOSIÇÃO? DIÁLOGOS SOBRE O USO DO HIJAB POR MULHERES MUÇULMANAS

*Gabriela Felden Scheuermann<sup>13</sup>*

*Noli Bernardo Hahn<sup>14</sup>*

**Resumo:** Este artigo tem como tema a tensão sobre o uso do hijab por mulheres muçulmanas a partir dos Direitos Humanos. A pergunta que guia esta pesquisa baseia-se em dois questionamentos centrais: Mulheres muçulmanas são sempre obrigadas a usar o hijab ou muitas usam por opção própria? A tese que se argumenta é de que o uso do hijab deve ser visto a partir de uma concepção dialógica e relacional dos Direitos Humanos. O objetivo consiste, portanto, em abordar o uso do hijab não apenas como uma imposição violenta do Talibã, mas como elemento de autonomia, identidade e liberdade religiosa. Adota-se predominantemente o modo de raciocínio dedutivo, mesclando a abordagem analítica e hermenêutica.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Hijab. Fundamentalismo. Liberdade Religiosa. Autonomia.

### INTRODUÇÃO

O uso do hijab por mulheres muçulmanas sempre foi motivo de polêmica: elas são obrigadas a usar ou usam por uma opção religiosa? O ponto central da discussão pode estar centrado em uma visão equivocada que o Ocidente possui do Oriente, em especial, de não compreender a diferença entre a religião do Islã e o grupo fundamentalista Talibã. O questionamento faz-se atual por dois fatos principais: (1) pela volta do Talibã ao poder em 2021, com o retrocesso de diversos direitos conquistados pelas mulheres muçulmanas e, sobretudo, pela morte da jovem Mahsa Amini de 22 anos pelo “mau uso” do hijab e (2) porque a França, um dos países que mais recebe pessoas de origem árabe, tem restringido o uso do hijab e do burkini em espaços públicos.

Existe uma tensão em relação ao uso do hijab: de um lado, mulheres são obrigadas, sob pena de violência, a usar a vestimenta. Por outro lado, quando usam de forma autônoma e em nome da liberdade religiosa, também são reprimidas, mas agora não pelo Talibã, e sim por uma visão de mundo ocidental que as vê como

---

<sup>13</sup> Doutoranda Bolsista CAPES-CNPq em Direito pelo PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus Santo Ângelo. Mestra em Direitos Especiais pela mesma Universidade. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Cerro Largo. E-mail: gabischeuermann.gf@gmail.com

<sup>14</sup> Pós-doutor pela Faculdade EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESP. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera o Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado à Linha 1, Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI.

submissas. Com efeito, se obrigar a usar o hijab é um atentado contra os direitos humanos e liberdade das mulheres, não as deixar usar por opção própria e religiosa também não seria uma ofensa aos direitos humanos?

Nesse sentido, por entender que muitas mulheres muçulmanas são estigmatizadas pelas suas próprias escolhas, o objetivo central desta pesquisa é abordar o uso do hijab não apenas como uma imposição violenta do Talibã, mas como elemento de autonomia, identidade e liberdade religiosa de mulheres muçulmanas. Noutras palavras, é compreender que, em nome dos direitos humanos, as mulheres têm o direito de optar pelo uso da vestimenta religiosa, sem serem oprimidas por isso.

Para tanto, adota-se o modo de raciocínio dedutivo, mesclando a abordagem analítica e a hermenêutica, pois parte-se da teoria crítica e relacional dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores para chegar-se à questão específica e contextualizada do uso do hijab. O caminho traçado nesta pesquisa inicia-se pela crítica à visão clássica universal e relativista dos direitos humanos em nome de uma visão dialógica e relacional, depois adentra na diferença entre a religião islâmica e o grupo fundamentalista Talibã para, por último, compreender a questão central do uso do hijab e a tensão dialética que existe entre os direitos humanos. Esta tensão só é superada por uma compreensão complexa que incide em integrar paradoxos, ambiguidades e ambivalências no tocante do sopesamento de princípios de perspectiva ou mais da individualidade ou da coletividade. Por fim, cabe destacar que a voz presente nesta pesquisa não é de uma mulher muçulmana, mas de autores dispostos a abrir caminhos para uma reflexão além da visão ocidental de mundo.

## **DIREITOS HUMANOS: DE UMA VISÃO CLÁSSICA UNIVERSAL E RELATIVISTA PARA UMA VISÃO DIALÓGICA E RELACIONAL**

Como teoria clássica de fundamentação, os Direitos Humanos dividem-se entre a corrente universalista e a corrente relativista. O questionamento central entre ambas é o seguinte: podem os Direitos Humanos ter um sentido universal ou são culturalmente relativos? Noutras palavras, conforme Santos e Lucas (2015), é possível sustentar a legitimidade cultural sem esvaziar o viés universalista dos Direitos Humanos?

Como teoria contemporânea e crítica à clássica, os Direitos Humanos passam a ser complexados a partir de uma visão relacional e multicultural. Dentre os autores das teorias complexas dos Direitos Humanos, estão Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores. Boaventura defende os Direitos Humanos no viés multicultural através do diálogo e Herrera Flores defende que os Direitos Humanos devem ser compreendidos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais e, por isso, são dialógicos e relacionais.

Considerando que esta pesquisa tem como objetivo analisar e compreender vivências e contextos para definir os Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito aos direitos das mulheres ignoradas pelas teorias feministas hegemônicas, adota-se como base a teoria e método relacional de Herrera Flores. Mas, antes, discorre-se brevemente sobre cada uma das teorias mencionadas.

Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 10 de dezembro de 1948. A Declaração, segundo Piovesan (2018, p. 229), “consolida a afirmação de uma ética

universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.

Uma das principais características adotada pela Declaração é a universalidade, isto é, ela é aplicável a todas as pessoas, independentemente de raça, religião e sexo. Por isso, ao longo do texto, é comum encontrar a expressão “todos”, a exemplo dos três primeiros artigos. De acordo com o artigo 1º da DUDH, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos [...]”. O artigo 2º estabelece que “todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma [...]”. O artigo 3º elenca que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança nacional”. E assim por diante.

Para os que compartilham desta visão universalista, o fundamento dos Direitos Humanos é a dignidade humana como valor intrínseco. Segundo Flávia Piovesan (2018, p. 236), a condição da pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos humanos. No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 37), afirma que o fundamento que justifica a universalidade dos direitos humanos é de que os seres humanos possuem os direitos reconhecidos “pelo mero fato de haver nascido”.

Para os universalistas, o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana como valor intrínseco à própria condição humana. Nesse sentido, qualquer afronta ao chamado ‘mínimo ético irreduzível’ que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a direitos humanos. (PIOVESAN, 2018, p. 245).

Nesse pensamento, os direitos se apresentam como um fato que já existe, dado de uma vez por todas e é algo que “*temos todos e todas sem tomar em consideração nossas circunstâncias particulares.*” (FLORES, 2009a, p. 37, grifo do original). No entanto, “com que legitimidade podemos falar de direitos humanos universais quando mais de quatro quintos da humanidade vivem à margem da miséria e da sobrevivência?” (FLORES, 2009b, p. 17). Ou melhor, “de que universalidade estamos falando: da dos privilégios ou a da pobreza e da opressão?” (FLORES, 2009b, p. 17).

Para muitos, considerando as injustiças sociais globais e, sobretudo, a perpetuação do controle e da dominação de alguns povos sobre outros (colonialismo/colonialidade), os direitos humanos universais foram pretextos do Ocidente para perpetuar o seu poder global hegemônico, pois nem todos os seres humanos são compreendidos como universais e dignos de respeito e proteção. Assim, “podría decirse que los derechos humanos en su versión liberal y burguesa se construyeron y se consolidaron bajo un falso universalismo.” (RUBIO, 2015, p. 187).

Si bien podía ser una herramienta de emancipación para algunos colectivos, también fue un instrumento de dominio y de control sobre la mayoría de la población local, nacional y global, tanto por lo que representaban como bandera de libertad y dignidade, como por lo que invisibilizaban y ocultaban – relaciones de poder y sus dispositivos de controle en su modo ideológico e institucional de ser concebidos. (RUBIO, 2015, p. 188).

Em contraponto à concepção universal dos direitos humanos, alguns autores defendem o relativismo, o qual não se restringe unicamente na dignidade humana e no sentido igualitário e universal dos seres humanos, mas relaciona-se também com

aspectos políticos, econômicos, culturais e sociais. Nesse contexto, “cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade.” (PIOVESAN, 2018, p. 242). Essa concepção surge como uma resposta contra a imposição da cultura ocidental hegemônica dos direitos humanos, pois tem a cultura como um dos principais fatores.

Na visão relativista, o que se sobrepõe é a coletividade, não o indivíduo. Especialmente porque a cultura é o ponto central e é a partir dela que se fundamentará os direitos humanos. Nesse contexto, afirma Bobbio (2004, p. 15), “[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”. Essa visão, portanto, vê o homem como um sujeito histórico, inserido dentro de uma comunidade ligada por laços religiosos, culturais, morais e sociais. (SANTOS; LUCAS, 2015).

Na análise dos relativistas, a pretensão de universalidade desses instrumentos simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar suas próprias crenças. A noção universal de direitos humanos é identificada como uma noção construída pelo modelo ocidental. O universalismo induz, nessa visão, à destruição da diversidade cultural. (PIOVESAN, 2018, p. 245).

No mesmo sentido, Rúbio (2015) afirma que o universalismo faz com que o sujeito seja abstrato, sem uma identidade concreta e sem levar em consideração as especificidades e particularidades de cada um e de cada cultura.

La crítica y las limitaciones de esta perspectiva [universal] son varias: el sujeto de los derechos humanos es abstracto y vacío y pierde su identidad concreta, con su condición de clase, de género y sus características étnicas. **Todas las determinaciones reales y materiales son sacrificadas en el altar del hombre abstracto, sin historia y sin contexto.** (RÚBIO, 2015, p. 194, grifou-se).

Contudo, conforme esclarecem Santos e Lucas (2015), a cultura não pode conduzir a uma noção de moralidade que esteja acima da noção de humanidade. Porque caso se admita que uma cultura possa ter uma concepção moralista acima das demais, estar-se-á criando um império de valores e caindo, outra vez mais, no universalismo a partir de uma cultura única. Assim, “o potencial dos direitos humanos não se põe contrário à cultura, mas tem o dever de questionar todas as formas de exercício que, porventura, seja denegatórias da própria condição humana enquanto tal.” (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 223).

Como crítica ao universalismo e ao relativismo, Joaquín Herrera Flores discorre que

A polêmica sobre os direitos humanos no mundo contemporâneo está centrada em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. Em primeiro lugar uma visão abstrata, vazia de conteúdo e de referências com relação às circunstâncias reais das pessoas e centrada em torno da concepção ocidental de direito e do valor da identidade. Em segundo lugar, uma visão localista na qual prevalece o próprio, o nosso com respeito ao dos outros e centrada em

torno da ideia particular da cultura e do valor da diferença. (FLORES, 2009a, p. 149).

Assim, como teoria crítica aos direitos humanos e às teorias clássicas, destaca-se Joaquín Herrera Flores, o qual cria um método relacional e complexo que consiste no diálogo entre diversas vertentes. Segundo o autor, “não basta ter uma definição abstrata da dignidade e dos valores que a conformam. É preciso reconhecer a experiência particular das culturas e das formas de vida para apreciar o componente universalista da ideia de dignidade.” (FLORES, 2009a, p. 135). Esse reconhecimento ocorre, para Flores, por meio de uma metodologia relacional “que procure os vínculos que unem os direitos humanos a outras esferas da realidade social, teórica e institucional.” (2009a, p. 72).

Desse modo, a metodologia relacional de Flores insere os direitos humanos dentro de um cenário complexo de ação, pluralidade e de história. Para ele, “nunca devemos entender os direitos humanos ou qualquer outro objeto de investigação de um modo isolado, mas sempre em relação ao restante dos objetos e fenômenos que se produzem em uma determinada sociedade.” (FLORES, 2009a, p. 86).

As concepções expostas anteriormente (universal e relativista) acabaram ficando restritas demais, em especial diante da atual sociedade globalizada e complexa. Se por um lado ignorava as diferenças e as particularidades, por outro considerava a cultura e a coletividade acima do indivíduo. Portanto, pode-se afirmar que são visões reducionistas dos direitos humanos. De modo diferente, Flores (2009a) busca situar os direitos humanos em contextos diferentes, que se relacionam de forma constante a conjunto de ideias (culturais, artísticas, científicas), instituições (governo, família, meios de comunicação, movimentos sociais), forças produtivas (trabalho, recursos, tecnologia) e relações sociais de produção (interconexões entre grupos de seres humanos). (FLORES, 2009a, p. 87).

Para o jurista, os direitos humanos não são produtos acabados, mas conquistas a partir de lutas e movimentos sociais sempre em busca da dignidade humana. A dignidade humana é, sempre, a busca dos direitos humanos, isto é, na concretização de um acesso igualitário aos bens materiais e imateriais que “nos permite levar adiante nossas vidas a partir de nossas particulares e diferenciadas formas de vida.” (FLORES, 2009a, p. 116). Assim, “os direitos humanos, vistos a partir de uma perspectiva crítica e contextualizada [...] podem converter-se não em uma joia a ser contemplada, mas sim no resultado de lutas que se sobrepõe com o passar do tempo.” (FLORES, 2009a, p. 114).

Para conseguir inserir os direitos humanos nas mais diversas esferas sociais e epistemológicas, Flores cria a ideia de um “diamante ético”.

Na qualidade de diamante, nossa figura pretende afirmar a indiscutível interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo. Com o ‘diamante ético’, nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que ‘todas e todos’ possam levar à prática sua concepção da dignidade humana. (FLORES, 2009a, p. 113).

O objetivo desta imagem – o diamante ético – se baseia na ideia de que tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e também não são dados com antecedência, de forma definitiva e acabada; são construídos pela própria comunidade/grupo, “o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento.” (FLORES, 2009a, p. 117). Desse modo, Flores desafia os direitos humanos a serem direitos vivos, em constante transformação e reinvenção, pois a busca pela dignidade humana estará sempre relacionada a fatores, ações, epistemologias, política, cultura e teorias, ou seja, a constantes variáveis.

No entanto, embora as vivências e realidades devem ser levadas em consideração na busca pela dignidade humana e dos direitos humanos, é preciso estar atento a um “mínimo ético comum” (SANTOS; LUCAS, 2015). A cultura de cada sociedade não deve ser vista de forma absoluta; ela pode mudar com o tempo. É preciso encontrar um meio termo, um meio termo relacionado à existência humana, porque a homogeneização absoluta, tanto do indivíduo como das culturas, pode levar a fundamentalismos. Segundo Santos e Lucas (2015, p. 241), “a desumanização, tanto pela diferença excludente quanto pela universalidade homogeneizadora é o berço da proliferação de etnicismos, racismos e fundamentalismos”.

Compreender os direitos humanos de forma complexa e relacional, baseados em um mínimo ético comum, é essencial para combater injustiças sociais e desigualdades em nome da dignidade humana. Como entender que existem mulheres que, por autonomia e escolha própria, optam por usar o *hijab* e, ao mesmo tempo, estar ciente de que muitas são obrigadas a isso? Essa tensão existe em decorrência de um fundamentalismo que pode aniquilar a liberdade de escolha e, como consequência, esvaziar a essência dos direitos humanos. Por isso, o tópico seguinte busca trazer, de forma contextualizada e relacional, a religião do islã e o grupo fundamentalista talibã.

## **ATÉ ONDE OS DIREITOS HUMANOS ALCANÇAM? ENTRE O ISLAMISMO E O FUNDAMENTALISMO DO TALIBÃ**

Para críticos da teoria clássica, os direitos humanos foram uma construção do Ocidente, uma forma de perpetuar a dominação, o poder e criar uma cultura universal por meio da universalidade do indivíduo e dos direitos humanos. Por isso, mesmo que hoje existam teorias críticas que buscam complexar e situar os direitos humanos frente a uma nova realidade, como visto em Herrera Flores, o imaginário de que existem culturas superiores e inferiores ainda faz parte do imaginário social.

Por isso, Boaventura de Sousa Santos afirma que a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. Em “Se Deus fosse um ativista dos Direitos Humanos”, Santos (2014, p. 15) questiona: “os direitos humanos servem eficazmente à luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou tornam mais difícil?”. Na obra “Orientalismo: o oriente como invenção do Ocidente”, Edward Said deixa claro o olhar hegemônico da cultura europeia sobre a cultura do ocidente, expondo a intolerância daquela com relação a esta. Para Said (1990, p. 17), “a relação Ocidente-Oriente é de poder e dominação, de graus variados de uma complexa hegemonia”.

A exclusão a partir dos direitos humanos hegemônicos pode ser compreendida pela linha abissal de Santos, um pensamento que dividiu o mundo entre sociedades

metropolitanas e coloniais. O mundo metropolitano é o mundo da reciprocidade entre “nós” considerados como “integralmente humanos”. O mundo colonial/periférico é o mundo do “eles”, considerados como “não integralmente humanos”, e é este o lado “abissal” da linha, ou seja, as exclusões que ocorrem são inexistentes e invisíveis, e qualquer questão social é regulado através da violência. (SANTOS, 2007).

Nesse contexto

Dividiu-o de tal modo que as realidades e práticas existentes do lado de lá da linha, nas colônias, não podiam pôr em causa a universalidade das teorias e das práticas que vigoravam na metrópole, do lado de cá da linha. E, nesse sentido, eram invisíveis. **Enquanto discurso de emancipação, os direitos humanos foram historicamente concebidos para vigorar apenas do lado de cá da linha abissal, nas sociedades metropolitanas.** (SANTOS, 2015, p. 17, grifou-se).

Essa divisão de mundos tem origem com o colonialismo e com o que Aníbal Quijano (1992) denomina de “sistema/mundo/moderno/colonial”. Para ele, “la cultura europea pasó a ser un modelo cultural universal. El imaginario en las culturas no europeas, hoy difícilmente podría existir y, sobre todo, reproducirse, fuera de esas relaciones.” (QUIJANO, 1992, p. 13), indo ao encontro da teoria da linha abissal, de que os conhecimentos válidos e as culturas reconhecidas estão do lado de cá (metropolitano), enquanto os demais conhecimentos, advindos de diferentes culturas, são invisibilizadas e invalidadas.

No lado invisível e inexistente da linha abissal encontra-se a religião do islamismo e a luta por igualdade e reconhecimento de mulheres muçulmanas. De acordo com Abu-Lughod (2001), as características culturais e religiosas do Oriente sempre foram focos de questionamentos por não serem considerados comuns ao estilo de vida ocidental. Com efeito, para situar os direitos humanos e compreender o seu alcance a partir da sua localização, é importante tecer diferenciações entre o Islã e o Talibã para, então, chegar às vivências concretas de mulheres e a questão central do uso do hijab.

Islã e Talibã não se confundem. Essa confusão às vezes ocorre no Ocidente por falta de informações ou por ignorar outros saberes (localizados no lado colonial da linha abissal), fomentando o racismo e a islamofobia. O Islã<sup>15</sup> é uma religião monoteísta baseada no Alcorão, livro sagrado enviado por Deus (*Allãh*) através do profeta Maomé. (COGGIOLA, 2007). É considerada a segunda maior religião do mundo<sup>16</sup> e com tendência de crescer mais<sup>17</sup> nos próximos anos. No Brasil, segundo a Federação das Associações Muçulmanas, já são mais de um milhão de muçulmanos, com 90 mesquitas e 80 centros islâmicos.

<sup>15</sup> A palavra *islam* significa paz, pureza, submissão e obediência voluntária a vontade de Deus (ANDRADE, 2018).

<sup>16</sup> De acordo com reportagem divulgada pela BBC Brasil. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2003/09/030910\\_religiaoislamismo](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2003/09/030910_religiaoislamismo).

<sup>17</sup> “O Islamismo será a maior religião do mundo em 2070, diz estudo”, segundo levantamento do instituto americano Pew Research Center, que analisou a evolução demográfica entre as principais religiões do mundo. Notícia divulgada pelo site O Globo e disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/religiao/islamismo-sera-maior-religiao-do-mundo-em-2070-diz-estudo-20998454>.

Com o tempo e, em especial, com o aumento de adeptos e da complexidade das relações, percebeu-se que o Alcorão não respondia a todas as questões sociais e governamentais, precisando do apoio de outras fontes. Essas fontes formaram a Sunnah.

Os muçulmanos não tardaram em verificar que o Alcorão não respondia a todas as questões que surgiram no plano da organização governamental, administrativa e judiciária; era preciso, então, encontrar complementos que, embora não tirados do Alcorão, fossem assim mesmo aceitos pelos muçulmanos. Estes complementos vieram a constituir a Sunnah, e em nada afetavam a fé cujo credo integral está no Alcorão. (MANTRAN, 1977, p. 181).

A Sunnah é uma complementação do Alcorão, cuja principal função é dar auxílio e suporte para casos que não estão previstos no livro sagrado. Com o aumento da Sunnah, criou-se a Sharia, conhecida como direito islâmico, que nasce das fontes sagradas e fundamentais, que são o Alcorão e a Sunnah. Porém, embora os muçulmanos estejam sob a inspiração do profeta Maomé, há diversos grupos e movimentos dentro do islamismo. (COGGIOLA, 2007). E cada um desses grupos desenvolveu um modo de interpretação das leis, chegando a aplicações fundamentalistas e violentas.

Sharia é um conceito complexo. Para muçulmanos, é essência de justiça e também mais do que uma lei, é um sistema ético, é um modo de vida. De acordo com a crença muçulmana, é a vontade de Deus que foi revelada para o profeta Maomé. **Mas o que tiramos da sharia é sempre uma interpretação. [...] Se você está no Ocidente, [sharia] é sinônimo para leis cruéis e desigualdade de gênero. Porém, para muçulmanos, sharia é um modo de vida, uma crença religiosa. [...] Quando se tem ditadores, a religião pode ser a melhor ideologia para o poder, porque é possível silenciar todas as vozes se escondendo atrás da autoridade de sharia [...]. Você usa a autoridade do texto sagrado com propósitos autoritários e esse é o problema.** (MIR-HOSSEINI *apud* SILVA; CIDRÃO, 2017, p. 274, grifou-se).

A interpretação da Sharia e sua aplicação depende de governo para governo e de grupo para grupo dentro do Islã. Divergências no modo de compreender o direito islâmico, em especial nas comunidades sunitas, xiitas e khadjiritas, deram origem a uma diversidade de grupos, chegando a interpretações rígidas, inflexíveis e, por vezes, violentas. (MANTRAN, 1977). É nesse contexto que se pode situar o Talibã.

O Talibã é um grupo religioso fundamentalista que surgiu no Afeganistão. Para Angelin, Hahn e Sartori (2021, p. 125), o fundamentalismo religioso é caracterizado por interpretações literais dos ensinamentos religiosos, regulação das relações sociais com base em valores dos modos de vida do passado e universalização dos ensinamentos, valores e normas religiosas para toda a sociedade. O Talibã possui uma leitura radical da lei islâmica e, por isso, é considerado um grupo fundamentalista.

O grupo Talibã, que significa “estudantes” (MARSDEN, 2002), teve como chefe Muhammad Omar e possui orientação na corrente sunita do islã. Segundo Antunes (2018, p. 163), o Talibã:

[...] está em terceira posição entre os grupos mais violentos. Criado em 1994, atua no Afeganistão e Paquistão apesar de ter sido derrotado após a invasão dos Estados Unidos em 2011. [...] A interpretação dos textos islâmicos é muito rígida, é expressamente proibida a manifestação da cultura ocidental e obrigatório o uso da burka pelas mulheres.

De todas as vítimas de violência do Talibã, as mais afetadas são as mulheres, pois a elas são negados diversos direitos fundamentais, como educação e trabalho. Um dos relatos mais conhecidos dessa violência é de Malala Yousafzai que escreveu a obra *Eu Sou Malala* (2013), onde relata sua luta pela educação das mulheres no Paquistão. Aos 15 anos de idade, Malala foi vítima de um atentado terrorista do Talibã, com disparados de tiros contra a sua face<sup>18</sup>.

Foi a escola que me fez seguir em frente naqueles dias sombrios. Quando andava na rua, parecia-me que cada homem com quem eu cruzava podia ser um talibã. Escondíamos nossas bolsas e nossos livros sob o xale. Meu pai sempre dizia que a coisa mais bonita nas aldeias, toda manhã, era ver as crianças usando uniformes escolares. Mas agora tínhamos medo de usá-las (YOUSAFZAI, 2013, p. 103).

Importante destacar que, segundo a religião islã, as mulheres não são proibidas de estudar, de trabalhar e também não são obrigadas a usar as vestimentas, como o hijab e a burca. Há, inclusive, feministas islâmicas que buscam uma releitura do Alcorão, enfatizando elementos de igualdade e interpretações equivocadas e patriarcais. (ABU-LUGHOD, 2001). Com efeito, o grupo fundamentalista Talibã não representa toda a religião islâmica.

Em 2001, após o atentado do 11 de Setembro, o Talibã foi expulso de Cabul pelos Estados Unidos. Ocorre que, com a retirada dos militares americanos do país em 2021, o Talibã voltou ao poder e, novamente, pôs em jogo os direitos das mulheres, obrigando-as a abandonar seus trabalhos e a usar as vestimentas do hijab e da burca. Nesse contexto, é importante esboçar uma linha que separa o uso da vestimenta como imposição do governo (fundamentalismo do Talibã) e o seu uso como forma de autonomia e escolha religiosa das mulheres (islamismo) para compreender o alcance dos direitos humanos e sem criar estereotípicos e conceitos equivocados.

## **USO DO HIJAB E A TENSÃO ENTRE FUNDAMENTALISMO E LIBERDADE DE ESCOLHA A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS**

Este tópico final é destinado a entrelaçar a questão central do uso do hijab com a teoria relacional e localizada dos direitos humanos. Isso porque, com a volta do Talibã ao governo em 2021, muitas mulheres foram violentadas, mortas, obrigadas a abandonar seus trabalhos e a cobrir seu rosto com o hijab. Acontece que, antes mesmo da volta do Talibã, muitas mulheres usavam a vestimenta como uma opção, um ato voluntário em nome da liberdade religiosa.

---

<sup>18</sup> “Há um ano saí de casa para ir à escola e nunca mais voltei. Levei um tiro de um dos homens do Talibã e mergulhei no inconsciente do Paquistão.” (YOUSAFZAI, 2013, p. 10).

Reside aí a principal tensão dos direitos humanos: de um lado, os direitos humanos são esvaziados por um fundamentalismo que obriga as mulheres a se portarem de determinada maneira e, de outro lado, o mundo ocidental sempre viu essas mulheres como submissas, mesmo quando o uso do hijab é um ato de escolha. Para muitas mulheres, em especial as feministas islâmicas, o Talibã não inventou o hijab. Ele é uma peça simbólica fundamental da religiosidade islâmica (ABU-LUGHOD, 2001), muitas vezes estigmatizado pelo mundo Ocidental/metropolitano. A exemplo cita-se a França, que tem restringido cada vez mais o uso do hijab em espaços públicos, esvaziando a autonomia das mulheres e atentando sobre a liberdade religiosa e os direitos humanos.

O conceito de hijab adotado nesta pesquisa é referente ao véu islâmico utilizado para cobrir os cabelos e as orelhas da mulher muçulmana. Mas, além dele, há também outras vestimentas, como o niqab e a burca. O niqab cobre praticamente todo o rosto, deixando apenas os olhos à mostra e a burca é uma vestimenta de corpo inteiro, com uma tela entre os olhos para permitir a visão. Dentre as três vestimentas, a tradicionalmente imposta pelo Talibã é a burca, embora às vezes a imposição é somente do uso do hijab.

Considerando que serão analisados dois aspectos distintos do uso do hijab (imposto e facultativo), optou-se por subdividir este tópico em outros dois, a saber: *o hijab como imposição do Talibã e o assassinato de Mahsa Amini* e *o hijab como autonomia e liberdade religiosa das mulheres*.

## **O hijab como imposição do talibã e o assassinato de Mahsa Amini**

Em 2021, o Talibã assumiu novamente o poder no Afeganistão após os Estados Unidos retirarem suas tropas do país. Um momento de tensão, medo e angústia surgem para as mulheres, uma vez que o Talibã possui uma interpretação radical da lei islâmica. Só no ano de 2021, cerca de meio milhão de pessoas, especialmente mulheres e crianças, foram obrigadas a abandonar as suas casas e procurar um sítio mais seguro para viver. (JESUS, 2021, p. 82.).

Dentre as imposições do novo regime do Talibã, estão a obrigatoriedade do uso da vestimenta islâmica. Inicialmente, a imposição foi em relação às apresentadoras de TV, que somente poderiam ir ao ar caso cobrissem o rosto. A ordem, segundo o regime, é final e inegociável<sup>19</sup>. Depois, a obrigatoriedade do véu também foi estendida a todos os espaços públicos<sup>20</sup>, ou seja, a mulher não pode sair de casa sem que esteja usando o hijab.

A fiscalização e obrigatoriedade do uso do hijab é tão opressora e violenta que em setembro de 2022 Mahsa Amini foi morta pela Patrulha de Orientação, uma “polícia moral” do Talibã por causa de um véu mal colocado. (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS, 2022). Ela morreu por uma mecha de cabelo saindo para fora do véu. Mahsa tinha apenas 22 anos e morreu depois de três dias em coma no hospital.

<sup>19</sup> Conforme notícia publicada pelo G1 Mundo em 2022: “Talibã ordena que apresentadoras de TV cubram o rosto”. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/05/19/taliba-ordena-que-apresentadoras-de-tv-cubram-o-rosto.ghtml>.

<sup>20</sup> Conforme notícia publicada pela CNN em 2022: “Mulheres terão de usar véu islâmico e cobrir o rosto”. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/militante-do-taliba-a-cnn-mulheres-terao-de-usar-o-veu-islamico-e-cobrir-rosto/>.

(ANDES, 2022). A polícia diz que ela desmaiou após sofrer um ataque cardíaco, mas de acordo com as investigações da Organização das Nações Unidas, Mahsa foi torturada e morta pelo regime iraniano. (ANDES, 2022). Após a morte de Mahsa, diversas manifestações eclodiram no Irã. Mulheres foram às ruas para queimar os hijabs e, em um ato de raiva e dor, cortaram seus cabelos.

Com isso, fica claro que as mulheres que vivem sob o regime do Talibã estão privadas de autonomia e escolha, sendo obrigadas a seguir as regras impostas sob pena de violência e, como o caso de Mahsa, serem assassinadas. Nesse aspecto, cabe retomar os direitos humanos em sua visão clássica relativista, que considera a cultura acima do indivíduo, caindo em fundamentalismos extremos. Os direitos humanos são esvaziados em nome de uma religião e de uma cultura.

## O HIJAB COMO AUTONOMIA E LIBERDADE RELIGIOSA DAS MULHERES

De lado oposto, existem mulheres muçulmanas que não estão sob o regime do Talibã e que, por uma opção, decidem usar o hijab como forma de manifestação religiosa. Entretanto, mesmo quando o uso parte de um ato de liberdade/escolha, muitas mulheres muçulmanas sentem-se oprimidas, especialmente pelos olhos do Ocidente.

O hijab é compreendido como um elemento religioso, cultural e político para o Islã. Essa vestimenta é a representação da ida religiosa pura das mulheres. Assim, usá-las é uma forma de viver a fé islâmica, de demonstrar respeito e de inclusão em sua comunidade. (TEIXEIRA, 2011).

**Considerar que toda mulher que usa burca ou hijab é submissa e deve ser 'salva' pelos ocidentais é tão violento quanto obrigá-la a usar tal vestimenta.** É importante dizer que o véu não subtrai o pensamento, e a ausência dele não é significado de autonomia. [...] Ao fazer tais proibições, estamos deixando de reconhecer e de respeitar as diferenças étnicas e religiosas. (FERREIRA, 2013, p. 184, grifou-se).

O véu é muito mais do que simplesmente um vestuário; é uma peça simbólica da religiosidade islâmica. Os muçulmanos acreditam que o uso dele é uma demonstração de obediência a Deus e, em sua origem, remonta a um ato de proteção. Muitas mulheres se sentem honradas em seguir os dogmas da sua religião. “Foi uma opção minha, sabe? Depois que eu menstruei, mas não logo depois. Minha mãe me falou para eu vestir quando estivesse preparada, quando quisesse, porque não pode colocar forçado nem usar por obrigação.” (ORRA apud LIMA, Karla, 2010).

Ainda é possível apontar que o uso do hijab marca a distinção de uma mulher em relação às outras que não o usam e ao restante do seu grupo. Nesse sentido, o hijab é o símbolo da religiosidade feminina, mas também de uma “demarcação” da diferença, da fabricação da identidade pelo grupo. (BARTH, 1997). Logo, o uso do véu constitui a forma das mulheres externarem sua religiosidade e sua identidade como pertencentes a um determinado grupo étnico. (BARTH, 1997).

No entanto, a França, um dos países ocidentais que mais recebe estrangeiros muçulmanos do mundo, tem restringido o uso do hijab em espaços públicos, afetando diretamente a autonomia das mulheres. Além disso, em 2022, a justiça da França

proibiu o uso do “burkini”, um tipo de biquini usado pelas muçulmanas para cobrir o corpo, em piscinas públicas. A vedação do uso fundamentou-se no princípio da laicidade francesa<sup>21</sup>. Contudo, por negar o uso do véu e, recentemente, o burkini, o Comitê de Direitos Humanos da ONU acusou a França de preconceito religioso.

Como se percebe, há também violação aos direitos humanos neste segundo caso, pois o direito à escolha e à liberdade religiosa das mulheres são desconsideradas em nome de uma versão universal e abstrata dos direitos humanos. Ou seja, em nome dos direitos humanos – universais – acaba-se violando os próprios direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Esse breve estudo teve como objetivo central fazer uma breve análise da vestimenta religiosa islâmica conhecida como hijab a partir da tensão que existe entre a obrigatoriedade ou não do seu uso diante dos direitos humanos. Portanto, partiu-se da seguinte premissa: se a obrigação imposta pelo Talibã de usar o hijab sem qualquer opção de escolha viola os direitos humanos, seria possível afirmar que o estigma da mulher muçulmana que opta em usá-lo e a possível proibição do seu uso, como aconteceu na França, também violaria os direitos humanos?

A partir dos estudos realizados, a resposta é positiva. Ambas as condutas violam os direitos humanos. Primeiro, o Talibã é um grupo fundamentalista pautado na concepção clássica relativista, ou seja, considera a comunidade, a cultura e a religião mais importantes que o indivíduo. Por isso, em nome da religião, é admitido violentar e matar mulheres, como aconteceu no caso de Mahsa Amini. Não há dúvida que o fundamentalismo leva a atrocidades e ao desrespeito dos direitos humanos.

O hijab não é algo criado ou inventado pelo Talibã. É uma vestimenta que possui significado cultural e está prevista no Alcorão e, portanto, é um símbolo da religião islâmica. Assim, mesmo sem imposição, existem mulheres, inclusive que vivem no Brasil, que optam, em nome da liberdade religiosa, usar o hijab. Porém, inúmeras vezes passam por opressões de outras mulheres localizadas no Ocidente, que não compreendem este ato como um ato de escolha, mas de submissão. Isso porque, conforme mencionado, a concepção de direitos humanos no Ocidente foi moldada a partir de uma visão universal (hegemônica – metropolitana), desconsiderando qualquer particularidade ou cultura.

Além da visão distorcida do Ocidente, há que se mencionar o caso da França, o país que mais recebe muçulmanos no mundo, mas que veda o uso do hijab e, recentemente, do burkini, em espaços públicos. Diante do que foi descrito nesta pesquisa, é possível afirmar que os direitos humanos sob a concepção relacional e complexa de Joaquín Herrera Flores devem ser sempre localizados e situados em realidades, vivências e ações, ou seja, os direitos humanos são direitos em movimento, em processo e, desse modo, jamais poderão ser “postos”. Concretizar os direitos humanos, nessa visão, é deixar que cada pessoa, grupo ou comunidade tenha a liberdade, dentro de um mínimo ético comum de humanidade, de criar os caminhos

---

<sup>21</sup> Conforme notícia publicada pelo G1 Mundo em 2022: “Justiça francesa confirma proibição do burkini em piscinas municipais”. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/06/22/justica-francesa-confirma-proibicao-do-burkini-em-piscinas-municipais.ghtml>.

em busca da dignidade humana, ou seja, de ter a liberdade de ser a partir de experiências próprias de existência.

Portanto, falar de direitos humanos é uma tarefa bastante complexa, pois sua concretização depende de diversos fatores. Por isso mesmo, defende-se que eles são relacionais, pois relacionam-se constantemente com outros elementos. Compreender o hijab além de uma imposição de um grupo fundamentalista, mas como uma opção religiosa de mulheres, é concretizar os direitos humanos na sua concepção dialógica e relacional.

## REFERÊNCIAS

ABU-LUGHOD. **The muslim Woman**: the power of images and the Danger of pity. *Lettre Internationale*, Denmark, v. 12, 2006. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9781315643205/everyday-women-gender-studies-catherine-orr-ann-braithwaite?refId=ae241cf8-f751-4a2d-a298-31ab55a17565&context=ubx>. Acesso em: 14 dez. 2022.

ANDES, Sindicato Nacional. **Protestos contra assassinato de jovem iraniana inspiram mobilizações pelo mundo**. Publicado em 04 de out. de 2022. Disponível em: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/protestos-contra-assassinato-de-jovem-iraniana-inspiram-mobilizacoes-pelo-mundo1>.

ANGELIN, Rosângela; HAHN, Noli Bernardo; SARTORI, Alana Taíse Castro. Movimentos sociais cristãos fundamentalistas e seus impactos nos direitos das mulheres brasileiras. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, São Paulo, v. 30, n.1, jan./abr., 2021.

ANTUNES, Juliano Fabricio. Islamismo, religião ou terrorismo? **Revista Ensaios Teológicos**, v. 04, n.1, jun. 2018. Disponível em: <http://revista.batistapioneira.edu.br/index.php/ensaios/article/view/253/298>. Acesso em 08 dez. 2022.

BARTH, Fredrik. **Grupos étnicos e suas fronteiras**: teorias da etnicidade. São Paulo: EDUNESP, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS. **Sem véu em nome de Mahsa**. Reportagem publicada em 21 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/index.php/pt/?view=article&id=5195:sem-veu-em-nome-de-mahsa&catid=577>. Acesso em 8 dez. 2022.

COGGIOLA, Osvaldo. **Islã histórico e islamismo político**. Instituto Cultura Árabe, 2007.

FERREIRA, Francirosy Campos Barbosa. Diálogos sobre o uso do véu (hijab): empoderamento, identidade e religiosidade. **Revista Perspectivas**, v. 43, São Paulo, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009<sup>a</sup>

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b

JESUS, Mariana Morais de. **As lutas e desafios das mulheres e crianças afegãs**, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5540/3/Janus%202022%201.27%20Mariana%20de%20Jesus.pdf>. Acesso em: 08 de dez. 2022.

LIMA, Karla. **Ziguezagueando pelo Islã**. São Paulo: [s.n.] 2010.

MANTRAN, Robert. **Expansão Muçulmana**. São Paulo: Pioneira, 1977.

MARSDEN, Peter. **Os talibã: guerra e religião no Afeganistão**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional internacional**. 18.ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, v. 12, Lima, 1992.

RUBIO, David Sánchez. Derechos Humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. **Revista Campo Jurídico**, v.3, n.1, mai. de 2015.

SAID, Edward. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

TEIXEIRA, Carlos Flávio. **Repensando a religião: debates sobre tecnologia, Estado e Cultura**. São Paulo: Unaspres, 2011.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos Estudos**, nº 79, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. 2.ed., São Paulo: Cortez, 2014.

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O feminismo muçulmano: uma luta contra o Islã ou contra o Ocidente? **Revista Culturas Jurídicas**, v. 4, set./dez., 2017. Disponível em:

<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44869/28834>. Acesso em: 14 dez. 2022.

## MULHERES NEGRAS COM DEFICIÊNCIA, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO NO ENSINO SUPERIOR SOB O OLHAR DA TEORIA DA ALTERIDADE EM LUIS ALBERTO WARAT

Liane Marli Schäfer<sup>22</sup>

**Resumo:** A inclusão de pessoas com deficiência na sociedade, em especial no ensino superior, tem sido objeto de muitos debates, considerando que elas, historicamente, ficaram relegadas ao espaço privado e, de certa forma, invisibilizadas. Esse cenário se apresenta mais agravante quando incorporado o elemento étnico e de gênero. Diante de uma pesquisa hipotético dedutiva, com aportes nas teorias do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser e sob o olhar da Teoria da Alteridade de Luís Alberto Warat, busca-se analisar como políticas de inclusão, no Brasil, contribuem para o reconhecimento e inclusão de mulheres negras com deficiência, mormente no ensino superior. A partir do estudo realizado, constata-se que as questões étnicas e de gênero para as pessoas deficientes são agravantes que repercutem na efetiva inclusão no meio social, econômico e educacional. Ser uma pessoa deficiente, carregando estigmas sociais de ser mulher e negra, a torna mais vulnerável e carente de reconhecimento tanto na esfera indenitária, quanto na econômica, relativizando a inclusão social. As escassas políticas públicas vigentes no Brasil buscam tratar destas demandas, porém tem tido uma abordagem limitada.

**Palavras chave:** Alteridade, Ensino Superior, Mulheres negras com deficiência, e Reconhecimento.

### INTRODUÇÃO

A inclusão de pessoas com deficiência na sociedade tem sido pauta constante, considerando que elas, historicamente, ficaram relegadas ao espaço privado e, de certa forma, invisibilizadas, atendendo a perspectiva hegemônica da segregação do *diferente*. Esse cenário se apresenta mais agravante quando incorporado o elemento étnico e de gênero. Essa perspectiva afastou, por muitas vezes, a possibilidade de inclusão dessas pessoas no meio social e, também nos espaços acadêmicos. Considerando essa historicidade educacional, eram raros os casos de pessoas com deficiência, mulheres e negras, que chegavam a fazer parte do grupo de cidadãos com acesso ao ensino superior no Brasil. Tal paradigma encontra possibilidades de transformação, a partir da *Política Nacional de Educação Especial*, criada na perspectiva da Educação Inclusiva, que implementa mudanças estruturais na educação nacional, com o desafio de atender as propostas das políticas públicas de inclusão, situação essa que perpassa os liames jurídicos e entra na seara da alteridade.

---

<sup>22</sup> Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPQ) *Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*. Bolsista CAPES. E-mail: liaschafer76@gmail.com

A partir de um estudo hipotético dedutivo, busca-se refletir a partir das teorias do reconhecimento de Honneth e Fraser, e com vistas na perspectiva da alteridade e da cidadania, utilizando, quanto a esta perspectiva, a base de estudos preconizada por Luís Alberto Warat, no que se refere aos desafios e implicações que a efetiva inclusão de mulheres negras com deficiência provoca nas pessoas envolvidas nos espaços universitários com vistas à efetivação dos direitos humanos. Para tanto, o estudo trata de questões de reconhecimento identitário e de alteridade waratiana para compreender os espaços relegados às mulheres negras com deficiência na sociedade e o desafio de uma nova perspectiva inclusiva.

## DISCRIMINAÇÃO E RECONHECIMENTO DE DIREITOS HUMANOS

Concerne reportar, preliminarmente, quanto à questão conceitual de discriminação documentos como a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial<sup>23</sup> e da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher<sup>24</sup>, documentos que trazem em seu texto importantes definições norteadoras no que tange à proibição de discriminação. Nessa seara, leciona Rios (2008, p. 20-21) que a discriminação compreende quaisquer “distinção, exclusão, restrição ou preferência” que possuam por “propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”.

Importante ressaltar que a caracterização trazida por Rios (2008) não abarca questões consideradas como hipóteses de diferenciação legítima, como aquelas “[...] decorrentes da elaboração e aplicação de normas jurídicas em face de situações desiguais”, como discriminação no emprego que, outrora se encontra regulada na Convenção sobre Discriminação em Emprego e Profissão.<sup>25</sup>

A análise de conceitos apresentados pressupõe-se ter cuidados, a fim de vislumbrá-lo de forma fechada, mas sim, reflexiva. Isso proporciona aos direitos humanos um novo olhar diante das diferenças, conforme refere Lucas (2010, p. 43) ao refletir que “uma sociedade de significativa diversidade cultural como a contemporânea não precisa aceitar os mesmos instrumentos e tampouco os mesmos conceitos”, mas sim precisa se aperfeiçoar a ponto de “dialogar a partir de uma base comum de valores humanos que garantam a dignidade do homem como tal e, na mesma direção, o direito de se viver a diferença nos limites da não negação da igualdade presente nos homens em razão de sua humanidade.”

Assim, “um conceito não é, em si mesmo, um valor; do mesmo modo, um valor pode ser expresso por diferentes conceitos, uma vez que conceitos são socialmente dependentes”, à medida que a moralidade “constitui o núcleo dos direitos humanos não pode ter sua validade condicionada a qualquer tipo de experiência histórica.” Nesse contexto para que uma cultura possa “viver sua diversidade, alimentar suas diferenças, produzir seus próprios conceitos, mas sem negar os valores que tornam

<sup>23</sup> Aprovada pelas Nações Unidas em 21/12/1965 e ratificada pelo Brasil em 27/03/1968.

<sup>24</sup> Aprovada pelas Nações Unidas em 18/12/1976 e ratificada pelo Brasil em 31/03/1979.

<sup>25</sup> N.111 - Organização Internacional do Trabalho, artigo 1, seção 2 - “as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.

possível a coexistência humana digna, que é alvo de proteção dos direitos humanos.” (LUCAS, 2010, p.43).<sup>26</sup>

A análise em torno da importância dos conceitos e da forma como eles nos proporcionam “aprender a pensar”, demonstram que não se pode ficar parado de forma estática diante de violações de direitos humanos e discriminações cada vez mais profundas que afetam a pessoas. Por isso, Tiburi (2018) menciona a importância da reflexão que envolve o aprender a pensar e analisar todas as condições de uma situação e qualificar o olhar diante do outro e de outros contextos, referindo que “não há nada mais importante na vida do que aprender a pensar, e não se aprende a pensar sem aprender a perguntar pelas condições e pelos contextos nos quais estão situados os nossos objetos de análise e de interesse.” Contexto em que surge a crítica que “não é necessariamente a destruição daquilo que se quer conhecer. Ela pode ser uma desmontagem organizada que permite a reconstrução do objeto anteriormente desmontado.” (TIBURI, 2018, p.10).

Considerando que nosso olhar é melhorado a partir da atenção dispensada às coisas e nossa própria forma de pensar, há de se ponderar que a crítica, sob o prisma de estar revestida de honestidade “é válida, mas considero que nesse sentido, como atenção cuidadosa, é possível seguir aproveitando ao máximo as potências do pensamento que visa à transformação do mundo ao qual o feminismo, como ético-política, necessariamente se liga.” (TIBURI, 2018, p.10).

Tem-se que neste contexto todos e todas têm direito a receber tratamento equânime, sem diferenciações e estereótipos, reconhecidos em nossa plenitude, sem serem submetidos a condições de invisibilidade. Por isso que o princípio da igualdade isonômica é tão importante nos contextos do direito da antidiscriminação que abrange, no contexto da análise deste trabalho, a categoria de gênero e étnica, conforme refere RIOS:

O direito a igual tratamento proíbe medidas diferenciadas em face de certos critérios proibidos de diferenciação e recomenda uma aplicação mais restrita do princípio da igualdade; isto porque sua incidência dependerá do atendimento dos requisitos de neutralidade e universalidade, considerados os indivíduos abstratamente. Já o direito a ser tratado como igual aponta para a maior consideração possível das diferenças concretamente colocadas por cada pessoa e grupo, recomendando proteção jurídica específica de acordo com a relevância e seu impacto na realidade. Assim, por exemplo, o âmbito de atuação do direito da antidiscriminação será mais amplo ou mais restrito, reclamando ou refutando medidas neutras diante da raça ou adotando ou anulando medidas de acomodação religiosa. (RIOS, 2008, p.43).

A proibição de discriminação se depara com diversos aspectos e critérios com vistas a proteção das complexas realidades e suas diferentes concretizações, nessa seara tem-se a referência de Rios sobre a temática, quando chama a atenção para a diversidade dos tipos de discriminação, apontando que, nesse caso, as mulheres

<sup>26</sup> ... se pudéssemos construir conceitos universais sobre os valores fundamentais universais, então os conceitos e os fundamentos seriam eles mesmos uma só expressão dos direitos humanos. Uma vez que essa tarefa não é exequível, parece que os fundamentos dos direitos humanos são pressupostos para a avaliação valorativa e para a definição de validade de seus conceitos, de modo que afastar os argumentos relativistas e historicistas é o passo inicial de toda teoria que defenda a potencialidade universal desses mesmos direitos. (LUCAS, 2010, p.44).

negras sofrem um duplo preconceito que as discrimina, ou seja, por serem mulheres e, ainda, por sua origem étnica, questionando-se em “Como aplicar os diversos critérios proibidos de diferenciação em situações de discriminação interseccional (mulheres negras, por exemplo, vivem realidades diversas de mulheres brancas e de homens negros)?” (RIOS, 2008, p. 53).

No âmbito constitucional, refere Rios (2008, p. 54-55) que no texto da Constituição brasileira de 1988, há destaques aos atributos de origem, raça, sexo, cor e idade, apresentando um dos princípios fundantes do Estado brasileiro que é o Princípio da Diferença ou Princípio da Diversidade, que pressupõe a não discriminação baseados nos atributos referidos. Por isso, o processo de reconhecimento social dos indivíduos, deve ser pautado pela diferença, mas isso não pode significar que tais diferenças sejam reconhecidas como desigualdades entre as pessoas.

Refere Honneth que reconhecer-se como pessoa de direito implica na estima social das diferenças, conforme segue:

diferentemente do reconhecimento jurídico em sua forma moderna, a estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais: por isso, enquanto o direito moderno representa um medium de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos de maneira diferenciadora, aquela segunda forma de reconhecimento requer um medium social que deve expressar as diferenças de propriedades entre sujeitos humanos de maneira universal, isto é, intersubjetivamente vinculante. Essa tarefa de mediação é operada, no nível social, por um quadro de orientações simbolicamente articulado, mas sempre aberto e poroso, no qual se formulam os valores e os objetivos éticos, cujo todo constitui a auto compreensão cultural de uma sociedade; um semelhante quadro de orientações pode servir de sistema referencial para a avaliação de determinadas propriedades da personalidade, visto que seu “valor” social se mede pelo grau em que elas parecem estar em condições de contribuir à realização das predeterminações dos objetivos sociais. (HONNETH, 2003, p. 199-200).

Considerando o valor social e tendo em vista a contribuição para a realização dos objetivos sociais mencionados, depara-se com questões complexas de reconhecimento, ademais estigmatizados em nossas leituras e experiências diuturnas, que envolvem a natureza multifacetada das relações humanas, produzindo o impacto na constituição dos sujeitos, “cada um de nós vive a complexidade da simultânea participação em diversas categorias: ninguém é, simples e abstratamente, indivíduo qualificado por um ou por outro critério proibido de discriminação.”<sup>27</sup> (RIOS, 2008, p. 59).

A discriminação abre profundas feridas nas pessoas que sofrem este estigma. Assim, o debate em torno dos direitos humanos e a busca de soluções possíveis e efetivas, compreendem a necessidade de as pessoas saírem de sua “zona de conforto” e abrirem-se as novas perspectivas, onde as questões que geram mal-

<sup>27</sup> Por exemplo: ninguém é simplesmente mulher: é também negra, alta, forte, gorda, lésbica, mãe, filha, calva, pobre, jovem. Conforme o tempo, espaço e local, cada uma destas categorias será ou não decisiva, em maior ou menor medida, na experiência de cada ser humano; algumas delas frequentemente importantes (tais como raça, sexo e orientação sexual), outras menos (como a calvície). (RIOS, 2008, p.59).

estares para aqueles que estão do “outro lado”. Entender o que acontece na perspectiva de quem não é reconhecido, ou possui um reconhecimento equivocado, muitas vezes até mesmo invisibilizado, demonstra que se está aberto a buscar novas perspectivas de viver juntos de forma efetivamente humana e igualitária.

Nessa linha, traz-se à baila a discussão sobre as mulheres negras e, com deficiência, que se encontram relegadas a uma complexidade de não reconhecimento ou reconhecimento equivocado que impacta na sua inclusão social, especialmente na seara do ensino superior.

## MULHERES NEGRAS COM DEFICIÊNCIA

Ao referir as mulheres negras não se pode deixar de falar na *dignidade da pessoa humana* e em especial daquelas que além de serem “mulheres”, “negras” ainda são pessoas com deficiência. As discussões que envolvem questões como atender aos Direitos Fundamentais dessas pessoas e proporcionar a sua efetivação, se desenvolvem no espaço social envolto em questões, como respeito e aceitação do outro com suas particularidades e necessidades, promovendo um ambiente que preze a sua cidadania, em especial no que tange a promoção por parte do Estado de políticas públicas e da tutela jurisdicional efetiva.

O que compreende falar no gênero mulher? Para Tiburi (2018, p. 22), na seara do reconhecimento dentro de um contexto excludente, patriarcal e discriminatório, a “mulher” representa a “outra”, se vista sob o prisma do homem, que seria o central na sociedade, sendo a mulher, a diferente e marcada, de forma opressiva, por seu sexo. Ao identificar-se como mulher, a pessoa já está se colocando em uma linha de discriminação, mas acrescentado a esta identificação o recorte étnico, ou seja, mulher negra e, ainda mais, com deficiência, o estigma cria dimensões mais profundas e complexas, contexto em que a invisibilização torna-se uma perspectiva em vias de concretização. Contribuindo com o viés étnico das mulheres negras, Roger Raup Rios (2008, p. 59) pondera que “mulheres negras são sujeitas ao racismo e sexismo, experimentando uma espécie de prejuízo que não pode ser descrito como a soma simples de dois critérios de discriminação”.

As posturas encontradas na questão do reconhecimento exigem muitas análises e enfrentamentos, o que não é algo simples ou natural das pessoas. Isso exige um esforço de solidariedade. (TIBURI, 2018, p.23). Por sua vez, atentando para questão da multiplicidade da discriminação, depara-se com a aplicação de critérios, por hora considerados proibidos, de postura deveras essencialista, conforme pondera Rios, “a desatenção à multiplicidade da discriminação, quando da aplicação dos critérios proibidos, implica uma postura essencialista, pela qual se afirmaria a suficiência de uma ideia de feminilidade ou de negritude para descrever a discriminação”, questões estas independentemente de outros aspectos a considerar. (RIOS, 2008, p. 60).

Os critérios proibidos referidos pelo autor, ao depararem-se com “as elaborações pós-modernas relativizam a possibilidade de estes captarem adequadamente a realidade da discriminação, devido à instabilidade das identidades que resulta dos múltiplos e incontroláveis encontros e desencontros entre os diversos sujeitos” o que ocorre em várias circunstâncias.” Nesse contexto, há de se ponderar

que “os discursos que veiculam as proibições de discriminação, mais que proteger sujeitos e grupos, constroem suas respectivas identidades.” (RIOS, 2008, p.60).

Neste sentido, historicamente o lugar das mulheres foi relegado a um plano adjacente, sem ser reconhecidas em sua importância e contribuições. Traçando considerações sobre este lugar das mulheres, observando a formação dos textos históricos, leciona Tiburi que “os homens produziram discursos, apagaram os textos das mulheres e se tornaram os donos do saber e das leis, inclusive sobre elas. Tudo o que sabemos sobre as mulheres primeiro foi contado pelos homens.” Assim, há de apontar que “da filosofia à literatura, da ciência ao direito, o patriarcado confirma a ideia de que todo documento de cultura que restou é um documento de barbárie”. Diante as dificuldades e desafiar esse legado difundido pelo patriarcado, justifica-se a demora na conquista por parte das mulheres do “seu lugar de fala, o seu direito de dizer o que aconteceu, o seu direito de pesquisa e de memória. O feminismo se construiu a partir dessa conquista da liberdade de expressão.” (TIBURI, 2018, p. 48).

Esta falta de reconhecimento do lugar das mulheres no mundo e na história, traz à baila as palavras de Honneth, no que diz respeito a poder contar-se como membro legítimo de uma coletividade:

De início, podemos conceder como “direitos”, grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade.<sup>28</sup> (HONNETH, 2003. p. 216-217).

Para que as mulheres sejam reconhecidas dentro da sociedade, é preciso, a partir da teoria de Axel Honneth (2003), que haja a reciprocidade dos membros que compõe a sociedade, bem como o Estado, ou seja, para que haja reconhecimento, é preciso que o Estado faça seu papel legislativo e de políticas públicas e, a sociedade contribua, superando estigmas culturais opressores. Como visto, essa é uma tarefa bastante complexa, se considerado o fato de tanto um, quanto o outro, optar pela não reciprocidade.

A questão acerca do reconhecimento traz à análise diversos fatores, dentre os quais, destaca-se as relações ligadas ao grupo protegido e a autonomia individual da pessoa. Nesta linha, a proteção jurídica das características envolvidas no reconhecimento implica em subsumir os indivíduos a determinadas caracterizações grupais, podendo ensejar, inclusive, em um outro tipo de discriminação, como “processo que pode colaborar tanto para a afirmação positiva de indivíduos fragilizados diante da discriminação quanto reforçar estereótipos, numa espécie de

<sup>28</sup> Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos. (HONNETH, 2003. p. 216-217).

‘caricatura das experiências de desigualdade’, passível, inclusive, da produção de ‘novos essencialismos’. Desencadeando muitas implicações pessoais, inclusive “colocando em risco, inclusive, sua capacidade de auto definição na vida em sociedade.” (RIOS, 2008. p. 64).

As relações de poder encontram-se envoltas nas questões de disputas indenitárias, segundo Silva (2012), o que também ocorre em torno das pessoas com deficiência, ademais se estas pessoas forem também mulheres e negras, carregando um estigma potencializado de preconceitos por serem diferentes de padrões identitários, tidos como normais e considerados iguais em direitos. E, é nessa diferenciação que surge o processo de inclusão ou de exclusão, de classificação e determinação de quem é ou não normal e, a vida em sociedade acaba sendo dividida entre o que se considera como *nós* e *elas*.

A economia tem ocupado lugar central nas questões de gênero, identidade e reconhecimento, tendo em vista que a partir da independência financeira pode-se pensar em buscar além do *status quo* a que a pessoa foi relegada, mas isto apresenta outro dilema, a redução de nossos corpos a meros instrumentos de trabalho. Neste contexto, quem sai perdendo por não se enquadrar adequadamente? Em que pese se ter políticas públicas que reprimam a discriminação de mulheres, negras e com deficiência, até que ponto efetivamente este instrumento normativo chega de forma efetiva a pessoa que precisa ser assistida pode ela? Será que no sistema capitalista em que vivemos há espaço para estas pessoas relegadas a uma espécie de invisibilidade? Nessa seara, “em todos os campos de atividades, dos menos aos mais concorridos, as mulheres sempre são as pessoas que recebem menor remuneração e se acumularem a opressão de raça, como as mulheres negras, receberão menos do que todos.” (TIBURI, 2018, p. 62).

Nesta linha os paradigmas da justiça socioeconômica e cultural possuem influência considerável nas questões envoltas na distribuição e reconhecimento. Nancy Fraser pauta suas pesquisas na categoria “justiça social”, afirmando que, para que essa ocorra e as pessoas tenham reconhecimento social, é preciso que haja, primeiramente, políticas de redistribuição de renda. Ela se refere, especificamente às mulheres e a negros, dizendo que, se essas pessoas tiverem acesso à renda, elas irão mudar seu status social, podendo participar paritariamente das decisões do Estado e, com isso, alcançar o reconhecimento social. Ao mesmo tempo, a autora reconhece que no caso específico de mulheres e negros, o reconhecimento cultural de sua condição identitária também é importante, concordando, nesse aspecto, com Honneth. (FRASER, 2010).

A formulação das teorias de gênero e suas constantes revisões e atualizações tenderam a impulsionar o movimento de apagamento das especificidades dos sujeitos que ocupam as fronteiras políticas. Muito embora a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reforce a necessidade de atendimento das demandas específicas da mulher com deficiência no planejamento, desenvolvimento e monitoramento das políticas públicas nas esferas locais, regionais e internacionais. As mulheres negras com deficiência sentem com maior força este estigma sujeitando-se a discriminação e por vezes violência no âmbito institucional de uma forma generalizada.

## RECONHECIMENTO DAS IDENTIDADES DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UM OLHAR DE ALTERIDADE

Tanto a identidade, quanto a diferença são elementos inseparáveis e, conjuntamente, construídos dentro de uma determinada cultura, envolvendo a convivência entre as pessoas e “[...] sua maneira de idear e de manipular o seu mundo histórico e, também, o modo como ele constrói sua projeção introspectiva e estética do mundo.” (SIDEKUN, 2003, p. 266).

Luís Alberto Warat corrobora com a perspectiva de análise sobre o lugar dos corpos e, das identidades na sociedade, quando afirma que, “A sociedade e suas condições impõem a censura aos corpos que sentem. São as ideias que determinam as condições para que os outros nos amem, sejam indiferentes ou nos tenham ódio.” (WARAT, 2004, p. 28). Por sua vez, essas condições envoltas de uma racionalidade sem sentimentos, afastam as pessoas do reconhecimento recíproco perante a sociedade e, ainda são reprodutoras de preconceitos e cultura de ódio e exclusão social.

A alteridade vem as ser um processo ético de reconhecimento do outro através da sensibilidade de ver, sentir, colocar-se ao lado desse outro, a fim de se poder refletir a partir de suas vivências, suas histórias, seu lugar na sociedade. Meleu e Thaines (2015), ao analisarem os ensinamentos de Luís Alberto Warat, destacam a necessidade da emancipação das pessoas, que perpassa ao que ele denomina de conjunto de experiências radicais de alteridade, relacionada ao estabelecimento de vínculos alicerçados pelo cuidado e o afeto. Além disso, a preservação de um “espaço interior próprio, secreto, inacessível. A intimidade do eu que funcione como limite e condição da autonomia. É preciso construir nossa alteridade com extrema seletividade e essa seletividade pode-se chamar de emancipação.”

Esse entendimento permite uma reflexão paradoxal no caso das mulheres negras com deficiência, no sentido de que, mesmo em casos em que algumas de suas capacidades sejam limitadas, elas possam ter espaços de desenvolvimento de autonomia para que alcancem emancipação, respeitando o limite de suas diferenças. Pois essa tarefa foge a visão dualista e binária de inclusão e exclusão e força a sociedade a buscar um outro olhar, uma outra forma de relacionar-se com essas mulheres e de incluí-las no contexto social.

Nesse sentido, Luís Alberto Warat (1996) denuncia a racionalidade centrada binária e hegemônica que acaba por fechar as categorias do pensamento humano, não permitindo enxergar o outro dentro de suas diferenças. O autor lança o desafio para a sociedade de sair da zona de conforto e olhar o outro a partir de distintos parâmetros, com outras lentes e com sensibilidade capaz de gerar humanização, sem se estar preso a regras unificadoras de significados.

Em sua obra *A Rua Grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, Warat (2010) denuncia a ação do projeto ideológico de globalização neoliberal que procura homogeneizar tudo ao seu entorno, inclusive as pessoas, destruindo, excluindo e/ou invisibilizando as diferenças, em especial, aquelas que não estão aptas a atender os ditames do capital, incluindo-se aqui, um grande contingente de pessoas com deficiência.

Em contraposição e, de acordo com o que já fora mencionado anteriormente, Warat sugere a criação de um espaço de resistência, que denomina de *entre-nós*,

espaço esse de diálogo, destaque e respeito às diferenças. Segundo o autor, esse espaço deveria ser ocupado por teorias do conhecimento responsáveis, capazes de dialogar com as realidades ao seu entorno.

Nesse sentido, Warat revela um rol de direitos que denomina como direitos da alteridade. Entre eles se encontram: o direito de não estar só; o direito ao amor, a autonomia, a autoestima; o direito de não sofrer nenhum tipo de manipulação; de não sofrer discriminação e exclusão; de ser escutado; o direito à própria velocidade. (WARAT, 2010). Esses direitos de alteridade, além de trazerem perspectivas inclusivas e de respeito, criam um ambiente de corresponsabilidade com o outro.

É nesse sentido paradoxal, complexo e desafiador que a inclusão de mulheres negras com deficiência em espaços acadêmicos se insere. O tema requer um exercício bastante profundo de alteridade para compreender o diferente que envolve a existência dessas mulheres. Isso requer, no sentido waratiano de alteridade, se desafiar a se colocar ao lado do outro, bem como reconhecer o outro em sua dignidade e autonomia, forjando um novo espaço entre-nós, mais humano.

## **EDUCAÇÃO SUPERIOR, UM ESPAÇO DE INCLUSÃO PARA MULHERES NEGRAS COM DEFICIÊNCIA**

Warat (2010) afirma que o intuito da cultura hegemônica vigente tem se movimentado no sentido de destruir a cultura do outro e isso, representa, impreterivelmente, a destruição do outro. Para contrapor essa investida, ele anuncia uma política de alteridade, denominada de eco-política do desejo. Nessa, às pessoas deve ser garantido o status de sujeitos de direitos, que envolve a participação da vida em sociedade.

Vislumbrando as mulheres negras com deficiência no Brasil, pode-se afirmar que, juridicamente o Estado tem feito um esforço inicial, na medida em que insere no ordenamento jurídico pátrio normativas de reconhecimento e inclusão de pessoas com deficiência e dos negros. A educação inclusiva no Brasil, envolvendo pessoas com deficiência, encontra fundamento legal em diversos diplomas normativos que regulamentam políticas públicas a nível nacional, mas que também vem sendo discutido internacionalmente.

O comprometimento firmado por ocasião das diversas convenções internacionais culminou nas "Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiências", expressas na Declaração de Salamanca, originária da Conferência Mundial em Educação Especial e organizada pelo governo da Espanha em cooperação com a UNESCO, a qual ocorreu em Salamanca, entre 7 e 10 de junho de 1994. A Declaração de Salamanca (1994) possui o objetivo de orientar governos nacionais e internacionais, no que se refere a educação especial, baseados em experiências já vivenciadas, bem como em documentos das Nações Unidas, entre outras organizações, "[...] especialmente o documento Procedimentos-Padrões na Equalização de Oportunidades para pessoas Portadoras de Deficiência. Tal Estrutura de Ação também leva em consideração as propostas, direções e recomendações originadas dos cinco seminários regionais preparatórios da Conferência Mundial. (DECLARAÇÃO DE SALAMANCA, 1994).

O tema em estudo também abarca o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que recepciona no ordenamento pátrio brasileiro a Convenção Internacional

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, na data de 30 de março de 2007. Neste contexto, desenvolveu-se a Política Nacional de Educação Especial, na perspectiva da Educação Inclusiva, a qual instituiu consideráveis reformulações no ensino fundamental, médio e superior, representando um divisor de águas no que tange à educação especial e inclusão em nosso país. (BRASIL, 2008). A política pública mencionada, passou a atender à demanda da educação inclusiva, buscando solapar a noção de escola concebida no passado, onde predominava o privilégio de poucos e a exclusão de muitos. Incluir exige o conhecimento e o entendimento de todo um aparato de documentos legais que objetivam assegurar e concretizar os direitos da pessoa com deficiência, sob um olhar mais de criação de um novo espaço entre nós que rompe com a lógica neoliberal.

Diante do amplo contexto legislativo, as Instituições de Ensino se veem frente a desafios que outrora não lhes eram delegados, visto que as pessoas com deficiência eram relegadas as escolas especiais, de forma totalmente separada como eram educadas e relegadas, a um modelo que pregava segregação e o isolamento, longe da cidadania.

Para Warat, só se pode falar em cidadania quando abordamos a alteridade que busca organizar as situações onde o “estar entre nós não está excluída. Se os outros são excluídos eles não são cidadãos. Falar de cidadania em circunstâncias de exclusão é garantir a persistência de estados de exclusão, que são o lado simbólico das nossas sociedades.” (WARAT, 2010, p. 82).

Diante das normativas aqui apresentadas, o Estado e outras instituições são responsabilizadas pela inclusão das mulheres negras com deficiência, garantindo a cidadania sob os aportes da alteridade. Assim, sob a perspectiva da alteridade todos e todas precisam interagir a fim de criar estratégias de enfrentamento das questões e dificuldades vivenciadas, exercitando, verdadeiramente, o respeito pelos direitos humanos sob a forma de respeito às particularidades e espaços das pessoas no meio social e cultural.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo em questão, vislumbra-se que as questões étnicas e de gênero para as pessoas deficientes são agravantes que repercutem na efetiva inclusão no meio social, econômico e especialmente do ensino superior. Assim, ser uma pessoa com deficiência, e ainda carregar o estigma sociais de ser mulher e negra, a torna mais vulnerável e carente de reconhecimento tanto na esfera indenitária, quanto na econômica e educacional, relativizando a inclusão social.

Sob a perspectiva da intervenção governamental depreende-se que as políticas públicas brasileiras buscam tratar destas questões, porém têm sido insuficientes, não atingindo de forma abrangente as mulheres, que deveras carecem de recursos tanto físicos, intelectuais como econômicos de se apropriarem de seus espaços e viver com dignidade. Nesse aspecto é importante que ocorra a adequada previsão e planejamento de ações de cunho positivo, garantindo que o Estado cumpra seu papel. Observando-se que a inclusão pode se perfectibilizar das mais diversas formas, desde a mudança no modo de pensar e agir, a fim de se ver o sujeito com suas particularidades e capacidade de autonomia, até a modificação no modo de acolher e reconhecer.

O estudo realizado denota que a inclusão de mulheres negras com deficiência no ensino superior brasileiro se depara com a perspectiva hegemônica de segregação de tudo e todos que são diferentes, que, por muitas vezes, afasta a possibilidade de inclusão de pessoas com deficiência no seio social e acadêmico. Nesse contexto, é necessário que ocorram mudanças de paradigmas que permitam a efetividade das políticas públicas de inclusão, oportunizando a todos e todas, indistintamente, acesso a uma educação superior de qualidade, desprovida de preconceitos que perpassa os liames jurídicos e entra na seara da alteridade e da responsabilidade.

Refletir a temática sob a perspectiva da alteridade de Warat revelou-se como um interessante aprofundamento direcionado ao reconhecimento e a inclusão das mulheres negras com deficiência na sociedade, destacando o lugar dos corpos e, das identidades nas sociedades, sob a perspectiva da alteridade como um processo ético de reconhecimento do outro, por meio da sensibilidade de ver, sentir, colocar-se ao lado desse outro, a fim de se poder refletir a partir de suas vivências, suas histórias, seu lugar na sociedade, nos desafiando como membros dessa sociedade a ver a realidade e os sujeitos sob novas perspectivas, mais humanas, sensíveis e inclusivas em espaços de cidadania.

Considerando que as leis e políticas públicas devem acompanhar a evolução social de modo a proporcionar um maior acompanhamento das questões relacionadas à inclusão, é importante que ocorra a adequada previsão e planejamento de ações de cunho positivo, ensejando que o Estado alcance efetivamente os resultados esperados. Observa-se que a inclusão pode se perfectibilizar das mais diversas formas, desde a mudança no modo de pensar e ensinar, superando-se a forma genuinamente homogênea e algumas metodologias tradicionais para um olhar heterogêneo onde se vê o sujeito com suas particularidades e capacidade de autonomia, até a modificação no modo de acolher e reconhecer. Nessa perspectiva não apenas os educadores têm a responsabilidade de enfrentar os novos desafios que se apresentam em sua prática docente quanto às questões de inclusão, mas também as mulheres negras com deficiência, os demais discentes e a sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. In: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 26 set. 2017

BRASIL. **Lei 13.146, de 6 de Julho de 2015.** que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 26 Set. 2017.

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva.** Ministério da Educação e Cultura – MEC. 2008. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 27 Jul. 2018.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. **Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais**. 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia [Orgs.]. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 167-190.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aletéia Hummes. **MEDIAÇÃO WARATIANA: UMA APOSTA NA ALTERIDADE**. Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pd>. Acesso em: 27 Jul. 2018.

RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SIDEKUM, Antônio. Alteridade e interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio. [Org.] **Alteridade e multiculturalismo**. Coleção Ciências Sociais. Ijuí: ed. Unijuí, 2003.

SILVA, Tadeu Tomaz da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tadeu Tomaz da [Org.]. **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos Estudos Culturais. Petrópolis-RJ, Vozes, 2012, p. 103-131.

TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Por quien Cantan Las Sirenas**. Chapecó: UNOESC/CPGD, 1996.

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

## A VIVÊNCIA E A BAGAGEM: ALGUMAS DAS PRÁTICAS SUSTENTÁVEIS E CONQUISTAS DE CIDADANIA DO MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS (MMC) DO LITORAL NORTE GAÚCHO SOB UM PRISMA TEÓRICO ECOFEMINISTA<sup>29</sup>

Neusa Schnorrenberger<sup>30</sup>

Rosângela Angelin<sup>31</sup>

**Resumo:** Apresenta-se um breve panorama da vivência e da bagagem de algumas das práticas sustentáveis e conquistas de cidadania do Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) do Litoral Norte Gaúcho, sob um prisma teórico ecofeminista. O texto se ocupa em apresentar os avanços de mulheres como um movimento social envolto em suas nuances de sustentabilidade ecológica, auferindo conquistas de cidadania para esse grupo de mulheres e seus familiares. O estudo foi realizado por meio de uma metodologia monográfica e qualitativa empírica. Parte-se da teoria/*in lócu*/teoria/resultado. Apresentando o resultado de avanços na seara de direitos e políticas públicas voltadas para mulheres na seara camponesa, obtendo como resultado, um avançar no campo da emancipação por meio das melhorias ambientais ecológicas conquistadas, até então, além de políticas públicas implementadas que contribuíram para uma melhoria significativa na vida cotidiana do MMC - mulheres que vivem no campo.

**Palavras-chave:** Conquistas de Cidadania; Ecofeminismo; Movimento de Mulheres Camponesas; MMC; Práticas Sustentáveis.

### INTRODUÇÃO

*Assumimos a promoção da cidadania permanente, solidária, ativa, autora e transformadora gerada a partir da cooperação, da solidariedade, da terra, do cuidado e da participação plena e efetiva de todas as pessoas nos processos decisórios da vida em sociedade. (CARTA DA 36ª ROMARIA DA TERRA, 2013, p. 28).*

<sup>29</sup> Extrato da Dissertação da primeira autora, defendida em 2019, pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS, em Direitos Especiais, na linha de pesquisa: Direito e Multiculturalismo.

<sup>30</sup> Doutora (2023) pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS, em Direitos Especiais, na linha de pesquisa: Direito e Multiculturalismo. Advogada OAB/RS 115.960. Pesquisadora nos temas: ecofeminismo; mulheres camponesas; movimentos sociais; patriarcado; políticas públicas para mulheres; sustentabilidade ambiental; mediação. E-mail: neusaschadvogada@gmail.com ID ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0334-2893>.

<sup>31</sup> Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS, E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com

A história das mulheres integrantes do grupo do MMC, aqui estudadas, revela a forte presença da lógica ecofeminista em suas relações com o cuidado e preservação do meio ambiente natural e das pessoas próximas, no que se refere ao uso de plantas medicinais para tratamentos de saúde, bem como com a responsabilidade de emancipação das mulheres do sistema patriarcal capitalistas. Isso se reflete nas suas demandas de lutas que perpassaram a seara utópica e se concretizaram em políticas de cidadania. Muito antes da constituição jurídica dessas camponesas, expressas pela Associação das Mulheres Trabalhadoras Rurais e Urbanas, ou da unificação dos Movimentos Sociais autônomos de mulheres no coletivo MMyC-Brasil, mulheres do Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul descortinavam uma nova forma de vida, por meio da influência da Pastoral Rural, alicerçada nas premissas da Teologia da Libertação, já mencionada nesse trabalho, vinculada a Igreja Católica. Por meio dessa pastoral social que, refletia a realidade do campo e a necessidade do cuidado com o meio ambiente, frente a profunda relação desse com a vida das pessoas, é que elas iniciaram práticas agroecológicas, mudanças alimentares, priorizando a segurança e soberania alimentar, bem como cuidados alternativos para a saúde das pessoas. (CADERNO, 2017).

Assim, o trabalho apresenta perspectivas teóricas, bem como o posicionamento das mulheres pesquisadas quem no texto, podem ser localizadas pela letra “P” de participante e “PL” de participante liderança, assim como são apresentadas percepções relatadas em diário de campo.

## A PRÁTICA DO SABER E DO FAZER DO MOVIMENTO DE MULHERES CAMPONESAS

Por meio dessas vivências, elas obtiveram uma importante bagagem política de proteção ambiental e de aproveitamento do mesmo para questões de saúde. Em 1995, as camponesas constituíram o primeiro grupo das denominadas *farmácias comunitárias*, que foi se ampliando e atingiu 23 grupos, só na Região do Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul. (CADERNO, 2017). As *Bruxinhas de Deus* ou *Bruxas Serra e Mar*, como se auto intitularam e são reconhecidas na sociedade, são camponesas que trabalham, semanalmente, nesses espaços de manipulação de ervas medicinais e formações. (PL5, 2018).

Destaca-se que, a auto intitulação dessas camponesas como *bruxas* remonta a analogia das camponesas perseguidas na Idade Média pela Igreja e o Estado, também por manipularem plantas medicinais. Ao mesmo tempo, no caso das camponesas pesquisadas, elas foram encorajadas, justo por setores da Igreja Católica a trabalharem nas farmácias comunitárias. Todas as mulheres entrevistadas são de religião católica e tiveram influência da Teologia da Libertação, trazida pelos padres da época, oriundos da Diocese de Caxias do Sul. Fato é que, a prática da mística religiosa, influenciada pela Teologia da Libertação e os saberes ancestrais concernentes a natureza e ao cuidado, o que vai de encontro do *ecofeminismo espiritualista do terceiro mundo*. Refletindo sobre o exposto, Líria Andrioli pondera:

É nesse contexto que compreendemos a religiosidade como uma vivência de fé, de espiritualidade, de afirmação de crenças e por uma mística que permite, por intermédio da cultura, criar um novo sentido nas relações humanas e nas ações cotidianas [...]. A religiosidade também é uma busca pelo sagrado, pelo

transcendente, no entanto, ela também é uma experiência humana, imersa na história e na cultura. (ANDRIOLI, 2016, p. 49).

As mulheres que compõe o Movimento fazem a suas reflexões, a partir da mística religiosa, envolvendo temas acerca do meio em que se encontram inseridas, utilizando elementos da natureza e de seu cotidiano e, passam a questionar a validade das antigas incorporações patriarcais. A mística sempre ocorre no início das reuniões e encontros, sendo que ela “é o despertar das pessoas para a reunião e para o compromisso”. (P2; P3; P4; P5; P6; P13; P12; P14; P14; PL2; PL3; PL4, 2018). Essa força propulsora e abrangente é relatada na definição do que vem a ser mística religiosa, por uma das entrevistadas, líderes do MMC:

Mística é uma maneira diferente de ver as coisas que vai além da aparência, daquilo que todo mundo fala. A mística é uma maneira de ver o mundo, as coisas, o planeta, a ecologia de uma maneira diferente, mais profunda da realidade. A mística quando é atingida pelo consumismo e capitalismo ela deixa de ser mística. E enquanto o Movimento lutar por esses princípios de justiça, de partilha, de fraternidade, de união das mulheres, de unidade das mulheres essa mística vai continuar. Mas sem a mística é como se nós estivéssemos sem a coluna vertebral. A mística já ocorre dentro de cada uma, quando elas começam a se sentir parte de um todo, sabem que podem ser responsáveis por si mesmas, não só o homem da família. Isso já é um início de mística e depois nós temos os nossos ritos místicos, todas as nossas celebrações, nossos símbolos e isso sempre enriqueceu o nosso Movimento. (PL2, 2018).

Os principais elementos trazidos pelo momento da mística realizada por essas mulheres compreendem os quatro elementos da natureza: terra, água, ar e o fogo, disponibilizadas ao chão de modo central do espaço físico. (P6, 2018). A terra representa a alimentação saudável, a saúde trazida pelas farmacinhas e o Ser Integral (a mente, o corpo e o espírito). A água é o que limpa, purifica e refresca e o ar é que as move. O fogo é a luz que ilumina, representando o sol. (P14; PL2, PL4, 2018).

Também existem outras simbologias utilizadas, como o chapéu de palha, a foice, a peneira, a enxada, símbolos de trabalho das camponesas e símbolos de resistência (P4; PL2; PL3; PL6, 2018) ou a carteira de identidade das integrantes, que foi uma conquista. (P3; P4, 2018). Também estão presentes flores, que representam, a alegria e os diferentes perfumes. (P4; PL1, 2018). Por fim, as ervas medicinais representando também a saúde e as sementes simbolizando a continuidade e a força da vida. (PL3; P8; P10, 2018). A mística também é sinal de acolhida, “Se tu te abraçou de manhã lá na rua, mas o abraço lá dentro da reunião é um outro abraço. Um abraço de acolhida, para que a gente se sinta fortalecida. Essa mística fortalece essa unidade de grupo.” (PL2, 2018).

Referente à fundamentação da proximidade das mulheres com a natureza, dentre as quinze participantes diretas dessa pesquisa empírica, quatorze delas consideram a mulher mais próximas à natureza do que o homem e, duas se utilizam do argumento que as mulheres estão mais próximas da natureza pelo fato de a mulher poder exercer a maternidade, correlacionado ao fato de a Terra ser uma grande mãe para todos seus filhos. (P1; P2, 2018). Outra afirma que, “Desde o início da humanidade, elas observam mais a questão da natureza, das plantas, das sementes,

da época do plantio.” (P5, 2018). Ambas as falas trazem presente características do *ecofeminismo clássico*. Por sua vez, nove entrevistadas justificam a proximidade das mulheres com a natureza, devido ao cuidado, proteção, preocupação e dedicação maior das mulheres em relação a ecologia (P3; P6; P8; P9; P10; P11; P12; P13; P14, 2018), denotando que reconhecem essa proximidade como uma construção cultural, defendida pela teoria ecofeminista construtivista.

Acompanhando essas camponesas em seus eventos e, mesmo nos momentos de convivência nas entrevistas individuais, a pesquisadora evidencia claramente que esses valores de cuidado para com a natureza e com as pessoas estão inculturados no cotidiano delas. Quando indagadas porque é importante para elas cuidarem da natureza, prontamente, associando-se a fala de uma delas: “Faz parte da vida cuidar da natureza.” (P2, 2018), destacando que a natureza é a fonte de vida, de saúde, bem estar, continuidade, sendo um dever intergeracional deixar a natureza em melhores condições do que as recebidas pelos antecessores. (P1; P5; P7; P8; P10; P14; P15, 2018). Ainda revelam a preocupação com uma futura indisponibilidade das plantas medicinais (P12, 2018) e com a futura escassez de água (P9, 201), destacando que, “A natureza não precisa da gente, a gente precisa dela.” (P13, 2018).<sup>32</sup>

Essa ideologia protecionista desenvolvida entre as mulheres pesquisadas vem ao encontro de uma perspectiva de desenvolvimento sustentável, baseado, em especial, na agricultura ecológica. Das mulheres participantes, onze responderam que não utilizam nenhuma espécie de agrotóxicos ou insumos químicos no manejo da produção de alimentos na propriedade. (P2; P3; P4; P5; P6; P7; P8; P9; P10; P12; P15, 2018).<sup>33</sup> Em relação aos que abdicaram o uso dos agrotóxicos ou evitam usá-lo, questionadas sobre o que utilizam no lugar desses, nem todas responderam e, algumas afirmaram que trabalharão com “insumos orgânicos para controle de pragas, não exterminar elas, mas controlar para a gente cultivar nosso alimento para poder sobreviver. Trabalhando conjuntamente a natureza.” (P6, 2018).

No âmbito das mulheres do MMC, a agricultura ecológica assume o compromisso do desenvolvimento somado a justiça social, como um dos eixos de projeto político, relacionando-se com o diálogo feminista e organizado em ações que levam em conta a necessidade de autonomia econômica da mulher. (SILVA, 2008). As entrevistadas lembram que inicialmente adotaram o discurso ideológico voltado para uma alimentação mais saudável e sem o uso dos insumos químicos, em prol da saúde, tendo sido posto em prática, primeiro com as farmácias comunitárias. (P13; P14, 2018). Porém, isso não foi o suficiente e, houve a necessidade de diversificar a produção nas pequenas propriedades familiares e produzir sem venenos. Assim, famílias de pequenos camponeses se reuniram e criaram a Associação de Colonos Ecologistas da Região de Torres (ACERT), aproximadamente vinte e sete anos atrás, como lembra uma das entrevistadas. (P15, 2018). Por meio dessa associação, as famílias começaram a produzir sem veneno e, por conseguinte, se diferenciar dos agricultores convencionais. Começaram a produzir além da banana, outras diversidades de cultivo (hortaliças, frutas, processados, compotas, conservas) para o consumo familiar e a venda semanal em feiras, nos municípios de Torres, Três Cachoeiras e Porto Alegre.

<sup>32</sup> Questionário nº 3. Por que é importante cuidar da natureza?

<sup>33</sup> Questionário nº 5. Vocês usam agrotóxicos na produção de todos os alimentos da propriedade?

Como aporte técnico e assessoria para essas famílias, se encontra a Rede Ecovida,<sup>34</sup> que trabalha com os movimentos, em rede. No núcleo regional da Rede Ecovida, situado no Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul, os trabalhos são desenvolvidos desde 1989, contando, atualmente, com quarenta e três grupos envolvidos, que compreendem aproximadamente quatrocentas e cinquenta famílias. A Rede Ecovida também contribui para estabilidade dos preços dos produtos orgânicos, gerando uma segurança na renda familiar, pelo valor agregado aos produtos. (P4; P5; P15, 2018). As mulheres do MMC, como visto acima, a partir do exemplo da Rede Ecovida, trabalham em forma de redes, aliada também ao Centro Ecológico, Sindicatos e Emater que tem contribuído muito para que a perspectiva de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável integrado.

Nos anos de luta e organização das mulheres do campo, muitas manifestações na rua e enfrentamentos foram feitos, em especial, para pressionar os governos<sup>35</sup> em prol da proteção social, na esfera do trabalho, e muitas conquistas foram acopladas à produção (crédito, assistência e comercialização), amparo à cidadania, dentre as quais, o acesso à documentação, à políticas de saúde e de combate a toda espécie de violência contra as mulheres. É deste modo somado a força da presença feminina nas ruas, que o MMC vem se moldando como sujeito político e constituindo uma interlocução com os governos, a sociedade e com os demais Movimentos Sociais. (SILVA, 2008).

Frente a um arcabouço reivindicatório dos movimentos organizados de mulheres do campo, estão as plataformas de políticas públicas conquistadas e acessadas pelas mulheres do MMC, Litoral Norte, voltadas para uma tentativa de reverter o quadro das desigualdades constatadas entre mulheres e homens, entre zona rural e urbana e, dentro da zona rural, entre a agricultura familiar e camponesa em oposição ao empresariado do agronegócio. Essas políticas públicas denotam a diversidade das organizações sociais, culturais e econômicas de mulheres que advêm da floresta, de quebradeiras de coco, das ribeirinhas, das pescadoras artesanais, mulheres indígenas, mulheres quilombolas e tantas outras identidades que almejam se afirmar como sujeitas políticas em relação com a sociedade do seu entorno e ao Estado. (BUTTO; FARIA; HORA *et. al.*, 2014).

Depois das conquistas constitucionais pelas mulheres do campo, já abordadas em outro momento, a mobilização continuou e, frente a isso, foram sendo criadas e fortalecidas novas estruturas governamentais direcionadas às políticas públicas para mulheres, dentre as quais, destaca-se a criação da Diretoria de Políticas para as Mulheres Rurais (DPMR), engendrada pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) do Governo Federal, que projetou iniciativas governamentais com respostas

---

<sup>34</sup> A Rede Ecovida, criada 1998, está presente nos três Estados do sul do Brasil (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul). Hoje, possui vinte e sete núcleos regionais, pelos três estados e abarca trezentos e cinquenta e dois municípios, atendendo trezentos e quarenta grupos de camponeses, o que corresponde, aproximadamente, quatro mil e quinhentas famílias, bem com a vinte ONGs envolvidas neste trabalho. (REDE DE AGROECOLOGIA ECOVIDA, 2018).

<sup>35</sup> Uma das participantes líderes do MMC, entrevistadas nessa pesquisa, relata a sua participação em uma ação do movimento que enfrentamento: “Na Assembleia ali em Porto Alegre, aqueles cavalos em cima da gente. No tempo da Yeda, nós participamos [...]. Eles botaram muita chuva [bala de borracha]. E quando eles pediram para a gente sair e a gente não saiu, botaram os animais em cima da gente. A gente tava lidando por direitos e eles diziam que não, elas não querem sair bem ou mal, aí soltou né. Aí soltaram os animais em cima da gente. Houve o enfrentamento porque alguns eles atacaram na frente da matriz ali em Porto Alegre.” (PL1, 2018).

para as demandas e agendas dos movimentos sociais. (BUTTO; FARIA; HORA *et. al.*, 2014).<sup>36</sup> Vale destacar que, o DPMR, juntamente com o MDA veio para abrir possibilidades e a ampliar o acesso às políticas de cidadania para as mulheres agricultoras, precisamente em áreas de concentração dos setores mais deficientes e frágeis da agricultura familiar, tendo como principais executoras as camponesas. (SCHNORRENBURGER; ANGELIN, 2018b). Por meio do DPMR e o MDA, foi fomentado uma capacidade de escuta e empatia, propondo o fortalecimento das mulheres camponesas também enquanto corpo de sujeitos políticos coletivos, que possuem consciência da opressão que e, ao mesmo tempo, resistem, ampliando a construção de novas alternativas. Enquanto o MDA existia, até o ano de 2016,<sup>37</sup> foram criados diversos espaços de debate para as mulheres camponesas do Brasil, a fim de qualificar as políticas públicas voltadas para elas, bem como os diversos programas. (HORA; BUTTO *in* BUTTO *et. al.* 2014).

O programa de Assistência Técnica e Extensão Rural, voltado para as camponesas, denominado *ATER*<sup>38</sup> *para Mulheres*, objetivava a realização de assistência técnica rural direcionada para mulheres e, em especial, para a produção de alimentos agroecológicos, atendendo a especificidade e demanda do desenvolvimento sustentável sistêmico e integrado, priorizando a segurança e soberania alimentar e não a lucratividade de plantios convencionais, conforme reivindicaram os movimentos de mulheres do campo, entre eles o MMC. (BRASIL, MDA).

E esse processo de retroalimentação das lutas e conquistas, comportou na criação e no surgimento de inovadoras políticas de cidadania, atingindo um vasto público. (BUTTO; FARIA; HORA *et. al.*, 2014). Estas experiências obtiveram repercussão em outros movimentos sociais, em regiões distantes e foi amplamente assumida pelos então governos, culminando, por exemplo, no Programa Nacional de Documentação da Trabalhadora Rural. Esse programa foi iniciado no ano de 2004 e estendido até 2013, tendo contemplado um elevado número de mulheres – estima-se mais de um milhão de mulheres, em especial, camponesas e garantindo seu reconhecimento jurídico perante o Estado e, por conseguinte, acesso a direitos de cidadania. (BUTTO; FARIA; HORA *et. al.*, 2014), como a própria comprovação documental para logra o benefício especial das aposentadorias.

Referente ao tema geração de renda, as participantes da pesquisa, salientam que o MMC não atua diretamente no trabalho para a geração de renda, mas influencia esse. Apenas duas delas, individualmente, ou seja, coordenam esse trabalho na família, comercializam para a cooperativa que faz a venda institucional para o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) e o Programa Nacional de Alimentação

---

<sup>36</sup> A partir da premissa de Estados não são neutros, passa-se ao entendimento de que o Estado necessita ter ações conscientes e políticas de cidadania ativas para o enfrentamento das desigualdades de gênero na sociedade. A vontade política carece permear toda estrutura Estatal, inclusive com a mobilização de gestores responsáveis por operações em seu âmbito local. Levando em conta as limitações impostas às mulheres pela sociedade patriarcal tanto no âmbito familiar, quanto enraizada institucionalmente nos aparelhos de Estado. (BUTTO; FARIA; HORA *et. al.*, 2014).

<sup>37</sup> O Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) perdurou até o ano de 2016, quando perdeu seu *status* ministerial e foi extinto (SCHNORRENBURGER; ANGELIN, 2018b). Até a data de fechamento desse estudo em seu lugar existe a Secretaria Especial de Agricultura Familiar e Desenvolvimento Agrário, que responde a autoridade da Casa Civil do Estado brasileiro (BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DE AGRICULTURA FAMILIAR E DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO).

<sup>38</sup> Instituído pela Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010 (BRASIL, 2010).

Escolar (PNAE), bem como se disponibilizam para as chamadas públicas para a venda de hortaliças e outros gêneros alimentícios, contribuindo com a manutenção do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) da agroindústria ou das cooperativas e associações. (P4; P6, 2018). As demais participantes referem ao MMC a própria atividade na busca e repasse de informações e ao acesso aos programas governamentais que não são específicos para as mulheres, ou de forma coletiva para a produção e comercialização de alimentos.

Assim, as participantes afirmam que já acessaram diversas políticas públicas que tem como pano de fundo a promoção da cidadania,<sup>39</sup> por elas conquistada, como financiamento de trator/tobata para implementação agrícola (P2; P7; P12; P15, 2018) e a habitação rural. (P4; P7; P10, 2018). De modo coletivo houve aquisições de fornos industriais para a panificação (P5; P7, 2018) e a participação na feira da Biodiversidade (P3; P8, 2018). Não se pode olvidar o acesso a política pública do *Pronaf Mulher*.<sup>40</sup> (P2; P3; P7; P10; P11; P12; P13, 2018).<sup>41</sup> Um destaque a ser feito referente esse programa foram os entraves da falta de informação e orientação na elaboração dos projetos, pela assistência técnica e o preconceito dos gestores financeiros das agências financiadoras, que afirmavam que a produção das mulheres não auferia lucratividade, não valendo a pena investir nelas. (SOF, 2006a). Isso se revela na fala de uma das entrevistadas:

O Pronaf Mulher foi uma conquista das mulheres e que a gente tinha de acessar nos municípios. Então a nossa briga foi por ser vistas como agricultoras. A gente ia aos municípios, ia para o Banco do Brasil, os gerentes diziam que não existia, que estávamos loucas. E nós afirmando que existia sim essa linha de crédito voltada para as mulheres agricultoras, que veio de uma Lei sancionada e que a gente tinha o direito. E eles pediam que os maridos viessem na agência e nós argumentando que a gente não precisava dos nossos maridos. Afirmávamos que nós éramos mulheres agricultoras e que nós queríamos tirar. Então foi uma briga, nós compramos várias brigas nos bancos. Até que no fim a gente conseguiu. Eles tiveram que ir atrás se informar e procurar a Lei, saber como funcionava para fazer os projetos. Foi muito bom isso. (PL2, 2018).

<sup>39</sup> Direcionado as participantes (P). Eixo 4 – Políticas de cidadania. Questionário nº 1. O MMC tem possibilitado que os grupos trabalhem para a geração de renda. Vocês participam de algum programa governamental ou coletivo para a produção e comercialização de alimentos? Quais?

<sup>40</sup> A linha de crédito de investimento para Mulheres (Pronaf Mulher) visa finalidade o atendimento das propostas da mulher agricultora, tomando como base projeto técnico ou proposta, podendo ser acessado de forma individual ou coletiva. A taxa de juros varia de 2,5% ao ano a 4,6% ao ano conforme a finalidade da demanda e o teto correspondem até R\$ 800.000, 00 conforme a demanda e as especificidades exigidas. (BANCO CENTRAL BRASIL, 2017).

<sup>41</sup> A título exemplificativo, o Pronaf Mulher, como política de crédito voltado para as mulheres, teve o Estado gaúcho com o maior índice de mulheres que acessaram o programa de incentivo ao crédito rural. Porém os homens foram a maioria que buscaram o crédito quando comparado as mulheres. No ano de 2003/2004, em relação as agricultoras, foram fechados 236 contratos, na safra de 2004/2005. Esse número mais que dobrou para 839 contratos assinados e já em 2005/2006 também houve um salto de 1.332 contratos firmados. (SOF, 2006a).

O MMC tem possibilitado que os grupos trabalhem para a geração de renda,<sup>42</sup> por meio de ações existentes, como a exemplo de conquistas das infraestruturas de panificação com fornos industriais e massadeiras de agroindústrias, inserção na agroecologia para comércio e feiras e, até a promoção do turismo rural, através de recursos financeiros federais (PL6, PL3, 2018). Outra política pública estadual promovida pelo governo estadual do Rio Grande do Sul, no então governo, de Olívio Dutra (1999-2003), a partir de demandas apresentadas pelo MMC, fora o recebimento dos *kits* de cozinha para a implementação das farmácias comunitárias, nos grupos já mencionados (PL4, 2018). Merece reconhecimento o fato de que, o MMC foi um dos primeiros promotores de cursos e formações para mulheres na agroecologia (PL2, 2018), bem como também é promotor da Feira da Biodiversidade, que ocorre, anualmente e conjuntamente com o Centro Ecológico. (PL5, 2018).

Em sua grande maioria, as integrantes dos grupos ou seus familiares acessaram políticas públicas para as atividades, fizeram projetos ou acessaram recursos diretos da Secretária do Desenvolvimento Rural federal para aquisição de equipamentos, acessaram o Pronaf Mulher,<sup>43</sup> como já tratado, anteriormente, executaram a compra de equipamentos agrícolas, aquisição de placas solares para fonte de energia limpa e barata e habitação rural, com a contrapartida de valores irrisórios (PL1; PL6; PL3; PL2, 2018).<sup>44</sup> Não se pode olvidar, que os grupos familiares acessaram políticas públicas para a aquisição de insumos orgânicos e novas mudas de bananeiras (PL2, 2018), a fim de melhorar e complementar a renda familiar.

O Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) do Litoral Norte, também participou de um importante programa governamental, com parcerias internacionais, para a viabilização de trabalho do Movimento, com destaque para o Subprograma Projetos Demonstrativos (PDA).<sup>45</sup> O PDA foi desafiado a demonstrar, através de inovadoras experiências a efetividade da possibilidade de construção, com bases socioambientais, com estratégias que promoviam o desenvolvimento sustentável e, inclusive, a partir dos aprendizados advindos destas experiências, estimulando a formulação de políticas públicas que objetivam contribuir para a propagação e inclusão

---

<sup>42</sup> Direcionado as participantes (P). Eixo 4 – Políticas de cidadania. Questionário nº 1. O MMC tem possibilitado que os grupos trabalhem para a geração de renda. Vocês participam de algum programa governamental ou coletivo para a produção e comercialização de alimentos? Quais?

<sup>43</sup> Tanto o Pronaf convencional acessado por homens e as demais modalidades, quanto o Pronaf Mulher tem sua sustentação na Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006, em especial os art. 4º e 5º da Lei. No inciso III do art. 4º importa a inserção da igualdade na aplicação das políticas públicas, com respeito aos aspectos de gênero, geração e etnia. (BRASIL, 2006).

<sup>44</sup> Um dado muito importante: o MMC pesquisado, coordenou a construção de cinquenta e duas (52) novas casas para integrantes do Movimento. (RESOLUÇÃO 460, 2006). Alcançando o valor de quatrocentos e cinquenta mil reais (R\$ 450.000,00) por meio do Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR). (RESOLUÇÃO 460, 2006). Foram oito (08) casas erguidas no município de Três Cachoeiras e as demais quarenta e sete (47) casas pertencentes ao município de Três Forquilhas, inclusive em comunidade quilombola do município. (PL2, 2018). Retomando que foi neste mesmo período que as integrantes do MMC criaram o Conselho de Habitação Municipal nos municípios demandados e solicitaram assento. (PL2, 2018).

<sup>45</sup> Ele foi criado em 1995, e desenvolveu seus primeiros projetos em 1996 e encerrado em 2014. O PDA resultou de negociações entre o Governo Brasileiro, organismos de cooperação internacional, redes de ONGs e os Movimentos Sociais da Amazônia (GTA) e Mata Atlântica (RMA). Implementado pelo Ministério do Meio Ambiente no âmbito do Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais (PPG7), tendo seu principal apoiador a Cooperação Internacional Alemã. (BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, s.a).

das mesmas por outras comunidades, organizações e instituições públicas. (BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, s.a).

O MMC Litoral Norte gaúcho acessou o referido projeto, no ano de 2005 e o executou desse período, até o ano de 2009, sendo a principal ação desenvolvida no período pelo Movimento, a qual abrangeu a participação de todas as integrantes. O principal critério de possibilidade de acesso ao Programa foi à inserção das mulheres do Movimento em uma região compreendida por resquícios da cobertura de vegetação de Mata Atlântica. Assim o MMC criou e desenvolveu o Projeto *Firmando Passos em Defesa da Vida*,<sup>46</sup> com a liberação inicial de valores correspondente na casa dos setenta e sete mil e duzentos reais (R\$ 77.200,00). (PROJETO, 2005).

Após o projeto inicial, ocorrem várias liberações de recursos financeiros<sup>47</sup> como desdobramentos do mesmo, mas não menos importantes, como o Projeto *Potencializando Sonhos Preservando a Vida*, que visava a recomposição das matas ciliares, que veio a contribuir para a melhora da saúde ambiental regional, bem como o reforço das iniciativas que envolvem a segurança e soberania alimentar, por meio do alimento que as mulheres do MMC produzem e põem na mesa da família, diariamente, além do tradicional cuidado e preservação das ervas medicinais, encontradas na Mata Atlântica. (CADERNO, 2008).

Nesta conjectura o MMC esteve direcionado para diversos projetos, de menor vulto econômico, voltados a potencialização e empoderamento das integrantes, mas nem por isso menos importantes, conforme segue: a) Projeto *Cuidar da Natureza Garantir a Vida*, no período de julho a dezembro de 2010, estimado em oito mil e seiscentos e oitenta e sei reais e cinquenta centavos (R\$ 8.686, 50), para as atividades de formações e encontros das mulheres, “com o objetivo de conscientizar a todos (as) da importância da preservação ambiental, cuidando da terra, da água, do lixo etc. bem como a produção de alimento saudável para as famílias da roça e da cidade”. (PROJETO, 2009); b) Projeto *Rede Solidária em Defesa da Vida*, tendo como foco inicial a formação e capacitação das mulheres com mobilizações para a conquista e efetivação de direitos, além da superação de vulnerabilidade econômica e geração de renda, financiado pelo Fundo Ecumênico de Solidariedade da Campanha da Fraternidade de 2010, no valor de vinte mil reais (R\$ 20.000,00) (RELATÓRIO FINAL, 2010/2011) e, c) Projeto *Formar para Transformar*, com o desenvolvimento de encontros, formações e oficinas práticas no decorrer do ano de 2005, com o apoio do Fundo de Miniprojetos da Região Sul, da Fundação Luterana de Diaconia, no valor de quatro mil reais (R\$ 4.000,00), conjuntamente ao patrocínio da entidade religiosa alemã *Missionzentrale der Franziskaner*, com o aporte financeiro de quatro mil e quinhentos euros (EUR 4.500,00). (PROJETO, 2004).

O relato das breves atuações do MMC, suas perspectivas com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, bem como o envolvimento e execução de vários projetos, denota que esse Movimento tem uma atuação muito significativa nessa região, transformando a realidade das famílias e também do espaço onde

<sup>46</sup> Por meio destes recursos advindos do PDA obtiveram a aquisição da casa sede Litoral Norte, um carro, bicicleta, computadores, fogão industrial, utensílios e aparelhamentos domésticos, material de construção para reforma, além da cobertura com todos os gastos fixos mensais da sede. (MEMÓRIA DE CÁLCULO in PROJETO, 2005).

<sup>47</sup> Correspondente ao que consta no Projeto Potencializando Sonhos Preservando a Vida, na página descrita como Custos Totais e Cronograma de desembolso, os valores são estimados em U\$ 16.439, 82. (PROJETO, 2008).

vivem. Mesmo assim, o MMC possui dificuldades no que se refere a emancipação das mulheres e desafios frente a proteção ambiental. Perguntadas sobre isso, três delas salientaram grande preocupação com a continuidade do Movimento e a renovação das integrantes, bem como a atual falta de fomentação de continuidade e de novas políticas públicas. (PL2; PL3; PL6, 2018). Outra entrevistada trouxe como centralidade das dificuldades encontradas no movimento a predominância do machismo sobre as mulheres, posicionando-as como eternas subalternas ao poderio masculino. (PL2, 2018). Essa fala remete a um questionamento feito nas entrevistas, que se perguntava se existe muita violência contra as mulheres do campo, nos grupos do MMC e o que o MMC tem feito diante disso. Quatro delas responderam que existe ainda muita violência contra as mulheres do campo. (PL2; PL3; PL4; PL5, 2018). Uma das respondentes analisa que a violência ocorre mais com as mulheres que não participam do MMC, porque ficam isoladas, sem apoio. (PL2, 2018).

Ainda, sobre a questão da violência doméstica e familiar contra as mulheres no campo, elas relatam que o MMC nunca foi e nem é omissivo sobre essa questão, sendo uma luta permanente do Movimento. (CHIMINI, 2016). Por isso, o MMC aposta em muita formação sobre esse tema, cursos, reuniões, distribuição e estudo de cartilhas sobre o assunto, debates e discussões sobre a valorização das mulheres, abaixo-assinados contra a violência da mulher, ações em prol da patrulha da Maria da Penha, dentre outros no decorrer de todos esses anos de luta do Movimento da Região Litorânea do RS e é uma luta recorrente. (PL2; PL5, 2018).

Um dos desafios futuros do MMC apresentado por uma camponesa é a constituição de um comitê para a reivindicação de instalação de um Conselho Municipal de Mulheres e posteriormente uma Secretaria Municipal para Mulheres nos municípios da Região do Litoral Norte. Os dois municípios da região que mantêm esse serviço são Osório e Torres, que se localizam nas extremidades de Litoral Norte do Estado do Rio Grande do Sul, o que dificulta o acesso a muitas mulheres que vivem distantes desses polos urbanos. Constituindo esses comitês, viabilizaria a instalação da lei municipal pertinente e a instalação desse serviço em municípios mais próximos às mulheres da região abrangida pelo MMC. Segundo a entrevistada, “a gente sabe que acontece os casos. E a gente não pode ir individual, a gente tem de ter uma organização específica para estar intervindo.” (PL4, 2018).

Também mediante as preocupações futuras a serem vislumbradas pelo movimento, destacam-se duas, que saem dos limites da organização do MMC, ou seja: auxiliar para a conscientização de grupos minoritários que necessitam sair do marasmo, da hipnose em que se encontravam e ir buscar seus direitos (PL6, 2018), e apostar mais forte na emancipação das mulheres do campo, pensando “uma nova estratégia, achar um outro jeito para ir para luta, porque a necessidade da luta é permanente. E é a necessidade que vai dizer isso.” (PL2, 2018).

Em relação aos desafios de cunho ambiental, não há grande preocupação em nível de formação nessa área, pois a questão há muito tempo vem sendo debatida pelo MMC na região e, a perspectiva do cuidado ambiental está cada vez mais inserida no imaginário da população, também por terem muitas reservas legais, a Mata Atlântica, áreas de preservação permanentes (APAs), o que legalmente inibe a ação predadora sobre o meio ambiente natural e, em infringindo as legislações ambientais protecionistas essas pessoas serão penalizadas. (PL3; PL6, 2018).

Yayo Herrero (2017) indica algumas possibilidades ecofeministas para a construção de um meio ambiente sustentável, coincidindo com demandas dos movimentos de camponesas brasileiras, em especial: a) a contraposição a maximização desenvolvimentista e de acumulações monetárias, em detrimento da saúde, dos ecossistemas, da inclusão, da valorização dos conhecimentos e trabalhos manuais/artesanais das mulheres, visando o sustento; b) uma maior organização da vida econômica, política e do trabalho realizado pelas mulheres, a fim de ter mais possibilidades para alcançar a melhora das condições de vida, pois grande parte delas são pobres; c) construir autossuficiência, descentralizar recursos financeiros e se auto organizarem buscando equilíbrio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo evidenciou a proximidade das mulheres do MMC com o meio ambiente natural, nas mais diversas formas que atentam às correntes da teoria ecofeminista, especialmente, na preocupação com o desenvolvimento sustentável, visível nas pautas de lutas e conquistas, bem como no desenvolvimento de projetos nesse sentido. Ao mesmo tempo, elas reforçam a necessidade de um alcance de um mínimo de autonomia e participação da mulher no cenário do desenvolvimento do campo, sendo necessário existir os elementos promotores do reconhecimento e da redistribuição de renda para fins de empoderamento feminino nestes espaços, anunciados por Axel Honneth e Nancy Fraser. Ao que pese as mulheres integrantes do MMC, que participaram da pesquisa terem demonstrado que sua existência, a partir do Movimento, alcançou um elevado nível de emancipação é perceptível à existência de paradoxos, em especial, quando se refere a questões de gênero.

Remonta-se a urgência desses passos de uma rota de políticas de cidadania que direcionam a autonomia e uma maior participação da mulher do campo. Entretanto, neste cenário social e produtivo, a participação do homem também é essencial na fomentação de novas alternativas das relações humanas, ou uma retomada da parceria entre homens e mulheres imbuídos na experiência da alteridade.

## REFERÊNCIAS

ANDRIOLI, Liria Ângela. **Religiosidade e mística no movimento de mulheres agricultoras de Santo Cristo/RS: um processo de constituição de identidades por meio da educação popular**. 2016. Tese (Doutorado em Educação em Ciências). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Educação nas Ciências. Ijuí. Orientador: Walter Frantz. Disponível em: <https://www.unijui.edu.br/estude/-mestrado-e-doutorado/educacao-nas-ciencias>. Acesso em: 14 Dez. 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. 1. **O que é o Pronaf?**, 2017. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/bc\\_atende/port/PRONAF.asp#1](https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/PRONAF.asp#1). Acesso em: 29 Nov. 2018.

BRASIL, 2006. **Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006**. Estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos

Familiares Rurais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11326.htm). Acesso em: 29 Nov. 2018.

BRASIL, 2010. **Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010**. Institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária - PNATER e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária - PRONATER, altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12188.htm). Acesso em: 29 Nov. 2018.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA)**. Ater ajuda na garantia de renda de agricultoras da Bahia. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/ater-ajuda-na-garantia-de-renda-de-agricultoras-da-bahia>. Acesso em: 23 mar. 2016.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA)**. Políticas públicas para mulheres rurais no Brasil. Disponível em: [http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/ceazinepdf/POLITICAS\\_PUBLICAS\\_PARA\\_MULHERES\\_RURAIIS\\_NO\\_BRASIL.pdf](http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/ceazinepdf/POLITICAS_PUBLICAS_PARA_MULHERES_RURAIIS_NO_BRASIL.pdf). Acesso em: 14 Jul. 2018.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente (MMA)**. Subprograma Projetos Demonstrativos (PDA). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/apoio-a-projetos/sociobiodiversidade>. Acesso em: 27 Nov. 2018.

BRASIL. **Secretaria Especial de Agricultura Familiar e Desenvolvimento Agrário**. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/>. Acesso em: 28 Nov. 2018.

BUTTO, Andréa; FARIA, Nalu; HORA, Karla et. al. "Introdução" In: BUTTO, Andréa; FARIA, Nalu; HORA, Karla et. al [Orgs.]. **Mulheres rurais e autonomia**: formação e articulação para efetivar políticas públicas nos Territórios da Cidadania. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2014, p. 08 -14.

**CADERNO história das farmacinhas do litoral norte do RS**: espelho das lutas do movimento de mulheres camponesas. MEIRELLES, Ana Luiza [Sup.]. Centro Ecológico: apoio S.H.S.R.E Agriculture Foundation/Canadá, 2017.

**CADERNO potencializando sonhos preservando a vida**. Três Cachoeiras/RS: Gráfica Três Cachoeiras, 2008.

CARTA DA 36ª ROMARIA DA TERRA. **Terra e Cidadania**: princípios do bem viver. Expediente Comissão Pastoral da Terra – CPT/RS. Caxias do Sul, 2002.

CHIMINI, Letícia. "A opressão contra a mulher não é o mundo que a gente quer: enfrentamentos a partir do MPA do Rio Grande do Sul". In: TAVARES, Jozelita; COSTA, Josineide; FAGUNDES, Marli [Orgs.]. **Diversidade produtiva das mulheres do MPA**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2016, p. 167-183.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

HERRERO, Yoyo. **Ecofeminismo: uma proposta de transformação para um mundo que agoniza**, 2007. Disponível em:  
<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=47899>. Acesso em: 12 Set. 2017.

MEMÓRIA DE CÁLCULO. In: **Projeto firmando passos em defesa da vida**, 2005, s.p. (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

PROJETO **cuidar da natureza garantir a vida**, 2009 (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

PROJETO **firmando passos em defesa da vida**, 2005 (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

PROJETO **formar para transformar**, Nº 134, 2004 (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

REDE DE AGROECOLOGIA ECOVIDA. Sobre. Disponível em:  
<http://ecovida.org.br/sobre/>. Acesso em: 23 Out. 2018.

RELATÓRIO FINAL. **Projeto rede solidária em defesa da vida**. 2010/2011 (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

RESOLUÇÃO 460. **Construção de moradias populares**. 2006 (arquivo MMC Litoral Norte do RS).

SCHNORRENBERGER, Neusa; ANGELIN, Rosângela. “Ecofeminismo e tutela ambiental: uma reflexão acerca da atuação dos movimentos de camponesas no Brasil”. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira** (eletrônica). Ano 4 (2018b), nº 6, p. 2535-2567. Disponível em:  
[http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018\\_06\\_2535\\_2565.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2535_2565.pdf). Acesso em 27 Nov. 2018.

SILVA, Carmem S. M. “Mulheres e agroecologia: desafios políticos e metodológicos”. In: **Cadernos feministas de economia & política**, nº 4. Recife: Casa da Mulher do Nordeste, 2008, p. 119-129.

SOF - SEMPRE VIVA ORGANIZAÇÃO FEMINISTA. “Vocabulário de livre comércio e agricultura”. In: **Agricultura na sociedade de mercado: as mulheres dizem não à tirania do livre comércio**. São Paulo: SOF, 2006a, p. 69-71.

## DESVENDANDO AS ENGENHAGENS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA DIVISÃO DO TRABALHO E A COEVOLUÇÃO DO CAPITALISMO E DO SISTEMA PATRIARCAL NA CONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dionara Denize Cavinatto<sup>48</sup>

Noli Bernardo Hahn<sup>49</sup>

**Resumo:** Neste artigo, visa-se compreender as intrincadas relações entre a divisão do trabalho, a coevolução do capitalismo e do sistema patriarcal, e sua influência na configuração dos Direitos Humanos. Assim, o problema central busca responder ao questionamento de como as complexas interações entre a divisão do trabalho, a coevolução do sistema patriarcal e do capitalismo contribuem para a configuração das desigualdades estruturais que afetam a plena realização dos Direitos Humanos, especialmente no contexto das relações de gênero? A justificativa para a pesquisa é a relevância contemporânea de desvendar as raízes estruturais que contribuem para a persistência das desigualdades de gênero e socioeconômicas. Compreender como a divisão do trabalho, o sistema patriarcal e o capitalismo coevoluíram oferece subsídios fundamentais para informar políticas públicas, movimentos sociais e ações que promovam uma abordagem mais equitativa nos Direitos Humanos. Assim, nesta reflexão objetiva-se a) analisar historicamente a evolução da divisão do trabalho e sua interação com a coevolução do sistema patriarcal e do capitalismo; b) identificar as formas como essas engrenagens sociais impactam a configuração dos Direitos Humanos, especialmente no que tange às desigualdades de gênero; c) propor estratégias e abordagens que visem superar as desigualdades estruturais decorrentes da interseção entre divisão do trabalho, patriarcado e capitalismo. Para tanto, estudou-se autores como Marx, Pierre Bourdieu, Silvia Federici, Amartya Sen, Judith Butler, entre outros. Neste escrito, adota-se uma abordagem interdisciplinar, incorporando métodos qualitativos, envolvendo a análise de textos históricos e documentos legais, para fornecer uma compreensão abrangente da interação entre a divisão do trabalho, o sistema patriarcal e o capitalismo. A análise crítica das fontes guia-se pela perspectiva dos Direitos Humanos e pela busca de estratégias transformadoras. Ao desvendar as engrenagens sociais que moldam a realidade dos Direitos Humanos, nesta pesquisa busca-se contribuir para a construção de abordagens mais equitativas, informando práticas e políticas que promovam uma sociedade mais justa e inclusiva.

**Palavras-chave:** patriarcado; papel da mulher na sociedade; igualdade de gênero.

---

<sup>48</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, *Campus* Santo Ângelo, Docente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha- IFFAR, *Campus* Santo Ângelo, membro do grupo de pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas. E-mail: dionara.cavinatto@iffarroupilha.edu.br.

<sup>49</sup> Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESSP. Professor Tempo Integral da URI, *Campus* de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito. E-mail: nolihahn@san.uri.br.

## INTRODUÇÃO

Na busca incessante pela compreensão das complexidades que permeiam os Direitos Humanos, destaca-se a necessidade de investigar profundamente as estruturas sociais que moldam e, por vezes, limitam a concretização desses direitos fundamentais. Dentro desse contexto, a divisão social do trabalho emerge como um elemento crucial, intrinsecamente ligado à teia complexa do desenvolvimento histórico e social. Este ensaio se propõe a desvelar as intrincadas interações entre a divisão do trabalho, o capitalismo e o surgimento do sistema patriarcal, lançando luz sobre a influência desses fatores na configuração dos Direitos Humanos.

Ao explorar a relação entre a divisão social do trabalho e o capitalismo, o objetivo é desentranhar as dinâmicas que moldam as estruturas sociais, econômicas e políticas. O capitalismo, enquanto sistema dominante, não apenas perpetua, mas muitas vezes intensifica as disparidades no acesso aos direitos básicos. Nesse contexto, a análise da divisão do trabalho revela-se como uma lente perspicaz para entender como certos grupos são sistematicamente e historicamente relegados a posições desfavorecidas, impactando diretamente suas condições de vida e seus direitos.

Paralelamente, a interação entre o capitalismo e o sistema patriarcal assume papel de destaque. O desenvolvimento e a consolidação do patriarcado não são meras coincidências, mas sim um processo entrelaçado com a lógica capitalista. A subordinação de gênero e a imposição de papéis específicos são, muitas vezes, reforçadas pela estrutura econômica, configurando um sistema que perpetua desigualdades e violações dos Direitos Humanos com base no gênero.

Assim, este artigo propõe-se a analisar criticamente a interseção entre a divisão social do trabalho, o capitalismo e o sistema patriarcal, reconhecendo a importância vital de desvelar essas conexões para avançar na promoção efetiva e abrangente dos Direitos Humanos. A compreensão aprofundada dessas relações oferece noções fundamentais para a formulação de estratégias que buscam a justiça social e a igualdade, elementos indispensáveis na construção de uma sociedade que respeita e protege os direitos inalienáveis de todos os seus membros.

O artigo divide-se, em seu desenvolvimento, em cinco breves subtítulos em que se reflete a interconexão entre a divisão do trabalho, a coevolução do capitalismo e do sistema patriarcal e sua influência na configuração dos Direitos Humanos.

## A DIVISÃO SOCIAL DO TRABALHO: PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E CONTEMPORÂNEAS

A constatação da diferença biológica entre o masculino e o feminino provavelmente foi o ponto de partida para que a concepção acerca de homens e mulheres fosse estabelecida e culturalmente se determinassem papéis sociais para que cada um pudesse ocupar um espaço não só cultural, mas também social e econômico, em que as funções laborais e o sistema capitalista contribuíram significativamente para a dinâmica de subalternização das mulheres.

A divisão social do trabalho, ao longo da história, tem sido um fenômeno central na construção e reprodução das relações sociais. Ao analisar as perspectivas históricas e contemporâneas dessa divisão, é possível deparar-se com um complexo cenário que molda as estruturas sociais, econômicas e políticas. Como apontado por

Marx (2011), a divisão do trabalho é inerente ao desenvolvimento das sociedades, sendo uma força motriz que permeia as relações de produção.

Ao observar o cenário histórico, é possível identificar as raízes da divisão social do trabalho nas sociedades agrárias e suas transições para formas mais complexas de organização social. Durkheim (1999) destaca a função integradora da divisão do trabalho, argumentando que ela promove a coesão social ao permitir que os indivíduos se especializem em diferentes tarefas, contribuindo para a interdependência necessária à sobrevivência da comunidade.

Contudo, as perspectivas contemporâneas exigem uma análise crítica, à medida que a divisão do trabalho muitas vezes perpetua desigualdades estruturais. Bourdieu (2011), por sua vez, alerta para o papel da divisão do trabalho na reprodução das hierarquias sociais, destacando como certos grupos são posicionados em vantagem ou desvantagem com base em suas posições ocupacionais. Essa desigualdade, por sua vez, reverbera nas oportunidades e acesso aos Direitos Humanos.

No âmbito econômico contemporâneo, há que se destacar que a globalização introduziu novas dimensões à divisão do trabalho em que países periféricos frequentemente desempenham papéis subalternos na produção global. Essa dinâmica, embora propicie desenvolvimento econômico em algumas regiões, também contribui para a exploração e vulnerabilidade de trabalhadores em contextos periféricos.

A relação intrínseca entre a divisão social do trabalho e os Direitos Humanos é evidente quando se considera as disparidades no acesso a oportunidades educacionais, serviços de saúde e participação política. Sen (2010) destaca a importância da expansão das capacidades individuais como um componente essencial dos Direitos Humanos, ressaltando como a divisão do trabalho pode ser um obstáculo para o pleno desenvolvimento humano.

Em síntese, a análise das perspectivas históricas e contemporâneas da divisão social do trabalho demanda uma abordagem multifacetada, incorporando os ensinamentos de teóricos clássicos e contemporâneos. Entender essa dinâmica é crucial para desvelar as complexidades que permeiam a busca por justiça social e a concretização plena dos Direitos Humanos em um contexto global em constante transformação.

A evolução histórica da divisão do trabalho é uma jornada fascinante que lança luz sobre as transformações sociais e econômicas ao longo dos séculos. Desde as sociedades antigas até as complexas estruturas contemporâneas, a divisão do trabalho tem desempenhado um papel central na organização e na dinâmica das comunidades humanas.

Para compreender a trajetória histórica desse fenômeno, é fundamental voltar o olhar para os primórdios da teoria sociológica. Karl Marx (2011), em sua obra "O Capital", oferece uma análise sobre a evolução da divisão do trabalho, destacando como ela está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento das forças produtivas e à emergência do modo de produção capitalista. Marx (2011) argumenta que a divisão do trabalho é uma característica central da sociedade capitalista, onde a especialização de tarefas é essencial para a eficiência econômica, mas ao mesmo tempo conduz a relações sociais de exploração.

Ao adentrar no período industrial, as contribuições de Émile Durkheim merecem destaque. Em "Da Divisão do Trabalho Social", Durkheim (1999) esclarece a transição da solidariedade mecânica para a orgânica, associada ao aumento da complexidade da divisão do trabalho. Ele argumenta que, à medida que as sociedades evoluem, a interdependência entre os indivíduos aumenta, mas também surgem novas formas de anomia e desintegração social.

A abordagem contemporânea da evolução histórica da divisão do trabalho leva em consideração as transformações globais e as tecnologias modernas. Pierre Bourdieu (2011) explora como a divisão do trabalho contribui para a reprodução das hierarquias sociais, influenciando as formas de capital cultural e econômico que indivíduos podem acumular.

Ao se refletir sobre a evolução histórica da divisão do trabalho, percebe-se que ela não é apenas uma questão econômica, mas uma força moldadora das relações sociais e das oportunidades individuais. A compreensão desses processos históricos é crucial para contextualizar as desigualdades contemporâneas e abordar os desafios enfrentados na busca por uma distribuição mais justa e equitativa dos Direitos Humanos.

A análise do impacto da divisão do trabalho na estrutura social atual revela as complexas dinâmicas que moldam as relações econômicas, sociais e, conseqüentemente, os Direitos Humanos.

Pierre Bourdieu, em sua obra "A Distinção", argumenta que a divisão do trabalho não apenas determina as funções ocupacionais, mas também influencia a distribuição desigual de recursos culturais e econômicos. Bourdieu destaca como certas ocupações conferem mais prestígio e poder simbólico do que outras, criando distinções sociais que perpetuam desigualdades estruturais:

E do mesmo modo que uma história das práticas esportivas da classe dominante levaria, sem dúvida, ao aspecto mais profundo da evolução das disposições éticas da representação burguesa do ideal humano e, em particular, da maneira de conciliar as virtudes corporais com as virtudes intelectuais, mantidas com o intuito de fazer sobressair o sentido do feminino, assim também a análise da distribuição, em determinado momento, das práticas esportivas entre frações da classe dominante conduziria, sem dúvida, a alguns dos princípios mais bem dissimulados da oposição entre essas frações, tais como a representação – soterrada no mais profundo dos inconscientes da relação entre divisão do trabalho entre os sexos e a divisão do trabalho de dominação. (BOURDIEU, 2011, p. 206).

Nesse contexto, a teoria do "capital humano" de Gary Becker (1994), apresentada em "Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education", ressalta como a divisão do trabalho influencia a acumulação de habilidades e conhecimentos, determinando as oportunidades e o acesso a recursos educacionais. A disparidade na distribuição desses recursos tem implicações diretas nos Direitos Humanos, especialmente no que tange ao direito à educação e à igualdade de oportunidades.

Além disso, a análise de Joan Acker (1992), destaca como a divisão do trabalho é intrinsecamente relacionada à questão de gênero. Acker argumenta que as estruturas de emprego refletem e perpetuam as relações de poder de gênero, influenciando diretamente os Direitos Humanos das mulheres no contexto profissional.

Assim, a compreensão dessas perspectivas teóricas permite reconhecer que a divisão do trabalho não é apenas uma questão funcional na organização da produção, mas uma força que molda as estruturas sociais, contribuindo para a reprodução de desigualdades. A análise crítica desses impactos é crucial para desenvolver estratégias que visem promover a equidade e garantir o pleno exercício dos Direitos Humanos em uma sociedade profundamente marcada pela divisão do trabalho.

## CAPITALISMO E DESIGUALDADES ESTRUTURAIS

O conceito de "*capital cultural*", desenvolvido por Pierre Bourdieu (2011) em diversas obras, incluindo "A Distinção", é central para entender como o capitalismo não apenas gera desigualdades econômicas, mas também influencia a distribuição de conhecimento, educação e prestígio social. Essa forma de capital tem implicações diretas nas oportunidades e nos direitos individuais, reforçando as estruturas de desigualdade.

Na perspectiva feminista, a obra de Sylvia Walby (1990), destaca como o capitalismo e o patriarcado estão interconectados, contribuindo para a criação de estruturas que perpetuam a desigualdade de gênero. A análise de Walby destaca como as relações de trabalho, muitas vezes moldadas pelo capitalismo, são permeadas por formas específicas de discriminação e exploração de gênero:

The first critical distinction I would like to make is between segregation and exclusion as two distinct patriarchal strategies in paid work. The exclusion strategy is aimed at totally preventing women's access to an area of employment, or indeed to all paid employment; the segregation is a weaker strategy aimed at separating women's from men's work and at grading the former beneath the latter for purposes of remuneration and status. This distinction is illuminated by a comparison between engineering and clerical work.<sup>50</sup> (WALBY, 1990, p. 53).

Ao considerar as desigualdades globais, a análise de Amartya Sen (2010) oferece uma perspectiva valiosa, pois aduz que o desenvolvimento econômico, muitas vezes associado ao capitalismo, não é suficiente para garantir a liberdade substantiva das pessoas. A distribuição desigual dos benefícios do desenvolvimento contribui para privações significativas em termos de acesso a direitos fundamentais.

Já por meio dos ensinamentos de Marx (2011), possível compreender que as relações sociais sob o capitalismo são mediadas pelas relações de produção, onde as classes sociais emergem a partir das relações de propriedade dos meios de produção. Dessa forma, as relações sociais são moldadas pela divisão entre a classe capitalista e a classe trabalhadora, influenciando diretamente a distribuição de recursos e poder na sociedade.

---

<sup>50</sup> Em livre tradução: A primeira distinção crítica que gostaria de fazer é entre segregação e exclusão como duas estratégias patriarcais distintas no trabalho remunerado. A estratégia de exclusão visa impedir totalmente o acesso das mulheres a um espaço de emprego, ou mesmo a todos os empregos remunerados; A segregação é uma estratégia mais fraca que visa separar o trabalho das mulheres do dos homens e classificar o primeiro abaixo do último para fins de remuneração e status. Essa distinção é iluminada por uma comparação entre engenharia e trabalho administrativo.

Pierre Bourdieu (2011), explora como o capitalismo não apenas molda as relações sociais através da esfera econômica, mas também por meio do que ele chama de "capital cultural". Assim, argumenta que as formas de cultura e conhecimento são incorporadas nas práticas cotidianas, criando hierarquias sociais que refletem e reforçam as desigualdades de classe.

Ademais, a lógica do trabalho para a acumulação de capital, bem como a inserção na vida cotidiana de imagens e representações que servem aos interesses do capital, contribuem para a compreensão de como as relações sociais são mediadas por meios de comunicação e consumismo, afetando a percepção e a vivência da realidade.

## **SURGIMENTO DO SISTEMA PATRIARCAL: UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL COM O CAPITALISMO**

A compreensão do surgimento do sistema patriarcal requer uma análise interseccional que considere suas interações complexas com o capitalismo, revelando como esses sistemas entrelaçados moldam as experiências humanas e afetam a realização dos Direitos Humanos. Vários autores contribuíram para essa discussão, oferecendo perspectivas críticas sobre a interseção entre patriarcado e capitalismo.

Para vários autores, o sistema patriarcal molda as relações de gênero e como a exploração de mulheres é uma dimensão distinta e interconectada à exploração capitalista.

A obra de Silvia Federici (2019), oferece uma análise aprofundada sobre a relação entre o patriarcado e o capitalismo, argumentando que a exploração das mulheres está profundamente enraizada nas estruturas econômicas. Ela destaca como a divisão sexual do trabalho e a desvalorização do trabalho reprodutivo são fundamentais para a manutenção do capitalismo.

Judith Butler (2022), em "Problemas de Gênero", expande a discussão ao examinar a performatividade de gênero e como as normas de gênero são internalizadas e reforçadas socialmente:

O poder da linguagem de atuar sobre os corpos é tanto causa da opressão sexual como caminho para ir além dela. A linguagem não funciona de forma mágica nem inexorável: "há uma plasticidade do real em relação à linguagem: a linguagem tem uma ação plástica sobre o real". Ela pressupõe e altera seu poder de ação sobre o real por meio de atos elocutivos que, repetidos, tornam-se práticas consolidadas e, finalmente, instituições. (BUTLER, 2022, p. 202).

Nesse sentido,

Politicamente, a divisão do ser – na opinião dela, uma violência contra o campo da plenitude ontológica – em distinções entre o universal e o particular condiciona uma relação de sujeição. Devemos entender a dominação como a negação da unidade anterior e primária de todas as pessoas nem ser pré-linguístico. A dominação ocorre por meio de uma linguagem que, em sua ação social plástica, cria uma ontologia artificial de segunda ordem, uma ilusão de diferença e disparidade e, conseqüentemente, uma hierarquia que se *transforma* em realidade social. (BUTLER, 2022, p. 205).

Contribui, portanto, para a compreensão de como o patriarcado, em interseção com o capitalismo, impõe normas de gênero que limitam a expressão da identidade e afetam as experiências de indivíduos.

Ao analisar a interseção entre o surgimento do sistema patriarcal e o capitalismo, é evidente que esses sistemas são coevolutivos e têm implicações significativas para os Direitos Humanos. A compreensão dessas dinâmicas complexas é essencial para informar estratégias que buscam abordar as interseções de opressão e promover uma sociedade mais justa e equitativa.

A gênese e o desenvolvimento do sistema patriarcal são temas que demandam uma análise histórica, cultural e social para compreender as raízes dessa estrutura de poder que moldou as relações de gênero ao longo do tempo. Diversos autores contribuíram para essa discussão, lançando luz sobre a origem e a evolução do patriarcado.

Gerda Lerner (2019), oferece uma análise abrangente sobre como o patriarcado emergiu historicamente. Lerner argumenta que a subordinação das mulheres não é uma característica inata, mas uma construção social que surgiu com o advento da agricultura e o conceito de propriedade privada. Ela destaca como a divisão do trabalho, com a agricultura sedentária, contribuiu para a hierarquização das relações de gênero.

Engels (2002) também contribui para a compreensão da gênese do patriarcado. Ele argumenta que a emergência da propriedade privada e a transição para uma sociedade de classes foram fundamentais para a subordinação das mulheres, com a família patriarcal sendo uma instituição que servia para transmitir a propriedade.

O patriarcado é uma estrutura autônoma, mas interconectada com o capitalismo. A exploração de gênero e a exploração de classe estão entrelaçadas, e uma não pode ser compreendida sem a outra.

Bell Hooks (2014), examina as interconexões entre o patriarcado e o capitalismo a partir de uma perspectiva feminista negra. Assim, destaca como as mulheres negras frequentemente enfrentam opressões interseccionadas de gênero, raça e classe, ressaltando como esses sistemas se entrelaçam para perpetuar desigualdades.

Ao abordar as interconexões entre capitalismo e patriarcado, é evidente que esses sistemas são mutuamente constitutivos, influenciando-se reciprocamente e contribuindo para a complexidade das desigualdades sociais. Ou seja, há toda uma estrutura cultural, que encontra sustentáculo econômico e social, capaz de estabelecer e perpetuar as desigualdades de gênero, fazendo com as mulheres, para serem reconhecidas culturalmente como tal, obedeçam a padrões pré-definidos e desempenhem papéis econômicos secundários, que não lhe propiciem destaque e preferencialmente a afastem da autonomia.

## **MANIFESTAÇÕES CONCRETAS NAS VIOLÊNCIAS DE GÊNERO**

A submissão das mulheres à cultura patriarcal e ao capitalismo, faz com que muitas vezes sejam relegadas a uma posição objetificada, perpetuando não só as desigualdades entre os gêneros, mas propiciando a prática de violências e a permanência das vítimas, por longos períodos, ao julgo do agressor, dada a incapacidade econômica e cultural de emancipação.

Neste sentido, Silvia Federici, (2021) aborda as formas específicas de violência sofridas pelas mulheres no ambiente doméstico, argumentando que a violência doméstica está intrinsecamente ligada à reprodução do patriarcado, em que:

A essência da ideologia capitalista é glorificar a família como “esfera privada”, a última fronteira na qual homens e mulheres “mantêm viva a alma”, e não é de admirar que essa ideologia goze de popularidade renovada entre responsáveis pelo planejamento capitalista neste tempo de “crise”, “austeridade” e “adversidade”. Como Russell Baker afirmou recentemente no jornal *The New York Times*, o amor nos manteve aquecidos durante a Grande Depressão e deveríamos levá-lo conosco em nossa incursão atual por tempos difíceis. Essa ideologia, que contrapõe a família (ou a comunidade à fábrica), o pessoal ao social, o privado ao público, o trabalho produtivo ao improdutivo, é útil a nossa escravização dentro de casa, e esta, por não ser assalariada, sempre pareceu um ato de amor. Essa ideologia está profundamente arraigada na divisão capitalista do trabalho, que encontra uma de suas expressões mais claras na organização da família nuclear. Mas o modo como a relação assalariada mistificou a função social da família é uma variante ampliada do modo como o capital mistifica o trabalho assalariado e a subordinação de todas as relações sociais à “lógica monetária”. (FEDERICI, 2021, p. 36-37).

Mas mulheres acabam sendo vítimas de violência em todos os âmbitos pelos quais transitam, como: a) a violência sexual, destacando como o estupro é um ato de poder que visa subjugar e controlar as mulheres, que muitas vezes são culpabilizadas pelas ações dos agressores; b) violência nas relações de trabalho, a discriminação salarial e o assédio no ambiente de trabalho são situações comumente vivenciadas; c) violência cibernética, em que plataformas digitais podem ser espaços de perpetuação de estereótipos e agressões baseadas em gênero; d) mutilação genital, de raízes culturais; e) tráfico de mulheres e exploração sexual, em que corpos de mulheres se tornam mercadoria e são explorados.

A análise dos impactos da divisão do trabalho na violência de gênero revela as interconexões entre estruturas sociais, econômicas e culturais que moldam as relações de gênero. A abordagem dessas questões requer uma análise crítica que considere não apenas as relações individuais, mas também as estruturas mais amplas que perpetuam a violência de gênero em suas diversas manifestações.

## **RESISTÊNCIAS E DESAFIOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA ABORDAGEM EQUITATIVA**

A construção de uma abordagem equitativa nos Direitos Humanos enfrenta resistências e desafios complexos, que exigem uma análise crítica das estruturas existentes e estratégias inovadoras para promover a equidade.

Diversos autores têm contribuído para essa discussão, destacando que os desafios incluem resistências culturais, estruturas patriarcais arraigadas e a falta de reconhecimento institucional. Assim, a estratégia envolve a conscientização, a mobilização social e a promoção de políticas que garantam a igualdade.

A educação é, sem dúvidas, o espaço onde é possível lançar luz a estas questões, fazendo com que sejam debatidas e analisadas as situações que envolvem

opressão e submissão, seja na seara das questões de gênero ou em outros tantos campos em que estão presentes as desigualdades e as injustiças.

Paulo Freire (2019) já destacava a importância de uma educação que promova a conscientização e a transformação social.

Agregar os movimentos sociais, reconhecendo a importância da luta em prol da igualdade que desafiam e resistem a estruturas de poder desiguais. Ao integrar teorias feministas, perspectivas interseccionais e uma abordagem baseada em capacidades, esses movimentos buscam não apenas equalizar oportunidades, mas também transformar as normas e estruturas subjacentes que perpetuam a desigualdade. Essas abordagens coletivas oferecem um caminho vital na construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Ao enfrentar resistências e desafios na construção de uma abordagem equitativa nos Direitos Humanos, é fundamental integrar perspectivas diversas, reconhecer as interseções de opressões e empregar estratégias educacionais que capacitem as pessoas a desafiar ativamente as estruturas discriminatórias em direção a uma sociedade mais justa e equitativa.

Superar as desigualdades estruturais na perspectiva dos Direitos Humanos demanda estratégias abrangentes e inovadoras que abordem as raízes sistêmicas da discriminação. Desse modo, a educação precisa ser pensada como ferramenta de transformação; deve haver a participação ativa da sociedade civil, além de políticas públicas voltadas para a problemática, reconhecimento baseado na desconstrução de padrões hegemônicos e empoderamento econômico dos menos favorecidos, viabilizando uma justiça redistributiva.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a complexidade das engrenagens sociais envolvidas na análise da divisão do trabalho e a coevolução do capitalismo e do sistema patriarcal na configuração dos Direitos Humanos, é imperativo destacar algumas considerações que a análise da divisão do trabalho revela uma interconexão profunda entre as estruturas econômicas, as relações de gênero e a configuração dos Direitos Humanos. O sistema patriarcal e o capitalismo coevoluíram, moldando e sendo moldados por práticas sociais e econômicas que impactam diretamente a realização dos Direitos Humanos.

Além disso, as desigualdades estruturais, seja na divisão do trabalho, seja na perpetuação de normas patriarcais, representam desafios significativos para a concretização dos Direitos Humanos. Essas desigualdades permeiam todas as esferas da vida, limitando o acesso a oportunidades, recursos e, conseqüentemente, aos próprios direitos fundamentais.

Destaca-se, ainda, que a análise que reconhece as complexidades das identidades, considerando gênero, raça, classe e outros aspectos, é fundamental para desenvolver abordagens inclusivas e equitativas e o desenvolvimento de uma consciência crítica e a promoção de uma educação que desafia estereótipos de gênero são cruciais para dismantelar as engrenagens sociais que perpetuam as desigualdades.

Em suma, a análise da divisão do trabalho e da coevolução do capitalismo e do sistema patriarcal na configuração dos Direitos Humanos revela a necessidade

premente de uma abordagem integral e interdisciplinar. A promoção da equidade exige não apenas a identificação e desconstrução das engrenagens sociais, mas também a implementação de estratégias concretas que transformem as estruturas desiguais em direção a uma sociedade mais justa e inclusiva.

## REFERÊNCIAS

ACKER, Joan. **Class Questions: Feminist Answers**. Rowman & Littlefield Publishers, 1992.

BADINTER, Elisabeth. **Um é o outro. Relações entre homens e mulheres**. Tradução do original francês de Carlota Gomes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. Vol. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BECKER, Gary. **Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education**. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press. 1994.

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000300006&script=sci_arttext). Acesso em: 20 out. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. 2. ed. Porto Alegre: editora Zouk, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 20 out. 2018. Vade mecum.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 14.188, de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm). Acesso em: 12 fev. 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. **Corpos que importam: os limites discursivos do “sexo”**. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do Trabalho Social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução do original alemão de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução do original inglês de Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. Tradução do original inglês de Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2019.

FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário**. Vol. I. São Paulo: Boitempo Editorial, 2021.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. in IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel [Orgs.]. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 167-189.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 84. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2019.

HAHN, Noli Bernardo. **A afirmação do Sujeito (de direitos) num processo de Resistência: a emergência do Sujeito humano como liberdade e como criação**. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis/SC, 2015. (Em PDF).

Hartmann, H. I. (1979). The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: Towards a more Progressive Union. **Capital & Class**, 3(2), 1-33. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/030981687900800102>. Acesso em: 08 nov. 2023.

HOOKS, Bell. **Feminist Theory: From Margin to Center**. 3. ed. Editora Routledge, 2014.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: uma perspectiva pós-estruturalista. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Elogio da diferença**: o feminino emergente. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *in* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183-193.

RÍOS, Marcela Lagarde y de los. **Los cautiverios de las mujeres**: madresposas, monjas, putas, presas y locas. Madrid: Horas y horas, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado, Violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular; Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos Direitos Humanos. *in* IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel [Orgs.]. **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-45.

SARDENBERG, Cecília Maria Bacellar. **Violência de gênero contra mulheres**: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. Bahia: EDUFBA, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **História das mulheres e as representações do feminino**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **O mundo das mulheres**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



WALBY, Sylvia. **Theorizing Patriarchy**. Editora John Wiley & Sons. 1990.

WALLERSTEIN, Immanuel (1974a). ***O sistema mundial moderno. Vol. I: a agricultura capitalista e as origens da economia-mundo europeia no século XVI.*** Porto: Ed. Afrontamentos.

WALLERSTEIN, Immanuel (1974b). ***O sistema mundial moderno. Vol. II: o mercantilismo e a consolidação da economia-mundo europeia, 1600-1750.*** Porto: Ed. Afrontamentos.

## MOVIMENTO PELO RECONHECIMENTO: AS CONTRIBUIÇÕES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

*Ritielle de Souza Zanuso*<sup>51</sup>

*Taciana Marconatto Damo Cervi*<sup>52</sup>

**Resumo:** O caminho da sociedade brasileira é marcado por muitos avanços oriundos das lutas travadas pelos movimentos sociais, inclusive para o reconhecimento da pluralidade das famílias. Nesse cenário, utilizando do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, questiona-se: qual é a importância dos movimentos sociais para o reconhecimento das relações familiares no Brasil, sob a perspectiva da Teoria do Reconhecimento? Para tanto, o trabalho inicialmente visa conceituar a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth e suas respectivas esferas. Posteriormente, o presente estudo se dedica a contextualizar as instituições familiares e seus impactos no direito à identidade das pessoas integrantes do grupo familiar, sendo que ao final, se busca identificar como os movimentos sociais contribuem para o progresso do reconhecimento das famílias e o respeito da pluralidade de seus vínculos de filiação. Desse modo, se mostra de significativa relevância o estudo dos impactos que os movimentos sociais possuem para o reconhecimento dos direitos das famílias sob a ótica da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, uma vez que a partir da referida teoria se pode alcançar as singularidades da família na construção do ser, promovendo tanto o reconhecimento individual, como de grupos vulneráveis, fazendo com que a desigualdade dê lugar ao respeito à diferença de cada contexto de formação familiar, sendo um reconhecimento simultâneo e recíproco que gera uma sociedade mais humana e fraterna.

**Palavras-chave:** Reconhecimento. Família. Movimentos Sociais.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pela trajetória da sociedade brasileira atual, tem-se que muitos avanços foram possíveis por meio do trajeto trilhado pelos movimentos sociais, com a atenção voltada para as causas envolvendo questões concretas envolvendo respeito, igualdade e reconhecimento. Observa-se, nesse cenário, a entidade familiar como um dos primeiros grupos sociais dos quais o indivíduo participa, dotado de peculiaridades subjetivas muito específicas, perpassando diversos aspectos (legais,

---

<sup>51</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus de Santo Ângelo. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - PROSUC/CAPES. E-mail: ritizanus@gmail.com

<sup>52</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus de Santo Ângelo. E-mail: taciana@san.uri.br

culturais e sociais), sendo esteio para construção individual da identidade de cada integrante, ao mesmo tempo em que possui relevância na composição da sociedade.

Outrossim, tem-se que o reconhecimento ganha espaço científico para discussão com a Teoria do Reconhecimento, preconizada por Axel Honneth, a qual difunde a ideia de que o reconhecimento do indivíduo como sujeito decorre da caracterização desse pelos demais, processo que pode ser visualizado na instituição familiar. Dessa forma, utilizando do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica, questiona-se: qual é a importância dos movimentos sociais para o reconhecimento das relações familiares no Brasil, sob a perspectiva da Teoria do Reconhecimento?

Inicialmente, o trabalho visa conceituar a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth e suas esferas de reconhecimento. Posteriormente, o presente estudo se dedica a contextualizar as instituições familiares e seus impactos no direito à identidade das pessoas integrantes do grupo familiar, sendo que ao final, se busca identificar como os movimentos sociais contribuem para o progresso do reconhecimento das famílias e o respeito da pluralidade de seus vínculos de filiação.

Desse modo, se mostra de significativa relevância o estudo dos impactos que os movimentos sociais possuem para o reconhecimento dos direitos das famílias sob a ótica da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, uma vez que a partir da referida teoria se pode alcançar as singularidades da família na construção do ser, a qual impacta no reconhecimento individual, da pessoa, bem como do coletivo, da sociedade, o que se dá de forma conjunta e simultânea.

## **DIREITO, SOLIDARIEDADE E AMOR: ASPECTOS CONCEITUAIS DA TEORIA DO RECONHECIMENTO**

O aparato legislativo acerca dos direitos fundamentais, desenvolvido ao longo das últimas décadas, se mostra como um meio de reconhecimento das mais variadas formas de relações familiares, fazendo com que os avanços dos estudos nessa área voltassem os olhos para a conjuntura da sociedade atual, e para quais aspectos da pessoa sofrem impactos diretos da família que faz parte.

Sob a temática descrita no parágrafo anterior, dúvidas foram suscitadas ao longo dos anos, não havendo certeza de como aplicar a legislação em determinadas situações, o que demandou a atuação do Poder Judiciário, uma vez que ao reformular temáticas da esfera Cível, a Constituição Federal de 1988, com a constitucionalização do Direito Civil, transformou o modo do Direito regular questões sociais e até mesmo subjetivas relacionadas à família.

Assim, como meio de auxílio no entendimento preconizado pela constitucionalização do direito das famílias, as Teorias formuladas por estudiosos da sociologia e da filosofia passam a ser formas relevantes e eficientes, que servem de base para o estudo das questões envolvendo problemáticas da sociedade e do Direito. Nesse passo, para a análise dos impactos do meio na identidade do indivíduo integrante daquela estrutura, o presente trabalho utiliza como base a Teoria do Reconhecimento, de Axel Honneth.

Para o filósofo e sociólogo alemão Axel Honneth, a construção da identidade decorre da expressão de lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo, ou seja, surge a partir da intersubjetividade, a qual serve como forma de estabelecer experiências sociais. Assim, por meio da Teoria do Reconhecimento, Honneth,

inspirado em Hegel, divide tais interações em três categorias distintas: o amor, o reconhecimento jurídico e a solidariedade. (2003).

O amor, primeira experiência defendida pela teoria honnethiana, diz respeito aos afetos nas relações primárias, existentes entre pessoas próximas, tendo como exemplo clássico, o amor entre mãe e filho. (ALBORNOZ, 2011). Para Honneth, a conceituação dessa premissa deve ser ampla:

Para falar do “amor” não apenas no sentido restrito que o conceito recebeu desde a valorização romântica da relação íntima sexual, recomenda-se primeiramente um modo de emprego neutro o máximo possível: por relações amoras devem ser entendidas aqui todas as relações primárias, na medida em que elas consistam em ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizades e de relações pais/filho. (2003, p. 159).

Nesse passo, se verifica a importância da conceituação do amor para entender o quão importante é o cuidado e a proteção das relações afetivas, sendo um sentimento dotado de reciprocidade e que pode ocorrer nas mais diversas relações próximas, sem haver a necessidade de envolver a questão sexual, sendo essa apenas uma das situações onde se pode visualizar a caracterização do amor.

Honneth traz a análise do conceito de amor a partir de um modo neutro, onde o amor vivido na primeira infância, entre pais e filho na instituição familiar, é raiz para o amor próprio e para autoconfiança (ALBORNOZ, 2011), pois é justamente no amor que se efetiva a primeira etapa de reconhecimento recíproco, na qual os sujeitos têm a confirmação da experiência de dedicação mútua. (OLIVEIRA; ROCHA, 2016).

Assim, e considerando a forte inspiração de Hegel para a teoria honnethiana, o reconhecimento derivado dessa confirmação recíproca de sentimento resulta no amor concebido como um “ser-si-mesmo em um outro” entre relações primárias afetivas. (HONNETH, 2003).

Desse equilíbrio entre autonomia e ligação, tem-se o que se denomina de relação simbiótica entre as pessoas envolvidas no mesmo vínculo familiar, sendo o estudo da psicologia e da psicanálise de extrema relevância para se compreender como tal questão afetiva causa impactos no desenvolvimento de cada um. Ademais, Honneth se remete a Hegel para afirmar que é somente por meio dessa relação de simbose, ou seja, alimentada reciprocamente, que surge a autoconfiança individual, requisito que possibilita a participação na vida pública de forma autônoma. (ALBORNOZ, 2011).

O autorrespeito, por sua vez, decorre do reconhecimento jurídico. Nesse passo, Honneth se apoia nos estudos de Hegel e de Mead para defender que nos reconhecemos como sujeitos portadores de direito quando temos, inversamente, conhecimento sobre as obrigações que devemos observar em virtude do respectivo outro, reconhecendo “o eu” e “os outros”, de forma generalizada, como membros da coletividade e que possuem direitos. (2003).

Diferente do reconhecimento afetivo, o reconhecimento jurídico está diretamente relacionado ao desenvolvimento legislativo, bem como o Direito e a consciência dos portadores desse direito (ALBORNOZ, 2011), ou seja, por meio do respeito às leis, enxergar o outro como membro daquela determinada comunidade, dotado de direitos, o que é possibilitado em razão do caráter público de que se

revestem as leis, gerando, dessa maneira, a interação coletiva necessária para constituição do autorrespeito. (OLIVEIRA; ROCHA, 2016).

Dessa maneira, tem-se que o autorrespeito decorre do reconhecimento jurídico e em razão das leis é que se pode exigir o reconhecimento e o respeito como pessoa na sociedade. Nesse contexto, Axel Honneth traz à baila questões pontuais sobre o respeito e a ética, preceitos que embasam as leis e fazem com que se reconheça o outro como pessoa de direito sem ter, necessariamente, apreço por ele (2003), sendo de todos, tanto da coletividade quando do individual, a luta pelo direito, pois “a luta pelo direito é um dever do sujeito do direito para consigo mesmo.” (IHERING, 2019, p. 41).

Ademais, tem-se também, nessa forma de reconhecimento, a importância da discussão sobre os direitos modernos, direitos que surgiram conforme a evolução da sociedade, por meio de lutas desencadadas em períodos históricos específicos, forte em movimentos sociais que marcaram o processo evolutivo das gerações de direitos. (ALBORNOZ, 2011).

Como terceira forma de reconhecimento que alicerça a teoria honnethiana, tem-se a estima social, ou seja, da solidariedade recíproca que tem por fio condutor a construção da autoestima. Sob o aspecto, a estima social pode ser visualizada nas particularidades que compõem cada ser humano e que permite a afirmação positiva de suas propriedades e capacidades concretas, suas diferenças individuais. (HONNETH, 2003). A solidariedade, nesse cenário de reconhecimento, está associada às relações sociais de estima simétrica havidas entre sujeitos autônomos e individualizados, que se consideram, reciprocamente, como detentores de capacidades significativas para as ações comuns (OLIVEIRA; ROCHA, 2016), sendo a diferença entre os indivíduos um valor que iguala a importância de cada ser na sociedade, contribuindo, assim, para o reconhecimento destes. (TAYLOR, 2011).

Dessa forma, ao analisar o reconhecimento pela perspectiva da estima social, verifica-se a relevância dos valores éticos individuais de cada um e como os traços característicos de sua personalidade importam para que sejam reconhecidos e tenham sua identidade preservada na sociedade. No tocante às relações familiares, sinaliza-se que são parte de uma espécie denominada de “relações solidárias”, pois não são relações de mera tolerância, possuindo interesse afetivo às particularidades individuais, dando novos contornos para a relação amorosa, onde cada papel exercido pode ser renegociado como modo de atingir o objetivo de realização do Eu. (OLIVEIRA; ROCHA, 2016).

Portanto, a autoestima está relacionada às relações solidárias justamente pela forma como a solidariedade ocorre nas relações, ao estimar o outro pelas capacidades que ele possui e que são o seu diferencial na sociedade, o outro também reconhece as suas propriedades específicas, decorrendo, dessa relação, a autoestima. Diante dos três elementos explicitados, o reconhecimento passa a ser visto como uma categoria sustentada na natureza ética dos sujeitos, os quais buscam firmar seus direitos, fazendo com que a diferença seja reconhecida como aspecto fundamental nas lutas por reconhecimento e na busca pela coexistência positiva das diferenças. (HONNETH, 2003).

Assim, a Teoria do reconhecimento de Axel Honneth dá os suportes necessários para se visualizar a identidade de cada um como algo específico que é seu, construído

por meio de suas características e como elas são refletidas no grupo social ao qual pertence, como, por exemplo, na entidade familiar que integra.

## O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES FAMILIARES NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE

A trajetória pelo reconhecimento de direitos traçada neste trabalho tem, como consequência direta, a proteção e realização da identidade da pessoa, o que está relacionado à sua dignidade, princípio e fundamento constitucional que também deve ser garantido pelo Estado no âmbito das relações familiares, as quais servem como suporte para a formação e percurso das pessoas na sociedade. Nesse contexto, são valorizados aspectos como a multiparentalidade e a plurissignificação da instituição familiar, os quais ganharam força em virtude das diretrizes preconizadas por movimentos sociais que possuem, como pano de fundo de suas lutas, o respeito à dignidade humana.

Importante salientar que, embora não haja uma definição do que é dignidade humana, “não restam dúvidas de que as escolhas afetivas em família de cada pessoa devem ser reconhecidas e protegidas.” (THOMÉ; MIRANDA in ROSA; THOMÉ [Orgs.], 2015, p. 246). E por carecer de proteção, muitas relações de filiação foram discriminadas ao longo dos anos, interferindo negativamente na formação do indivíduo que tem o papel de filho ou filha nesse cenário.

No tocante à legislação, para que se possa compreender como a evolução do Direito Civil Constitucional e o reconhecimento das relações familiares influenciaram e influenciam na identidade dos envolvidos e na construção da sociedade, o direito socorre-se à psicologia, através da psicanálise e de estudos sociais, para identificar a realidade de cada família e como pode assegurar os direitos personalíssimos dos que fazem parte desse conjunto. Nesse passo, por ser o Direito uma ciência social aplicada, se fazem necessárias tais disciplinas para reflexões adequadas acerca dessa problemática.

Outrossim, não se pode olvidar da importância que o fenômeno atual do multiculturalismo tem para o desenvolvimento das pessoas e das sociedades, com destaque para a base do direito multicultural, que é formada pelo reconhecimento das diferenças, do direito em ser diferente, onde a igualdade passou a ter uma nova forma de percepção, reconfigurando o modo de se debater e construir políticas públicas sobre cidadania e direitos humanos. (VERONESE; WEBER in BERTASO; SANTOS; ROCHA [Orgs.], 2015 p. 124).

Dessa maneira, analisa-se como a entidade familiar é relevante para a construção das pessoas. A família é tida “como o primeiro contato social dos seres humanos e se constitui como uma das bases do Estado, e, conseqüentemente, da organização.” (ANGELIN; ARAUJO in ROSA; THOMÉ [Orgs.], 2015 p. 331). Por essa razão, dar uma atenção especial para esse instituto é de fundamental importância, principalmente ao garantir proteção a pluralidade de famílias.

Dessa forma, evidencia-se verdade sociológica, enraizada não só na descendência, mas levando em consideração o “comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal.” (FACHIN in DEL’OLMO; ARAÚJO [Coord.], 2006, p. 77).

Mostra-se, nesse sentido, o afeto como elemento importante em todas as formas de reconhecimento de filiação, e, por ser de tamanha relevância tal característica, é capaz que conceber uma espécie de filiação unicamente por estar presente na relação das pessoas com o intuito de formação da entidade familiar. (ROSA, 2016).

A discussão do reconhecimento das espécies de filiação ganha papel principal quando o assunto é família e os direitos da personalidade de seus indivíduos. Os novos contornos da sociedade decorrentes da pós-modernidade, enfatizaram, pois, a família como o refúgio de seus membros, sendo ponto de referência para o qual o ser humano sempre volta, o ninho de onde cada pessoa inicia a construção de seu caminhar, de sua autonomia, de seus valores e de suas diferenças, sendo o espaço no qual se caracteriza o papel de cada integrante, como do pai, da mãe, do filho e da filha. (PEREIRA; GIACÓIA JUNIOR, 2013).

Nas situações onde o papel fático da pessoa é levando em consideração para definir seu papel na família e sua respectiva identidade perante todos, a supremacia dos princípios constitucionais é fundamental para uma das maiores revoluções já visualizadas na ciência processual, pois é a partir dele que se pode estabelecer a experiência do autorrespeito daquele filho que não possui a sua entidade familiar legislada pelo Direito.

Destarte, a possibilidade trazida nas escritas constitucionais de 1988 e que já eram desenhadas no âmbito dos direitos humanos, no que tange a materialização da dignidade humana, deu azo a concepção pluralista e dialógica de reconhecimento, vinculada, sobretudo, a vontade dos envolvidos na relação familiar. Dessa maneira, o direito à filiação complementa e assegura o direito à identidade, visando legitimar as consequências da aplicação do Direito nos contextos fáticos em que irá incidir. (COSTA; CARDOSO, 2014).

Assim, a busca da identificação do vínculo de filiação é tida como personalíssima, indisponível e imprescritível, não se submetendo aos prazos decadenciais estabelecidos no Código Civil (ROSA, 2016), uma vez que se reconhece a fragilidade da instituição familiar em decorrência de ser mantida por laços emocionais, o que ampara a desvinculação a padrões de papéis rígidos e a conscientização de a função dos pais é o cuidado com o futuro e com o desenvolvimento do filho. (HONNETH, 2015).

De outra banda, tem-se que uma instituição social apresenta características definidoras, como exterioridade, objetividade, coercitividade, autoridade moral e historicidade, ou seja, para ser reconhecida como entidade na sociedade, precisa ter uma forma muito clara de organização e manutenção, bem como definidas as razões que motivam sua existência. (RAMOS; NASCIMENTO, 2008). Por essa razão, a postura daqueles que trazem para si o papel de pai, mãe e filho, com todas as exigências e peculiaridades que tal parentalidade possui, é, fundamentalmente, o que define a filiação, e o que dá representatividade a entidade familiar.

Ademais, se mostra importante as definições coercitivas da instituição para que a autossuficiência, a autorrealização e a livre escolha não se sobressaiam como pontos do individualismo em detrimento do coletivo, o que pode levar à uma alienação do indivíduo, o que resulta a desgrança na coletividade (TAYLOR, 2011), e conseqüentemente, impacta na formação de sua identidade, assim como na proteção e no reconhecimento da mesma.

Outrossim, dos diálogos firmados entre legislação e realidade social, as pessoas obtiveram a oportunidade de regularizar e ver reconhecidas suas relações familiares. No ponto referido, o pluralismo das relações familiares configura-se como vértice da ordem jurídica vigente, rompendo com o aprisionamento que a família possuía ao restrito molde do casamento, abrigo diversos arranjos familiares, bem como as diversas formas de constituição do laço parental como forma de preservação do respeito mútuo e da liberdade individual. (DIAS, 2005).

Importa destacar ainda, no contexto sociológico, que a identidade do indivíduo teve ampliada suas possibilidades de transformações em virtude da globalização, pois essa possibilita conexões sociais de maior amplitude do que acontecia preteritamente.

Nesse sentido, tem-se que as mudanças no aspecto individual, íntimo de cada um e cada uma estão diretamente ligadas às conexões estabelecidas por esses e essas em grupo, em sociedade, demonstrando a importância da proteção que se deve ter na relação entre o “eu” e a sociedade, o “externo” a fim de concretizar um ambiente propício ao desenvolvimento do ser (GIDDENS, 2002), razão pela se faz de suma importância a interpretação do direito de família como sendo o direito das famílias, acolhendo as mais diversas relações familiares, sejam elas oriundas pela presunção legal, pelo viés biológico ou ainda em decorrência da socioafetividade.

Desse modo, importa o estudo de como o reconhecimento das instituições familiares possibilita a promoção e a proteção da identidade dos indivíduos, sendo que dentre os meios utilizados para efetivação desses direitos, os movimentos sociais se mostram de relevante importância, o que será abordado com maior ênfase a seguir.

## **MOVIMENTOS SOCIAIS E O DIREITO DAS FAMÍLIAS: A LUTA POR RECONHECIMENTO COLETIVO E INDIVIDUAL NA SOCIEDADE**

Conceituados os pilares que fundamentam a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth e como ela pode ser utilizada na interpretação do direito das famílias, se passa a analisar como os movimentos sociais foram e seguem sendo importantes para concretização de direitos fundamentais na sociedade.

Sob esse aspecto, importante ressaltar que os direitos fundamentais têm nascimento e desenvolvimento na Constituição Federal de 1988, que os reconhece e os protege, devendo ser analisados como integrantes da forma de Estado, do sistema de governo e até mesmo da organização do poder, sendo, assim, uma condição necessária para estruturação de um Estado Constitucional Democrático. (SARLET, 2012).

Nesse sentido, os direitos fundamentais enfatizam o ser humano como algo que merece proteção em virtude de sua grandeza em potencial, o que está intrinsecamente ligado à democracia e à paz, pois, ao mesmo tempo que o protecionismo desses direitos é esteio para constituições democráticas, a paz é elemento essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, seja em cada Estado, seja no âmbito do sistema internacional. (BOBBIO, 2004).

Outrossim, interessa esclarecer que não se pode vincular os avanços jurídicos e doutrinários à uma ideia de constante evolução dos direitos fundamentais, pois nos últimos anos o movimento com foco no mercado econômico e financeiro foi tomando a maior parte dos investimentos em políticas públicas do país, deixando de lado as

ideias de promoção da cidadania dos brasileiros (DEL'OLMO; LUNARDI in DEL'OLMO; GIMENEZ; CERVI [Orgs.], 2013), ou seja, mesmo com alguns avanços na evolução dos direitos fundamentais, há muito a ser feito pela concretização dos direitos de personalidade e pela cidadania.

Nesse passo, reconhecer a família como uma instituição na sociedade é reconhecer como legítimo o primeiro meio de socialização do sujeito, que, em regra, ensina-o sobre padrões e normas culturais entendidas com adequadas e que devem ser reproduzidas nas interações com os demais sujeitos (RAMOS; NASCIMENTO, 2008), para que se tenha uma sociedade com amplo reconhecimento, inclusive dos grupos marcados pela exclusão, incluindo seus interesses quando da tomada de ações (HONNETH, 2022), impactando diretamente na identidade dos seus integrantes.

No que se refere aos avanços sentidos ao longo dos últimos anos, se pode perceber que a luta por reconhecimento está intrinsecamente ligada as lutas por inclusão na esfera pública, ou seja, possuem relação direta com os movimentos sociais que, além do viés econômico também possuem direcionamento voltado para as questões envolvendo cultura, identidade e reconhecimento (ANGELIN; HAHN, 2019), o que denota a importância de tais movimentos para se compreender a Teoria do Reconhecimento de Honneth.

Sob esse aspecto, aliado aos estudos de Axel Honneth, se faz necessário que sejam tecidas considerações sobre os escritos da filósofa estadunidense Nancy Fraser, tendo em vista que essa destina seus estudos para questões acerca dos grupos mais vulneráveis que compõem a sociedade. Fraser enxerga as lutas por reconhecimento como algo que surge com significativa potência na era pós-socialista, diante do contexto global de sociedades multiculturais, que acabam gerando conflitos de *status* social em virtude da dominação cultural ocasionada pela sobreposição de diferentes culturas que interagem num mesmo espaço. (MATTOS, 2004).

Nesse ínterim, verifica-se que os termos “diferença” e “desigualdade” não são sinônimos, pois a primeira é uma categorização que pode ser horizontal, sem que algo ou alguém esteja acima de outro, enquanto a desigualdade sempre irá versar sobre uma circunstância vertical, onde há uma violação entre a igualdade dos seres humanos, a qual pode ocorrer por meio de 4 (quatro) formas: pelo distanciamento, pela exclusão, pela hierarquia e pela exploração. Ainda, as desigualdades também podem ser vistas por três pontos de destruição: a desigualdade vital, relacionada à saúde e à morte, material, que se refere aos recursos materiais, e a existencial, que versa sobre se reconhecer e ser reconhecido como pessoa. (THERBORN, 2010).

Acerca dessa perspectiva, a atuação dos movimentos sociais se mostra como meio efetivo para se exterminar com as desigualdades destrutivas, especialmente no que diz respeito à luta dos movimentos por direitos fundamentais, de cidadania, que versem sobre o reconhecimento, estando cada vez mais presente as questões referentes a identidade. Desse modo, o reconhecimento referido por Honneth e Fraser, ainda que com pontos distintos entre si, possuem como ponto de encontro a pretensão de se buscar no reconhecimento da diferença a efetivação da igualdade, ponto esse que traz para o debate os movimentos sociais, uma vez que possuem como foco a erradicação das desigualdades de direitos e oportunidades entre grupos sociais no meio social em que estão dispostos. (ANGELIN; HAHN, 2019).

No entanto, embora se tenha uma trajetória positiva de movimentos sociais em busca de reconhecimento e pela diminuição das desigualdades, esse é um caminho que não é linear e está longe do fim. No Brasil, ainda que se possa considerar o movimento democrático como um progresso para que os movimentos sociais, como o reconhecimento da filiação por mais de um vínculo, ainda assim se visualiza que a dinâmica do país corrobora para que a desigualdade social esteja presente de maneira significativa nos mais diversos âmbitos (MESQUITA; MAIA, 2009), sendo necessário o diálogo constante não só da sociedade com o Estado, mas entre os integrantes da sociedade, para que então se possa falar em efetivação do reconhecimento e, conseqüentemente, do autorreconhecimento.

Por meio da Teoria de Honneth se identifica que um fator relevante para orientação da estima social de cada pessoa em uma sociedade é a autocompreensão cultural, circunstância onde as suas capacidades e as suas realizações são julgadas de forma intersubjetiva, considerando a cooperação que possuem na implementação de valores que culturalmente já estão definidos. Assim, a reciprocidade do reconhecimento se mostra vinculada a uma pressuposição de vivência em um contexto social onde os membros que compõem aquele meio são constituídos por valores decorrentes do objetivo comum que orienta a instituição. (HONNETH, 2003).

Nesse aspecto, os movimentos sociais se mostram importantes no processo de identidade e refletem seus efeitos nos direitos de personalidade, pois estão vinculados aos valores de humanidade e às próprias noções de dignidade humana, o que gera uma relação de cuidados mútuos, com efetivas práticas tanto de reconhecimento do outro como de ser reconhecido pelo outro. (BERTASO in BERTASO [Org.], 2010 p. 17).

Outrossim, os laços de filiação e de construção da entidade familiar atuam como pilares para emersão da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima, protegendo o desenvolvimento identitário dos envolvidos na relação familiar, sendo que a evolução do direito de família para o direito das famílias tem ocorrido especialmente pelos movimentos sociais, que buscam, dentre as bandeiras que levantam, reconhecimento pela identidade de cada um e cada uma que representam.

A Teoria do Reconhecimento, mostra-se, portanto, como um meio para análise da instituição familiar na construção da identidade dos envolvidos na referida instituição, pois a plenitude da construção do indivíduo como sujeito de direito passa pelo reconhecimento da entidade familiar que pertence, assim como com os movimentos sociais, pois são lutas que possuem como pilares de seus objetivos o reconhecimento e o respeito às diferenças.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância dos movimentos sociais para o reconhecimento das relações familiares, sob a perspectiva da Teoria do Reconhecimento, fundamenta o estudo desta pesquisa, a qual apresenta as formas como os movimentos sociais auxiliaram e auxiliam para o reconhecimento da família como uma entidade plural, e como ela influencia na construção da pessoa e da sociedade, pois ao estar identificado em uma conjuntura familiar, o indivíduo sente-se reconhecido e reconhece o outro reciprocamente, processo que desencadeia questões individuais, como a autoestima,

autoconfiança e o autorrespeito, lutas que embasam muitos dos movimentos sociais atuais.

Desse modo, responde-se ao questionamento: qual é a importância dos movimentos sociais para o reconhecimento das relações familiares no Brasil, sob a perspectiva da Teoria do Reconhecimento? Sob o aspecto verifica-se, primeiramente, que o reconhecimento tem-se mostrado, dentro do contexto sociológico, como uma meta a ser alcançada pelo indivíduo, uma vez que suas características e definições individuais estão diretamente ligadas às conexões sociais que esse estabelece nos mais diversos grupos sociais que participa.

Outrossim, a Teoria do Reconhecimento oferece uma abordagem que perpassa a esfera individual, pois demonstra que a identidade da pessoa está atrelada à forma como essa é caracterizada pela coletividade. No caso do grupo familiar, por ser uma entidade que possui uma formação frágil, pois decorrente de laços afetivos, reconhecê-la como uma entidade parte da sociedade, independentemente da origem da filiação, implica também no reconhecimento simultâneo do sujeito integrante como alguém com identidade própria naquele meio social.

No que diz respeito às entidades familiares e a sociedade, diante do atual contexto vivido, em que muitos movimentos sociais estão embasados pela luta por dignidade, integridade física, identidade e valorização das diferentes culturas e modos de vida, tais movimentos se mostram como caminhos efetivos para concretização do reconhecimento, pois têm, como uma de suas essências, a união de esforços para chamar a atenção dessas questões subjetivas que impactam na formação individual de cada um que faz parte desse grupo, o que interfere na composição do meio familiar e, conseqüentemente, da sociedade.

Assim, tem-se que as três esferas denominadas na Teoria do Reconhecimento podem ser visualizadas na entidade familiar e também estão como pano de fundo dos movimentos sociais que lutam pelo reconhecimento e pelos direitos de grupos vulneráveis, mostrando que a família é um meio de conexão das pessoas integrantes desses grupos com a sociedade, pois quando a família é reconhecida, reconhece e respeita seus integrantes de forma recíproca, quando cada um e cada se sente realmente parte da estrutura, a desigualdade destrutiva existencial dá lugar ao respeito à diferença, tendo por consequência uma sociedade mais humana e fraterna.

## REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, Suzana Guerra. As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth. **Cad. psicol. soc. trab.**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 127-143, jun. 2011. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-37172011000100010&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172011000100010&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 10 nov. 2023.

ANGELIN, Rosângela; ARAÚJO, Marigley Leite da Silva de. Da responsabilidade paterna e materna diante dos novos arranjos familiares à luz dos direitos fundamentais. p. 322-347. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello [Orgs.]. **As famílias e os desafios da contemporaneidade**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015.

ANGELIN, Rosângela; HAHN, Noli Bernardo. **Movimentos feministas e a vida das mulheres:** (re)construindo possibilidades emancipatórias. Curitiba: CRV, 2019.

BERTASO, João Martins. Cidadania, Solidariedade e Con-vivência: a dimensão do amor da cidadania. p. 13-28. *In*: BERTASO, João Martins [Org.]. **Cidadania e interculturalidade.** Santo Ângelo: FURI, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COSTA, Ana Paula Motta; CARDOSO, Simone Tassinari. Paternidade Socioafetiva e o Pluralismo de Fontes como Instrumental Garantia de Direitos. **Revista da AJURIS.** 41 v. n. 133. Disponível em:  
<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/222/158>. Acesso em: 17 abr. 2023.

DEL'OMO, Florisbal de Souza; LUNARDI, Luthianne Perin Ferreira. Cidadania e Direitos Fundamentais: em busca do Horizonte Perdido. p. 1-12. *In* DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo [Orgs.]. **Direitos fundamentais e cidadania:** a busca pela efetividade. Campinas, SP: Millennium Editora, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família. p. 63-92. *In*: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim [Coord.]. **Direito de família contemporâneo e novos direitos:** estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

HONNETH, Axel. **A ideia do socialismo.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

HONNETH, Axel. **Luta pelo reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Rio de Janeiro: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2019.

MATTOS, Patrícia. O reconhecimento, entre a justiça e a identidade. **Revista de Cultura e Política Lua Nova.** n. 63, p. 143-161, 2004. Disponível em:  
<https://www.scielo.br/j/ln/a/sWkvwtLhcVtHqmddvzmqTnz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MESQUITA, Alebe Linhares; MAIA, Gretha Leite. Democracia brasileira e movimentos sociais na contemporaneidade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 7, n. 11, p. 9-23, dez. 2009. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1850>. Acesso em: 15 abr. 2023.

OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de; ROCHA, Leonel Severo. A teoria do reconhecimento social de Axel Honneth aplicado no direito previdenciário brasileiro. **Conpedi Law Review Uruguai**. 2 v. n. 4, p. 238-258, jun/dez, 2016. <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3663>. Acesso em: 26 mar. 2023.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. A Responsabilidade da Família na Defesa dos Direitos de Personalidade do Familiar Infrator com Transtorno Mental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. 15 v. n. 34, p. 21-33. Porto Alegre: Magister. 2013.

RAMOS, Danielle Marques dos; NASCIMENTO, Virgílio Gomes do. A família como instituição moderna. **Revista de Psicologia Fractal**. 2008, n. 2, p. 461-472. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1984-02922008000200012>. Acesso em 27 mar. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Tradução de Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.

THERBORN, Göran. Os campos de extermínio da desigualdade. **Novos Estudos**. Tradução de Fernando Rugitsky. Ed 87, v. 29, n. 2, p. 145-156, 2010. Disponível em: <https://novosestudios.com.br/produto/edicao-87/#gsc.tab=0>. Acesso em: 12 abr. 2023.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; MIRANDA, Katia Leandro Nowicki. A Preponderância do Liame Afetivo e a Multiparentalidade Familiar. p. 241-257. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello [Orgs.]. **As famílias e os desafios da contemporaneidade**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015.

VERONESE, Osmar; WEBER, Ana Laura. O Direito Fundamental à Identidade Genética e ao estado de filiação à criança e ao adolescente na jurisprudência brasileira. p. 122-148. *In*: BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti; ROCHA, Leonel Severo [Orgs.]. **Cidadania e Direitos Culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Sa/nto Ângelo: FURI, 2015.

## MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ESPAÇOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS POR MEIO DE POSITIVAÇÃO DE DIREITOS

Nagielly Cigana Mello<sup>53</sup>

Rosângela Angelin<sup>54</sup>

**Resumo:** Esse artigo tem como objeto abordar o papel dos movimentos sociais como espaços de tratamento de conflitos por meio da positivação de direitos e políticas públicas. Os movimentos sociais contemporâneos têm ganhado uma força significativa na busca por mudanças políticas, econômicas e sociais, representando interesses de grupos diversos na sociedade que se encontram à mercê do Estado. Ao longo da história, os movimentos sociais têm se mostrado como um importante mecanismo de promoção de cidadania, justiça social e igualdade. Por meio de um estudo hipotético-dedutivo, com método de procedimento monográfico e utilização de legislações, artigos científicos e outros documentos, a presente pesquisa busca resolver o seguinte problema: como o tratamento de conflitos envolvendo os movimentos sociais e o Estado pode gerar direitos e políticas públicas? Assim, em um primeiro momento serão tecidas algumas considerações gerais sobre a teoria do conflito. Posteriormente, será abordado o tratamento dos conflitos entre movimentos sociais e o Estado, como um mecanismo de criação de políticas públicas e direitos. O tratamento adequado de conflitos entre movimentos sociais e o Estado é uma oportunidade para a construção de políticas públicas mais abrangentes, inclusivas e comprometidas com a garantia de direitos fundamentais. Nesse sentido, a mediação e a negociação têm se mostrado como instrumentos essenciais para superar a polarização e permitir um diálogo construtivo entre as partes envolvidas.

**Palavras-Chave:** Movimento Social; Tratamento de conflitos; Políticas Públicas; Direitos.

---

<sup>53</sup>53Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Santo Ângelo – R, Brasil). Membro do grupo de pesquisa registrado no CNPq: Movimentos Sociais e Direitos Humanos em Sociedades Democráticas: Olhares Voltados para a Complexidade do Estado e de Vulnerabilidades Sociais. Bolsista Taxa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Email: nagiellymello@aluno.santoangelo.uri.br

<sup>54</sup>54Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo- RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ) Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. Coordenadora do Projeto de Pesquisa Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural e do Projeto de Extensão O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade. Vice-Líder do Núcleo de Pesquisa de Gênero, registrado no CNPQ e vinculado à Faculdades EST –Programa de Gênero e Religião. Integrante da Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As desigualdades existentes na sociedade, sejam elas provenientes das diferenças de gêneros, econômicas, religiões, culturais, ou tantas outras latentes dentro de um Estado pluralista e multicultural, como o Brasil, juntamente com as relações de poder, são as principais causas de exclusão, que geram conflitos entre grupos sociais e Estado. Em face da busca de uma maior visibilidade e reconhecimento social e jurídico, grupos sociais que vivem a ociosidade do Estado, se formam buscando impulsionar o poder governamental a efetivar e implementar seus direitos.

Ao passar dos tempos, os movimentos sociais têm se mostrado como protagonistas fundamentais na luta por mudanças e avanços significativos em diversas esferas da sociedade. E mais, são também bases primordiais de participação popular, considerando o grande número de pessoas que alcança, bem como o ideal de fazer legitimar e fazer valer a vontade social.

Diante de objetivos diversos e movidos pelo desejo de transformação, os movimentos sociais emergem como uma resposta às injustiças, insatisfações e desigualdades que permeiam as sociedades e instituições, ocasionando conflitos com os poderes nelas inseridos. Uma das dimensões mais importantes dos movimentos sociais é a concepção destes como espaços para tratamento de conflitos, gerando a positivação de direitos e políticas públicas como resultado.

O tratamento adequado dos conflitos, com a utilização das técnicas que melhor se encaixam para cada caso concreto gera a positivação de direitos, a conquista e garantia de direitos a grupos historicamente marginalizados ou que enfrentam obstáculos ao pleno e efetivo exercício de suas liberdades e direitos fundamentais.

Por meio de um estudo hipotético-dedutivo, com método de procedimento monográfico e utilização de legislações, artigos científicos e outros documentos, o estudo em questão apresenta o seguinte problema condutor: como o tratamento de conflitos envolvendo os movimentos sociais e o Estado pode gerar direitos e políticas públicas?

Diante do questionamento apresentado, o texto busca respondê-lo, abrangendo dois momentos. Primeiramente aborda a teoria do conflito, a fim de evidenciar como os conflitos se constituem e como eles se apresentam na sociedade envolvente, para, num segundo momento, trabalhar a questão dos movimentos sociais – oriundos de conflitos – e como esses buscam tratar os conflitos na busca da efetivação de direitos e políticas públicas.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO CONFLITO

A Teoria do Conflito é um importante campo de estudo que busca compreender as dinâmicas e manifestações do conflito humano em diversos contextos sociais. Seu embasamento teórico explora as causas, os efeitos e as possíveis formas de resolução de conflitos, tanto em âmbito individual como coletivo. Assim, este capítulo

tem como objetivo explorar algumas considerações fundamentais sobre essa teoria, abordando conceitos e perspectivas teóricas.

A compreensão do conflito envolve o confronto entre duas pessoas ou grupos que manifestam comportamento hostil um com o outro, frequentemente relacionado a uma disputa de direitos. Na busca pela preservação desse direito, muitas vezes recorrem à violência, resultando, por vezes, no aniquilamento de um dos envolvidos no conflito. (SPENLGER, 2010).

Os conflitos são inerentes à natureza humana e resultado de diversos elementos. Esses elementos que combinam na própria existência do indivíduo, que se molda através de traços da sociedade em que está inserida. Acerca do tema, Simmel refere que os elementos são identificados na essência do instinto humano:

Pero, sobre todo parece inevitable el reconocer un instinto de lucha a priori, si se tiene en cuenta los motivos increíblemente nimios y hasta ridículos, que originan las luchas más serias. (...) La facilidad con que se sugieren sentimientos hostiles, me parece indicar también la existencia de un instinto humano de hostilidad. (SIMMEL, 1977 [1908], p. 279).

Nesse mesmo sentido, Muller:

a humanidade do homem não se cumpre fora do conflito, mas sim para lá do conflito. O conflito está na natureza dos homens, mas quando esta ainda não está transformada pela marca do humano. O conflito é o primeiro, mas não deve ter a última palavra. [...] o homem não deve estabelecer uma relação de hostilidade, onde cada um é inimigo do outro, mas deve querer estabelecer com ele uma re-lação de hospitalidade, onde cada um é hóspede do outro. É significativo que os termos hostilidade e hospitalidade pertençam à mesma família etimológica: origi-nalmente, as palavras latinas *hostes* e *hospes* designam ambas o estrangeiro. Este, com efeito, pode ser excluído como um inimigo ou acolhido como um hóspede.” (MULLER, 2006, p. 22-23).

Por essas razões, nota-se ser normal ao ser humano ter desejos similares aos dos outros, gerando uma disputa e rivalidade pelo domínio de um território, direito ou privilégio. Neste momento, nasce o conflito, reflexo da incapacidade dos seres humanos entender que existe espaço e condições de haver direitos para ele e todos os demais.

Nessa senda, Vezzula discorre que “[...] o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor.” (VEZZULA, 1998, p.21). Por tal motivo, deve ser aceito o conflito e permitir que em disputa seja reconhecido aos demais os direitos ou desejos almejados.

Julien Freund, refere que os combatentes sempre buscam que o conflito rompa com a resistência do outro, considerando que se fundamentam em duas vontades, com intuito de domínio e imposição de uma solução ao outro. No mais, refere que: “[...] percebe-se que não se reduz a uma simples confrontação de vontades, ideias ou

interesses. É um procedimento contencioso no qual os antagonistas se tratam como adversários ou inimigos.” (GIDDENS, 2009).

Pode-se perceber, portanto, que o conflito desempenha um papel na manutenção da coesão do grupo no qual emerge, uma vez que situações conflituosas revelam uma intensa interação, que frequentemente une as pessoas mais do que a própria ordem social, desprovida de traços de conflitualidade. Além disso, argumenta-se que o conflito é inevitável e benéfico para os indivíduos, desde que eles possuam meios autônomos para lidar com ele e o encarem como um fato, positivo ou negativo, de acordo com os valores presentes no contexto social em questão. (MORAIS; SPLENGER, 2008).

No entanto, é importante ressaltar que, embora o conflito possa ter um caráter construtivo, deve ser abordado quando ultrapassa os limites da sociabilidade, assumindo uma postura vingativa ou prejudicial em relação à outra parte. Nesses casos, torna-se necessária a intervenção por meio de mecanismos adequados para o seu tratamento. (DEUTSCHE, 2003).

Entende-se então que a paz não significa ausência de conflitos, mas da dominação da situação, a gestão e como o conflito deve ser tratado, sem a utilização de meios prejudiciais e destrutivos a sociedade. Nesse viés, “A acção política também deve procurar a resolução (do latim *resolutio*, acção de desatar) não-violenta dos conflitos.” (MULLER, 2006, p.29).

Assim, emergem novas formas de participação social que estimulam uma relação de corresponsabilidade entre o Estado e a sociedade, proporcionando um espaço para a participação social consciente e engajada. Nesse sentido, é imprescindível humanizar a sociedade contemporânea, deixando de lado preconceitos de natureza social, para direcionar o foco para as desigualdades sociais e para a garantia das condições mínimas de uma existência digna. (SENGER, GIMENEZ, 2016).

Dessa forma, destaca-se a importância da resolução de conflitos como uma ferramenta para a construção de sociedades mais justas e harmoniosas. Diversas estratégias de resolução são apresentadas, desde as abordagens colaborativas até aquelas mais pautadas na imposição de decisões. Além disso, explora-se a ideia de que o conflito, quando adequadamente gerido, pode impulsionar mudanças sociais significativas, quebrando paradigmas e fortalecendo relações mais equitativas.

O capítulo sobre considerações sobre a Teoria do Conflito destacou a importância dessa teoria como uma lente valiosa para entender as dinâmicas sociais e as relações humanas. Por meio da exploração dos fundamentos, causas e tipos de conflito, assim como das diversas abordagens teóricas, percebe-se a riqueza e a complexidade desse campo de estudo. Ao final, enfatiza-se a relevância da resolução de conflitos como uma via para transformação social e construção de uma convivência mais pacífica e justa. A seguir serão abordadas as formas de tratamento de conflitos aplicáveis aos movimentos sociais e o Estado como um instrumento capaz e criar políticas públicas e direitos.

## **TRATAMENTO DE CONFLITOS ENTRE OS MOVIMENTOS SOCIAIS E O ESTADO: UMA POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS**

A relação entre movimentos sociais e o Estado é complexa e muitas vezes marcada por conflitos e tensões. Enquanto os movimentos sociais buscam a defesa de seus interesses e direitos, o Estado enfrenta o desafio de conciliar diferentes demandas e interesses da sociedade em suas políticas públicas. Neste capítulo serão explorados os movimentos sociais formados a partir de conflitos, o que são movimentos sociais, como são formados e como na criação de direitos e políticas públicas. Por fim, adentrará nas formas de tratamento de conflito, entre elas a negociação, mediação e conciliação, trazendo breves conceitos e como elas interagem com os movimentos sociais.

Os conflitos entre movimentos sociais e o Estado geralmente surgem devido a demandas por mudanças sociais, políticas e econômicas, que nem sempre são atendidas pelas políticas públicas em vigor. Essas demandas muitas vezes envolvem questões como igualdade, justiça social, proteção ambiental, direitos humanos e acesso a serviços básicos. Diferenças ideológicas, interesses divergentes e falta de diálogo efetivo são fatores que podem agravar os conflitos.

Um dos principais desafios é a superação da polarização e da resistência do Estado em reconhecer a legitimidade das demandas dos movimentos sociais. Para avançar nesse cenário, é fundamental promover a cultura do diálogo, estimular a participação cidadã e desenvolver canais institucionais de mediação e negociação. Para uma maior compreensão sobre a temática, faz-se imprescindível analisar o conceito e a origem dos movimentos sociais. Entretanto, é importante ressaltar que não existe uma única e universal conceituação para contemplar os movimentos sociais. Isso ocorre pelo fato de que esse conceito envolve vários aspectos sociais, culturais e históricos que estão presente no meio, sendo adaptáveis, conforme o contexto social em que estão inseridos. (PERINE, 2014).

Nesse ínterim, considera-se que essa movimentação ocorre “[...] quando os grupos se organizam na busca de libertação, ou seja, para superar alguma forma de opressão e para atuar na produção de uma sociedade modificada, podemos falar na existência de um movimento social.” (SCHERER-WARREN, 1989, p. 9). Ainda, para Hartmut Kärner (1987, p. 20) existem duas causas para o surgimento dos movimentos sociais, uma delas estaria relacionada à perda de credibilidade das instituições políticas e ao processo de alienação da sociedade, a outra, todavia, seria a ideologia de construção de direitos, a partir da luta diária, o que ocorreria de uma forma mais imediata.

As mobilizações, reivindicações e movimentos sociais carregam em suas diretrizes uma intensa fonte transformação da realidade, podendo ocorrer de forma parcial, direcionada apenas a um grupo específico ou, no todo, sendo empregado para um sistema em sua totalidade, tendo caráter revolucionário. (PERINI, 2014).

Os movimentos sociais minoritários têm como objetivo transformar a realidade que lhe é imposta, por meio da união de forças e interesses desses atores sociais. Difundem desejo de emancipação e liberdade, bem como de mudanças políticos sociais, para que assim, os instrumentos jurídicos alcancem a legítima vontade popular. (MELUCCI, 1989). Para Maria da Gloria Gohn (2012), em sua obra “Novas

Teorias dos Movimentos Sociais”, seria correto afirmar que, relacionado aos movimentos sociais existem três correntes teóricas. Ainda conforme a autora, seriam elas a histórico-estrutural, a culturalista-identitária e a institucional/organizacional-comportamentalista.

A corrente histórico-estrutural se baseia em abordagens de Marx, Rosa Luxemburgo, Lenin, Lefebvre, entre outros autores. Essa teoria retratou lutas de classes, disputas sindicais e movimento operário em suas batalhas contra o sistema capitalista e teve importância mundial até 1970. Contudo, essa doutrina se mostrou insuficiente, uma vez que associava conceitos de movimento social com o proletariado e classe trabalhadora e, nesse diapasão, não supria as complexidades dos conflitos da sociedade contemporânea, as quais trouxeram à tona as relações sociais de etnia, raça, gênero e classe. (GOHN, 2012).

Logo, a matriz teórica culturalista-identitária que inaugurou a tese conhecida por “Novos Movimentos Sociais”, abarca teóricos como Bobbio, Giddens, Arendt e Habermans. Estes trouxeram em ênfase as lutas sociais e culturais de parcelas da população que não tinham visibilidade, tais como: mulheres, negros, indígenas e jovens. “O grande saldo desta corrente foi apresentar ao mundo a capacidade dos movimentos sociais de produzir novos significados e novas formas de vida e ação social.” (GOHN, 2012, p. 30).

A última teoria doutrinária, institucional/organizacional comportamentalista, segue diretrizes liberais, com base em autores como Adam Smith, John Locke e J. S. Mill e outros. Essa corrente teve origem nos Estados Unidos, onde foi amplamente desenvolvida, entretanto, há também muitos adeptos na Europa (PERINI, 2014, p. 32). “Nesta corrente, de certa forma, um movimento atingia seu objetivo quando se transformava numa organização institucionalizada. Na atualidade, a corrente institucional se expressa também no pragmatismo presentista como suporte de análises.” (GOHN, 2012, p. 30-31). Cabe ressaltar que uma matriz teórica não necessariamente supera a outra.

Ainda, sobre os movimentos sociais, há cinco pontos de diferenciação entre os novos movimentos sociais e as antigas reivindicações. Inicialmente, Gohn (2010, p. 15) redefiniu a identidade dos litígios, pois os antigos movimentos sociais tinham um caráter mais ideológico, estando ligados, por sua vez, as demandas de gênero, raça, étnica, diferentemente do que se mostra atualmente, em que o cenário das reivindicações demonstra preocupações com a política, projetos e programas de cunho social.

Há de se destacar, como segundo ponto, que antigamente as lutas buscavam a conquista de direitos, todavia, hodiernamente, muitos desses aspectos já foram alcançados e são assegurados a todos. A batalha de hoje é pela efetivação e reconhecimento das diferenças, muito bem conhecidos, também, por manifestos identitários. (GOHN, 2010).

Ainda, em relação ao terceiro aspecto a ser abordado refere que Estado está estabelecendo conexões com esses movimentos, visando exercer uma influência de cima para baixo. Isso significa que os movimentos acabam sendo controlados pelo estruturalismo político do Estado, resultando na transformação da identidade política dos movimentos. Como resultado desse processo, litígios que eram originalmente coletivos passam a ser tratados de forma mais específica e isolada. Isso culmina na

situação em que o Estado se torna o único ponto de integração e convergência. (CORRÊA, 2014).

O quarto fator, mais conhecido por *Redes de Mobilização Social*, pois a movimentação social já atingiu o mundo virtual, sendo às redes sociais, inclusive, o meio mais forte de manifestação. Logo, há um alargamento das fronteiras, conflitos que eram locais se tornaram nacionais, devido sua fácil dissipação das informações. Nesse patamar, os movimentos sociais estão acompanhando o desenvolvimento das tecnologias e da comunicação. (GOHN, 2010).

Por fim, o último ponto a ser abordado, “[...] é que os movimentos continuam sendo, como no passado, objetos de lacunas acadêmicas e teóricas, apesar de sua recorrente importância e presença nas ciências sociais.” (CORREA, 2014, p. 43).

Adentrando aos Novos Movimentos Sociais, também conhecidos como movimentos identitários, os quais integram o objeto de estudo da presente pesquisa, Gohn (2011, p. 226) traz três formas de organização dessas reivindicações. A primeira organização é a que mais se ampliou no sentido de direitos e políticas sociais conquistadas em nosso ordenamento jurídico, sendo assim, aqueles movimentos que visam às parcelas excluídas da sociedade. Nesse viés, pode-se salientar os movimentos sociais que abarcam as mulheres, índios, afrodescendentes, portadores de deficiências, idosos, homossexuais, imigrantes, religiosos e etnias.

A segunda classe conceituada por Gohn, referente aos Novos Movimentos Sociais, traz a ênfase a luta por melhorias nas condições de trabalho e vida, propendendo áreas como a saúde, o acesso à terra, à moradia e à alimentação. Por fim, a última espécie explicitada pela autora, são os movimentos que versam sobre questões mundiais, ou seja, redes globais que agem por meio de Conselhos, Plenários, Fóruns. (GOHN, 2011).

Dessa forma, os rumos da coletividade são recriados e reinventados por meio dos movimentos sociais, que exercem papel precípua na instrumentalização de direitos, sendo que o poder participativo conduz as diretrizes da criação de novos direitos.

Assim, a função dos movimentos sociais é fazer com que o poder Estatal foque seus paradigmas de instrumentalização de direitos nas demandas sociais para promover à construção de direitos e políticas públicas que efetivem garantias às camadas excluídas da população. Nesse viés, “[...] é possível afirmar que, os movimentos sociais contribuem para a formação da vontade do Estado, e na promoção dos Direitos Humanos.” (ANGELIN; CORRÊA, 2015, p. 54).

Após o resgate histórico e as diversas conceituações presentes, restou evidente a importância do reconhecimento dos movimentos sociais, uma vez que em todos os tempos e lugares, sempre houve a luta e a participação social em busca de direitos e visando a não opressão pelas classes dominantes. De tal modo,

[...] os movimentos sociais e a participação popular, são elementos fundamentais na ocupação dos espaços de luta por uma sociedade mais justa e igualitária, na qual a cidadania sai do discurso e se constrói na prática através da conquista, consolidação e ampliação dos direitos. (MIRANDA; CASTILHO; CARODO; 2009, p. 184).

Após a análise dos contextos gerais dos movimentos sociais, imprescindível adentrar na temática acerca dos tratamentos de conflitos e como ocorrem nos embates entre Estado e Movimentos Sociais.

As novas formas de participação social incentivam uma relação de responsabilidade entre Estado e sociedade, permitindo a criação de um espaço para uma participação social mais consciente e engajada. Nesse sentido, torna-se imperativo humanizar a sociedade contemporânea, deixando de lado preconceitos sociais, a fim de redirecionar o foco para questões relacionadas às desigualdades sociais e às condições mínimas para uma existência digna. Dessa forma, constitui-se um instrumento de tratamento de conflito a busca por respostas que atendam as necessidades humanas básicas, sem recorrer à violência, fomentando a paz e a restauração das relações entre os indivíduos, de medo a interromper os ciclos de violência.

Nesse viés,

Só a acção não-violenta pode desatar o nó górdio de um conflito e permitir assim a sua resolução. Cortar o nó em vez de levar tempo a desatá-lo é dar provas de impaciência. A violência é precipitação e um excesso de velocidade da acção. Ela violenta o tempo que é necessário para o crescimento e maturação de todas as coisas. Não que o tempo aja por si mesmo, mas concede à acção o tempo de que ela necessita para se tornar eficaz. Assim, a virtude da paciência encontra-se no cerne da exigência de não-violência. [...] A paciência tem a força da perseverança. (Muller, 2006, p. 166).

É crucial abandonar a visão de que a resolução de um conflito somente é possível por meio de um único caminho ou por meio da intervenção estatal. Em vez disso, é necessário desenvolver a ideia de que um sistema eficiente de resolução de conflitos se baseia em instituições e procedimentos que buscam prevenir e resolver controvérsias de acordo com as necessidades e interesses das partes envolvidas. (SALES; RABELO, 2019, p. 76)

Dentre essas alternativas possíveis, destacam-se a negociação, a conciliação e a mediação, as quais se colocam ao lado do sistema tradicional de jurisdição como opções que buscam associar o tipo de conflito à forma adequada de resolução. Esses mecanismos também se apresentam como instrumentos de inclusão social, uma vez que as partes envolvidas tornam-se corresponsáveis pela busca de uma solução mais adequada para suas contendas, ao mesmo tempo em que promovem a pacificação social, pois um dos objetivos é capacitar as partes a gerir seus conflitos por meio do diálogo. (SALES; RABELO, 2019, p. 76).

A negociação pode ser percebida de duas formas, uma no sentido mais amplo, que abranche todos os mecanismos de solução de conflito em que o diálogo entre as partes se faz necessário, e a outra, em um sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que é indispensável intervenção de um terceiro. É a primeira forma de tentativa de resolução de conflito, considerando que diante da solução que atenda ambas as partes, o conflito encontra-se resolvido. (SALES; RABELO, 2019).

[...] o objetivo da negociação não é atingir a meta determinada de uma ou

de outra parte (aqui denominada posição), mas, sim, atender aos interesses comuns e opostos das partes, muitas vezes ocultos pelas posições. A essa negociação convencionou-se chamar negociação cooperativa, ou estruturada ou, ainda, negociação por princípios, que pode ser conceituada como “comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo que atenda aos interesses comuns e opostos das partes.” (BRAGA NETO, 2003).

Assim, pode-se utilizar o conceito de Caetano (2002, p. 99), “o ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto, ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”. Aqui se encontra a principal forma de resolução de conflitos entre os movimentos sociais e o Estado.

Outra forma de tratamento de conflito que leva preza pela humanização das relações sociais pela mediação vem ganhando espaço no cenário político, é a mediação. A Mediação conceitua-se como

[...] uma forma alternativa de tratamento do conflitos, onde as partes encontram-se em um estado de lide, em que um terceiro, o mediador, imparcial, iniciará um trabalho, somente com a indicação do horizonte, em que possa haver um reestabelecimento de laços rompidos e a satisfação do “problema” entre as partes. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. (MORAIS; SPLEGLER, 2012, p.131).

Nas palavras de Luís Alberto Warat (2010, p. 39), “[...] o mediador deve ajudar as pessoas a redescobrir a comunidade, a reencontrar-se com a paixão de estar-em-comum”. Ainda refere que:

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal tradicional na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais. (WARAT, 2010, p. 132).

A terceira forma de resolução de conflito é a conciliação, conforme origem da palavra a conciliação vem do latim “conciliatione” e quer dizer harmonia entre as pessoas, coisas ou ideias. (LINHARES, 2017).

Conforme Sales e Rabelo (2009, p.78),

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Esse conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito. O conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa

avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposição traria às partes.

O tratamento adequado dos conflitos entre movimentos sociais e o Estado pode levar à criação de políticas públicas mais inclusivas e efetivas. Ao envolver as partes interessadas no processo decisório, as políticas têm maior probabilidade de atender às reais necessidades e demandas da sociedade.

Além disso, quando os movimentos sociais têm suas reivindicações reconhecidas e incorporadas às políticas públicas, há uma consolidação de direitos fundamentais. A participação efetiva dos movimentos sociais na formulação e implementação de políticas pode promover a garantia de direitos humanos, a redução de desigualdades e a promoção da cidadania.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da história, verifica-se que por meio da organização e reivindicação de grupos vulneráveis, que integram parcela da sociedade que carece de proteção jurídica, o Estado acabou sendo coagido a garantir e efetivar o acesso aos seus direitos. A presente pesquisa buscou responder como o tratamento de conflitos envolvendo movimentos sociais e o Estado pode gerar direitos e políticas públicas?

As relações de poder existentes dentro do sistema jurídico e político atuais são determinantes para a viabilidade de direitos aos grupos minoritários. Essas relações não são emanadas somente do Estado, mas também da sociedade, a qual carrega um anseio discriminatório e exclui o que entende como diferente. Esse fenômeno reforça a importância do presente estudo, o qual sublinha a importância dos movimentos sociais como instrumento que legitime e imponha o reconhecimento dos direitos das parcelas excluídas da sociedade.

Ao longo deste estudo, foi evidenciado que os movimentos sociais desempenham um papel fundamental na promoção de uma cidadania ativa e no enfrentamento de conflitos, reivindicando a concretização de direitos muitas vezes negligenciados ou negados. Ademais, foi discutido como o tratamento dos conflitos, através da mediação, conciliação e negociação pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e democrática, em que a diversidade é valorizada e os conflitos são abordados de forma construtiva, resultando em mudanças significativas para o bem-estar coletivo.

O tratamento adequado de conflitos entre movimentos sociais e o Estado é uma oportunidade para a construção de políticas públicas mais abrangentes, inclusivas e comprometidas com a garantia de direitos fundamentais. A mediação e a negociação emergem como instrumentos essenciais para superar a polarização e permitir um diálogo construtivo entre as partes envolvidas.

Ao valorizar a participação cidadã e reconhecer a legitimidade das demandas dos movimentos sociais, o Estado pode fortalecer sua capacidade de resposta às necessidades da sociedade e construir políticas públicas mais efetivas e justas. Dessa forma, a parceria entre movimentos sociais e o Estado torna-se uma via para a efetivação dos direitos e a promoção do bem-estar social.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; GABATZ, Celso. Alteridade Indígena: A Aceitação da Diversidade na Promoção da Dignidade Humana. **Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito** - Mestrado URI, Campus Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 73-87, jan/jun. 2012.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a mediação e a arbitragem**. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC, 2003.

CARVALHO, Moises Nepumoceno. **Pluralismo jurídico: os movimentos sociais como novos paradigmas de juridicidade – a experiência da vila telebrasiléia Brasília**. 2001. 121 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2001.

CORREIA, Maitê Alexandra Bakalarczyk. **Participação popular na formação da vontade do Estado: uma perspectiva dos Movimentos Sociais contemporâneos no Brasil**. 2015. 70 f. Monografia - Curso de Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, Santo Ângelo.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira. Rev. Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de [Org.]. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, v. 3, 2003

DIÓGENES, Glória. "Direitos, cidadania e movimentos sociais". **NOMOS – Revista do curso de mestrado em direito da UFC**, N.º 11 (1/2), jan./dez. 1992. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1992

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GOHN, Maria da Glória. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais**. São Paulo: Loyola, 1995.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 1995.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais no início do século XXI: Antigos e novos atores sociais**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Glória. **História dos movimentos e lutas sociais: A constituição**

da cidadania dos brasileiros. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

KÄRNER, Hartmut. Movimentos sociais: revolução no cotidiano. In: Scherer-Warren, Ilse; Krischke, Paulo J. (Orgs.). **Uma revolução no cotidiano?** Os novos movimentos sociais na América do Sul. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 20

LINHARES, José Ronaldo. **A conciliação judicial levada a sério**. Disponível em: Acesso em 15.nov.2021

MELUCCI, Alberto. Um objetivo para os movimentos sociais. **Revista Lua Nova**, nº 17. CEDEC, 1989.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo I, arts. 1º-45, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 31

MIRANDA, Camila; CASTILHO, Neusa. Movimentos sociais e participação popular: Luta Pela Conquista dos Direitos Sociais. **Revista da Católica**, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 176-185, 2009.

MULLER, Jean-Marie. **Não-violência na educação**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2006.

PERINE, Ezequiel Fernando Noster. **Movimentos sociais e os direitos humanos**. 2014. 49 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Unijuí - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. "O ministério público, os movimentos sociais e os poderes públicos na construção de uma sociedade democrática". **Boletim de direito administrativo**, ano XIV, n.º 8, ago./1998, [São Paulo]: Edições NDJ, 1998, p. 502.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes S. Meios Consensuais de soluções de conflitos. Instrumentos de Democracia. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, p. 75-88, 2009.

Seger, D. P., & Colet Gimenez, C. P. (2019). **Mediação comunitária: uma resposta cidadã à realidade social do conflito**. *Direito Público*, 15(85). Recuperado de: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2985>

SCHERER-WARREN, Ilse. **Movimentos sociais de luta pela terra**. Disponível em: [http://geopr1.planalto.gov.br/saei/images/publicacoes/2009/nota\\_tecnica\\_movimentos\\_sociais\\_de\\_luta\\_pela\\_terra.pdf](http://geopr1.planalto.gov.br/saei/images/publicacoes/2009/nota_tecnica_movimentos_sociais_de_luta_pela_terra.pdf). Acesso em: 25 de set. de 2016.

SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Porto Alegre: Globo, 2 vols., 1970, apud HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SIMMEL, Georg. La lucha. In: SIMMEL, Georg (Ed.). *Sociología: estudios sobre las*

formas de socialización. 2. ed. Madrid: **Biblioteca de la Revista de Occidente**, 1977 [1908]. v. 1, p. 265-355.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do direito: anomias e outros aspectos fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem, 1998. p. 21.

WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade e cartogra-fia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos**. 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. Acesso em: 25 de out. de 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

## A INFLUÊNCIA DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA

# OS MARCOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DESAFIOS À SUA EFETIVAÇÃO

*Eliel Rocha Dorneles<sup>55</sup>*

*Gilmar Antonio Bedin<sup>56</sup>*

**Resumo:** Este artigo trata da evolução dos direitos fundamentais e os desafios para sua implementação. Assim, aborda-se que os direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade individual, surgiram na transição do Estado autoritário para o liberal. Inicialmente restritos a certas classes, a busca por igualdade resultou nos direitos de segunda dimensão, voltados às demandas sociais, como proteção no trabalho e o bem estar social. Os direitos de terceira dimensão, referentes à proteção coletiva, surgiram após as grandes guerras. Desse modo, discute-se que a implementação abrangente desses direitos enfrenta desafios, como a exploração e discriminação de toda ordem, buscando-se responder se a mera declaração de direitos fundamentais garante a concretização efetiva desses direitos. Exemplos históricos destacam a necessidade de políticas públicas eficazes. Portanto, conclui-se que o fortalecimento das instituições democráticas e o combate à discriminação é extremamente necessário para superar esses obstáculos. A construção dos direitos fundamentais é um processo em constante evolução, exigindo compromisso com a justiça social e igualdade para atender às necessidades de cada época e assegurar que nenhum indivíduo seja deixado para trás.

**Palavras-chave:** Dimensões dos Direitos Fundamentais. Evolução histórica. Desafios para sua implementação.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do presente estudo é abordar, à luz do pensamento jurídico, a trajetória evolutiva e a conquista dos direitos fundamentais ao longo da história. Nesse contexto, busca-se analisar as diferentes dimensões que os direitos fundamentais adquiriram ao longo do tempo. Ademais, verifica-se que o progresso e a definição

<sup>55</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação strictu sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Bolsista CAPES e Membro do Grupo de Pesquisa vinculado ao Cnpq Tutela dos Direitos e sua Efetividade junto a esse Mestrado. E-mail: elielrochadorneles@hotmail.com

<sup>56</sup> Pós-Doutor pelo Instituto de Estudios Avanzados da Universidade de Santiago de Chile (IDEA/USACH). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor permanente dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI) e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus). Autor de vários livros e artigos. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

dessas dimensões foram forjados e conquistados mediante revoluções políticas, nas quais a sociedade não suportava mais viver em condições precárias de direitos. Nesse contexto, torna-se essencial compreender como a evolução dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à evolução das sociedades, refletindo as mudanças de paradigmas políticos e sociais ao longo dos séculos. Portanto, o estudo visa lançar luz sobre esse desenvolvimento histórico e suas implicações na atual configuração dos direitos fundamentais e na luta contínua pela sua efetivação.

A temática em análise possui uma relevância inquestionável, sendo imprescindível o seu debate, uma vez que, na conjuntura atual, não basta apenas proclamar os direitos em declarações formais, mas sim assegurar a efetiva implementação desses direitos tidos como fundamentais. Nesse sentido, surge o questionamento sobre até que ponto a mera declaração de direitos fundamentais garante a concretização efetiva desses direitos.

Assim, este estudo analisou a evolução dos direitos fundamentais, relacionando-os com as demandas políticas ao longo da história. Os direitos se dividem em três dimensões: primeira, segunda e terceira. Os direitos de primeira dimensão, ligados à liberdade individual, surgiram na transição do Estado autoritário para o liberal, mas inicialmente eram restritos a certas classes. Os direitos de segunda dimensão, focados nas demandas sociais, como direitos trabalhistas e de bem-estar social, emergiram durante a Revolução Industrial. Os de terceira dimensão, também chamados de direitos de fraternidade, surgiram após as grandes guerras, abrangendo a proteção coletiva e questões ambientais.

Apesar disso, a implementação abrangente desses direitos enfrenta desafios, como o racismo estrutural, destacando a necessidade de políticas públicas eficazes. Exemplos históricos, como abusos contra a população negra em nome da ciência, ressaltam a importância de fortalecer as instituições democráticas e combater a discriminação. A construção dos direitos fundamentais é um processo contínuo, exigindo compromisso com a justiça social e igualdade para atender às necessidades de cada época, assegurando que nenhum indivíduo seja deixado para trás.

Dessa maneira, com o intuito de lançar um olhar esclarecedor sobre o tema em questão, buscando objetividade e fundamentação, adotou-se a metodologia de abordagem qualitativa, com base em uma pesquisa bibliográfica dedutiva sobre a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história.

## **LUTAS SOCIAIS E A CONQUISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Ao abordar a temática dos direitos fundamentais, é imperativo reconhecer a intrínseca conexão entre tais direitos e as demandas políticas que permearam a trajetória da humanidade. Nesse contexto, direito e política entrelaçam-se de forma indissociável, visto que as leis são concebidas por meio da representatividade democrática e, posteriormente, aplicadas pelos agentes do sistema jurídico. Desse modo, é oportuno discorrer sobre a evolução dos direitos fundamentais ao longo da história do direito, bem como os desafios para sua implementação.

Ademais, as lutas sociais representam uma parte essencial da evolução dos direitos fundamentais ao longo do tempo. Os direitos fundamentais, como liberdade,

igualdade e justiça, não são meras concessões benevolentes, mas conquistas duramente obtidas através de movimentos sociais persistentes. Esses movimentos moldaram as sociedades, garantindo que princípios fundamentais sejam aplicados a todos os cidadãos, independentemente de raça, gênero ou origem. No entanto, essas lutas são contínuas, pois desafios persistentes e novas questões sociais exigem constantemente a defesa e expansão dos direitos fundamentais. A história das lutas sociais é um lembrete de que a conquista e preservação desses direitos requerem vigilância e engajamento contínuos.

A luta pelos direitos fundamentais possui uma forte ligação inicial com a passagem do Estado autoritário para o Estado liberal e, posteriormente, para o Social. Pedro Lenza (2021) categoriza a evolução desses direitos como gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Uma análise histórica revela que as lutas sociais e revolucionárias desempenharam um papel fundamental na conquista desses direitos, que são de grande importância para o ser humano. Esta mudança em relação ao passado, segundo Bedin (1995), apoiado nas obras de Celso Lafer e Norberto Bobbio, ocorreu porque, originalmente, as normas se baseavam em deveres, não em direitos. Foi somente com as declarações de direitos de 1776 (Declaração da Virgínia) e 1789 (Declaração da França), em decorrência do surgimento do modelo individualista de sociedade, que surgiram as primeiras manifestações da era dos direitos.

As lutas sociais e revolucionárias surgiram em defesa dos direitos fundamentais. Nos Estados totalitários, visava-se a liberdade, no Estado liberal, a igualdade, e no Estado social, a proteção dos direitos fundamentais de natureza social. Os direitos fundamentais, segundo Bedin (1995) com referências às obras de Germán Bidart de Campos e Paulo Bonavides, são classificados em: Direitos de primeira geração: direitos civis e políticos; Direitos de segunda geração: direitos econômicos e sociais; Direitos de terceira geração: direitos de solidariedade ou direitos fundamentais no âmbito internacional. Nesse sentido, as revoluções eclodiram, de acordo com Norberto Bobbio (2004), à medida que surgia determinada falta de direito, uma vez que as reivindicações por direitos somente nascem quando são reconhecidos certos carecimentos por direito.

## **DIREITOS DE FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO**

No que tange os direitos de primeira dimensão, é possível dizer que eles possuem antecedentes ainda do período histórico medieval. De fato, na Idade Média o poder estatal era exercido pelo monarca, o qual possuía poder para criar leis, julgar os infratores e puni-los. Foi por meio das lutas políticas que, aos poucos, foi sendo forjado o direito a liberdade como um limite ao poder do soberano. Assim, para Bonavides (2004), essa categoria de direito enfatiza a resistência do indivíduo ao Estado, valorizando-o como um ser singular. O súdito não era mais visto como objeto do poder, mas sim como alguém livre para buscar seus objetivos pessoais, religiosos e econômicos.

Neste processo, uma primeira conquista importante ocorreu no início no século XIII. Esta conquista se materializou na chamada Magna Carta Libertatum, de 1215. Este documento histórico é um marco na luta pela liberdade e foi o resultado da

pressão dos barões feudais e bispos ingleses contra o Rei João Sem-Terra. Na sequência, outro movimento importante, já no século XVII, foi a reivindicações contra o Estado Inglês e que resultaram no reconhecimento de direitos individuais por meio de documentos como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689). Estes eventos moldaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais individuais e contribuíram para a consolidação dos princípios de liberdade e justiça

A referida mudança foi consolidada com os movimentos revolucionários do final do século XVIII. Por isso, como lembra Bedin (1995), foi nas declarações de 1776 (Declaração da Virgínia) e 1789 (Declaração da França) que foram definitivamente institucionalizados. Essa categoria de direito incluía, inicialmente, as chamadas liberdades físicas, as liberdades de expressão e de consciência, o direito de propriedade privada, os direitos da pessoa acusada e as chamadas garantias dos direitos. A sua característica mais relevante era de serem direitos negativos, direitos contra o Estado.

No entanto, estes primeiros direitos eram acessíveis apenas a homens brancos, heterossexuais, livres e católicos. As mulheres foram excluídas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Olympe de Gouges, uma líder das mulheres, escreveu a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã em 1791. Este documento não foi aceito e sua autora foi executada em 1793 por decisão dos líderes revolucionários daquele momento. Isso destaca que, apesar das proclamações constitucionais, a efetivação dos direitos não ocorreu imediatamente e que os grupos excluídos continuam lutando por garantias básicas para a sua sobrevivência. (ROCHA et al., 2020).

No século seguinte, novas lutas foram estabelecidas e um novo grupo de direitos foi conquistado. Estes direitos são chamados de direitos políticos. Estes novos direitos, portanto, surgiram no século XIX e se distinguem dos anteriores pelo fato de envolver direitos positivos, que permitem a participação no Estado, representando uma mudança importante na concepção de liberdade. Inclui o direito de voto universal, formação de partidos políticos e a realização de plebiscitos, referendos e iniciativas populares. (BEDIN, 1995).

Assim, a primeira geração de direitos é formada por dois grupos de direitos: direitos civis e direitos políticos. O que eles possuem de comum é serem direitos individuais. Estes direitos são a base fundamental do que atualmente é denominado de Estado Democrático de Direito.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO**

Além dos direitos políticos, o século XIX começou a vivenciar outras lutas por direitos. Mas, desta vez, o foco era diferente. É que com a Revolução Industrial, então em curso, o mundo se urbanizou rapidamente e teve início as primeiras manifestações da classe operária em formação por proteção social. De fato, a emergência deste novo grupo social tensionava a relação entre proprietários e trabalhadores e fez emergir a luta pelos chamados direitos econômicos e sociais. O motivo destes movimentos eram as condições insalubres das fábricas, a falta de saneamento básico, a ausência de

assistência médica e de direitos dos trabalhadores. Estes fatos criavam um ambiente político e social propício para a revolta dos operários. Isto aconteceu e a reivindicação e conquista de novos direitos se tornou um dos grandes lemas dos movimentos sociais.

Esse movimento histórico era também impulsionado pela persistente exploração da mão de obra infantil, que deixou cicatrizes profundas em muitos países. No contexto brasileiro, a exploração do trabalho infantil remonta aos tempos da escravidão, e o trabalho feminino também foi amplamente explorado nessa época. (KASSOUF, 2007). Vale ressaltar que os empregadores preferiam contratar mulheres devido à suposta docilidade, resultando em mão de obra desvalorizada e maiores lucros. Nesse cenário, a representação sindical feminina era frágil, com pouca participação em greves e falta de apoio masculino. (RODRIGUES et al., 2015). Assim, surgiu uma luta premente por igualdade, motivada pela exploração em busca de lucros e produção em massa, marcando uma etapa crucial na evolução dos direitos fundamentais.

Esses fatores cruciais levaram à crescente demanda por intervenção estatal na proteção da saúde, das condições de trabalho e da educação. Esse movimento culminou na consolidação dos direitos econômicos e sociais. Esses direitos ganharam reconhecimento constitucional no Século XX, notadamente nas Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e do Brasil. (1934). Os direitos de segunda dimensão transcendem a mera limitação da intervenção estatal na liberdade individual, pois também asseguram o direito dos cidadãos ao bem-estar social, estreitamente relacionado ao princípio da igualdade material. (BOTELHO, 2011). Esse desenvolvimento normativo marcou uma transformação significativa nas bases dos direitos fundamentais, impulsionando a garantia de uma vida digna para todos os cidadãos.

Portanto, os direitos de segunda dimensão, chamados de direitos sociais e econômicos, formam uma categoria vital de direitos fundamentais voltada para o bem-estar e a melhoria das condições de vida. Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, que protegem as liberdades individuais, esses direitos reconhecem o papel do Estado na garantia de condições de vida dignas. Eles incluem o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à seguridade social, à moradia e a um padrão de vida adequado. Seu propósito é garantir igualdade de oportunidades e acesso a recursos essenciais. Os direitos de segunda dimensão são frequentemente associados a políticas sociais, como saúde universal e leis trabalhistas. No entanto, sua implementação pode ser desafiadora, especialmente em sociedades com recursos limitados, onde a distribuição justa de recursos é um tema debatido.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO**

No século XX, após a constitucionalização dos direitos econômicos e sociais, novos problemas emergiram e novas lutas por direitos se configuraram. A luta por estes novos direitos começou após as duas grandes guerras mundiais e suas lições. É que o uso da violência foi extraordinário e o desenvolvimento da ciência permitiu a utilização de produtos químicos com armas. Assim, surgiu um novo quadro histórico. É que as armas químicas, por exemplo, afetaram tanto os seres humanos como o

meio ambiente e isto impulsionou a necessidade do estabelecimento de direitos metaindividuais, conhecidos como direitos de terceira dimensão, destinados a proteger a coletividade humana. Nesse aspecto, entende-se que os direitos de terceira geração também são conhecidos como direitos de fraternidade, o que conforme Fernando Gomes de Andrade (2011), tem por objetivo proteger o meio ambiente, direito à paz, autodeterminação dos povos e direitos difusos que pertencem às chamadas futuras gerações.

Assim, os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou coletivos, representam uma evolução na concepção de direitos fundamentais. Eles se concentram não apenas nas relações entre o indivíduo e o Estado, como os direitos de primeira dimensão (liberdades individuais), e não apenas nas relações entre indivíduos, como os direitos de segunda dimensão (direitos sociais e econômicos), mas também nas dimensões coletivas e sociais da vida humana coletiva.

Nesse contexto, novos direitos foram criados (direito ao desenvolvimento, direito a paz, direito à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente sadio, etc.). Entre estes direitos, merece um destaque especial o direito ao meio ambiente. É a realização deste direito é uma condição de vida dos seres humanos na terra. Esta importância foi claramente fixada, segundo Leandro Pamplona e Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha (2022), em 1972, em Estocolmo, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. A partir deste evento o direito em questão passou a ser defendido por ativistas e por alguns governos mundiais em busca de um meio ambiente limpo e sustentável. Além disso, deu origem ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

Assim, pode-se dizer que os direitos de terceira dimensão são os direitos mais recentes e emergiram em um contexto de maior interdependência e de constituição de uma forma de vida globalmente conectada. Por isso, envolvem desafios transnacionais, como as mudanças climáticas e a preservação de recursos naturais, e exigem uma abordagem coletiva. Assim, a efetivação desses direitos tem enormes desafios e, muitas vezes, somente podem ser exercidos mediante a cooperação entre nações e a busca por equilíbrio entre interesses individuais e coletivos. Apesar destas dificuldades, deve-se destacar que estes direitos representam um avanço fundamental e exigem novas formas de cooperação em escala global e uma melhor distribuição da riqueza no Planeta.

## **DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As lutas históricas pelo reconhecimento e pela institucionalização dos direitos tiveram motivos específicos e contaram com diferentes formas de participação. Por isso, distintos grupos sociais influenciaram a consagração dos diferentes tipos de direitos. Nas Constituições próximas à revolução liberal, a ênfase recaiu sobre as liberdades individuais (primeira dimensão). Com o advento da revolução industrial, emergiram direitos sociais, incluindo salário mínimo e férias (segunda dimensão). No pós-guerra, direitos coletivos, como a proteção do meio ambiente, foram estabelecidos (terceira dimensão). (BOTELHO, 2011). Esse panorama histórico

demonstra a evolução dos direitos fundamentais em resposta às necessidades das sociedades em diferentes eras.

Nesse contexto, a criação de uma Constituição não se limita à sua natureza técnica, pois é fundamental que ela represente conquistas e inspire o imaginário coletivo na busca por progresso. (BARROSO, 2005). Ademais, evidencia-se que as dimensões dos direitos fundamentais é um processo de construção histórica inacabada, vez que a vida humana e as necessidades surgem a cada época. Nesse sentido, o jurista italiano destacou que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, s.p)

Nas últimas décadas, pode-se dizer que houve grandes avanços na efetivação dos diferentes direitos. Mas, a maioria deles ainda aguardam por uma efetivação completa. No contexto da saúde da população negra, evidenciam-se discriminações, por exemplo, como o caso em 1996, em que crianças nigerianas foram usadas como cobaias pela Pfizer, resultando na morte de 11 e deformidades em outras 200. Esse caso resultou em processos legais e debates sobre a ética da pesquisa farmacêutica em nações em desenvolvimento. Isso ressaltou a importância da ética na pesquisa médica e influenciou as regulamentações internacionais para proteger os participantes de estudos clínicos. (OLIVEIRA, 2001).

Ademais, o Estudo Tuskegee, realizado no Alabama de 1932 a 1972, investigou a progressão natural da sífilis em afro-americanos, sem informar os participantes sobre os propósitos da pesquisa nem fornecer tratamento, mesmo após a descoberta da penicilina. Os participantes, formados pela população negra, sofreram desnecessariamente. Esse caso representa os desafios para a implementação dos direitos fundamentais em larga escala, bem como influenciou significativamente a regulamentação ética da pesquisa médica e levou a medidas mais rigorosas para proteger os participantes em estudos clínicos, ressaltando a importância da ética na pesquisa médica.

De acordo com Oliveira (2011), o estudo contou com 600 homens negros, sendo 399 com sífilis, os quais foram explorados no experimento sem tratamento adequado. O objetivo da pesquisa médica era observar a evolução da doença sem o devido tratamento, sem informar aos participantes que eles tinham a doença ou sobre os efeitos decorrentes dela. Os médicos rotulavam os negros como "sangue ruim" e, em troca de sua participação no estudo, ofereciam acompanhamento médico, uma refeição quente nos dias de exames e cobriam as despesas com o funeral.

No Brasil, o racismo estrutural persiste, estigmatizando e subestimando os negros. A classe média investe na educação de seus filhos para o sucesso escolar, enquanto os filhos de trabalhadores precários, em sua maioria negros, enfrentam desafios educacionais e profissionais. (SOUZA, 2019). Nesse cenário, a realização plena dos direitos fundamentais é uma questão pendente, visto que o racismo e o machismo persistem nas democracias atuais, especialmente no Brasil. É urgente a

necessidade de políticas públicas eficazes para concretizar esses direitos, fortalecendo as instituições democráticas para lidar com os desafios que levaram ao reconhecimento desses direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível inferir que, ao abordar a temática da evolução histórica dos direitos fundamentais, é possível constatar a existência de uma conexão intrínseca entre esses direitos e as demandas políticas de diferentes grupos sociais. Por isso, deve-se reconhecer que a ampliação dos direitos fundamentais ocorreu devido a intensa mobilização social e que as conquistas realizadas de novos direitos são marcas histórica singulares de avanço civilizatórios essenciais para a humanidade.

Esses direitos se dividem em diferentes dimensões e refletem diversos movimentos políticos. Os direitos de primeira dimensão, relacionados à liberdade individual, surgiram com a transição do Estado autoritário para o liberal. No entanto, inicialmente, esses direitos eram restritos a determinadas classes sociais, excluindo mulheres e grupos minoritários. A luta por igualdade levou ao surgimento dos direitos de segunda dimensão, voltados para as demandas sociais, como proteção no trabalho e garantias de bem-estar. Já os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de fraternidade, surgiram após as grandes guerras e se referem à proteção coletiva, incluindo o meio ambiente e os direitos das futuras gerações.

No entanto, a implementação abrangente desses direitos ainda é um desafio. Exemplos históricos, como os abusos cometidos contra a população negra em nome da ciência e a persistência do racismo estrutural, destacam a necessidade de políticas públicas eficientes para garantir a efetivação desses direitos. A superação desses obstáculos requer o fortalecimento das instituições democráticas e o enfrentamento do racismo, machismo e outras formas de discriminação presentes na sociedade.

A construção dos direitos fundamentais é, portanto, um processo histórico em constante evolução. O reconhecimento e a implementação abrangente desses direitos exigem um compromisso contínuo com a justiça social e a igualdade, visando atender às necessidades da sociedade em cada época e garantindo que nenhum indivíduo seja deixado para trás.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. **Direito de fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Disponível em: <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/amicus/article/view/570/557>. Acesso em: 08 ago. 23.

BARROSO, Luís Roberto. **NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito**

**constitucional no Brasil).** Disponível em:

<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 10 de ago. 23.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e seu Desenvolvimento**

**Históricos:** Reflexões sobre a Trajetória da Cidadania a partir do Século XVIII.

Revista Direito em Debate, v. 4, n. 6, 1995. Disponível em:

<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/879>.

Acesso em: 03 out. 23.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**/Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7a reimpressão. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod\\_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf). Acesso em: 08 ago. 23.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A judicialização do direito à saúde:** a tensão entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Ramon Fagundes Botelho. Curitiba: Juruá, 2011.

KASSOUF, Ana Lúcia. **O que conhecemos sobre trabalho infantil?** Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/neco/a/vNWZvdPj8mGNRNF48zxWXPJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 ago. 23.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional / Pedro Lenza.** – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado®). Disponível em:

<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/34579/5668-Direito-Constitucional-Esquematizado-Pedro-Lenza-2021.pdf>. Acesso em: 08 ago. 23.

OLIVEIRA, Fátima. **Saúde da População Negra.** Disponível em:

<https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0081.pdf>. Acesso em: 08 ago. 23.

PAMPLONA, Leandro; ROCHA, Mariângela Guerreiro Milhoranza. **Meio ambiente enquanto direito fundamental de terceira dimensão e a legitimidade processual das futuras gerações no direito ambiental.** Disponível em:

[http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2022/07/fdcl\\_pixels\\_ano4\\_vol1\\_2022-1\\_artigo07.pdf](http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2022/07/fdcl_pixels_ano4_vol1_2022-1_artigo07.pdf). Acesso em: 08 ago. 23.

ROCHA, Daiana. et al. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, de Olympe de Gouges.** Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/218052/001121295.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 ago. 23.

RODRIGUES, Paulo Jorge. et al. **O trabalho feminino durante a revolução industrial.** Disponível em:

[https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-feminino\\_paulo-jorge-rodrigues.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-feminino_paulo-jorge-rodrigues.pdf). Acesso em: 08 ago. 23.



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

## A EVOLUÇÃO PÓS-POSITIVISTA E OS MEIOS COMPLEMENTARES DE TRATAMENTO ADEQUADO AOS CONFLITOS

Camila Cabral<sup>57</sup>

Janete Rosa Martins<sup>58</sup>

**Resumo:** O movimento do pós-positivismo fez com que, diante da força atribuída ao direito e à moral, houvesse uma crescente constitucionalização do direito e, com isso, direitos fundamentais fossem garantidos a todos os cidadãos, como a concepção ampliada de acesso à justiça. Diante da complexidade e da evolução social, avanços se fazem necessários e mudanças ocorrem diariamente. A judicialização em massa já não atende aos anseios da população, atrasando o processo democrático. Nesse sentido, cada vez mais urgente se faz a adoção de meios complementares a resolução de conflitos, como forma de promover uma justiça efetiva.

**Palavras-chave:** Pós positivismo. Judiciário. Conflito. Métodos autocompositivos.

### INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a evolução ocorrida no Brasil com o Neoconstitucionalismo e movimentos Pós-positivistas, a fim de verificar de que modo a crescente judicialização e a proteção dos cidadãos a Direitos Fundamentais, como o Acesso à Justiça, por exemplo, acabaram por influenciar uma hiperjudicialização, criando com isso um paradoxo de não atendimento à Direitos Fundamentais, tendo em vista a crise no sistema judiciário.

Nesse sentido, inicialmente faz-se uma análise sobre as alternativas existentes hoje para solucionar esse cenário.

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, o tratamento adequado de conflitos incentiva a promoção da justiça e da paz social. No entanto, a abordagem tradicional do positivismo jurídico, que baseava-se na aplicação estrita das normas legais e tinha como base de justiça a coerção, revelou-se insuficiente a fim de lidar de maneira

---

<sup>57</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação *Strictu sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo, linha de pesquisa: Políticas de cidadania e Resolução de conflitos. Pós-graduada (especialização) em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera (2013). Pós-graduada (especialização) em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade do Ministério Público – FMP (2020). Mediadora Judicial Cível pela Ajuris. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, campus de Santa Rosa/RS (2012). E-mail: cabraladv40@gmail.com

<sup>58</sup> Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - (2017), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC - (2001), Especialização em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI - (2007) e graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI - (1995). Professora da Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e da graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Pertence ao Grupo de Pesquisa do Cnpq \_ Conflito, Cidadania e Direitos Humanos- Coordenadora da Pós-graduação (lato sensu).

efetiva com a complexidade e a diversidade dos conflitos presentes em nossas sociedades, trazendo, com o advento do neoconstitucionalismo, um enfoque pós-positivista, e o nascimento de um novo movimento.

Este novo olhar, pautado na dignidade da pessoa humana e no princípio fundamental de acesso à Justiça aponta para os benefícios do tratamento adequado de conflitos pelos meios complementares.

Tais meios vem se firmando através de Políticas Públicas adequadas, que mais do que acesso ao Judiciário, precisam contemplar o efetivo acesso à uma justiça eficaz.

Por certo que há um extenso caminho a percorrer, porém partindo dessa realidade o presente texto tem como tema debater o acesso à justiça como direito fundamental e como uma mudança cultural, focada na autocomposição, poderá garanti-lo.

Assim, com o intuito de trazer à tona a realidade vivenciada no sistema judiciário brasileiro, de forma objetiva e fundamentada, utilizou-se como método hipotético-dedutivo e procedimento monográfico.

## **A EVOLUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO**

O positivismo jurídico por muito tempo foi a referência máxima e única acerca de um modelo de regras válido no sistema jurídico, onde a lei era a única fonte capaz de solucionar conflitos e demais situações. Tal fonte, nesse sentido, deveria ser aplicada sem se considerar valores morais.

No campo doutrinário do positivismo jurídico o direito é entendido como um conjunto de normas coercitivas. Ao desenvolver as teses jus positivistas houve uma identificação entre lei e força que ficou mais evidente nas versões do positivismo jurídico do século passado e do nosso. (PÉREZ LUÑO, 2013, p.159) tradução nossa.

Nesse sentido, desde o século XVIII, o Direito e a Moral foram separadas da filosofia, fazendo-se uma análise jurídica que fosse pura, separando-as de questões subjetivas.

Em contraponto ao positivismo, Ronald Dworkin defendeu que tal positivismo pautado unicamente nas regras era insuficiente para resolver de forma mais eficiente a grande maioria dos casos complexos. Neste sentido, defendeu que normas e princípios compõem o sistema jurídico, servindo de subsídio para a interpretação de cada caso. (MINELLI; GOMES; 2019, p. 154).

Com isso, diante da crise que o positivismo sofria, novas ideias ganharam forma e aproximaram Direito e Moral emergindo o pensamento pós-positivista. (MINELLI; GOMES; p. 156).

A partir disso, consagrou-se a importância dos princípios e valores para interpretação da lei, bem como a importância do homem e a sua função como norte axiológico para o ordenamento jurídico, demandando proteção da dignidade humana e direitos fundamentais. (MINELLI; GOMES; p. 156)

Para Ronald Dworkin o Direito não é a Lei, é uma interpretação fruto de uma atividade intelectual dos operadores do direito, ou seja, é uma atitude interpretativa,

cujo resultado é a realização da justiça. Com isso o Direito deve evoluir para uma decisão mais justa, conforme a sociedade espera, como uma espécie de validação social. (DWORKIN, 2002, p. 56-57).

O pós positivismo é uma matriz filosófica que embasa ideias constitucionais nascidas com o Neoconstitucionalismo. Ele é um marco filosófico diante das transformações que ocorreram no Estado e no Direito Constitucional e possui seu centro nos Direitos Fundamentais. (BARROSO, 2005, p.214).

No Brasil, o neoconstitucionalismo decorre do processo de redemocratização, que foi trazida pela Constituição Federal de 1988, trazendo direitos fundamentais de diversas dimensões (individuais, políticos, sociais e difusos). Tal transformação decorre da necessidade de uma aplicação mais justa do Direito, trazendo o homem como protagonista do ordenamento jurídico. (MINELLI; GOMES; p. 157).

Com isso abriram-se as portas para o debate moral, trazendo força normativa para princípios como a Igualdade, Estado Democrático de Direito, Solidariedade e a Dignidade da pessoa humana, que transformou-se em um valor ético fundamental de observância obrigatória. (MINELLI; GOMES; p. 158).

O papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico. (PEREIRA, 2022, p. 83).

Uma perspectiva jusfilosófica inovadora surge, com o propósito de trazer novos valores ao intérprete jurídico, visando aprimorar o funcionamento do sistema. O foco se voltava aos Direitos Fundamentais e em trazer proximidade entre a ética e o direito.

## **DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O Direito contemporâneo gira em torno da pessoa humana e real e das situações jurídicas, ou seja, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto. Com isso, o sistema de regras tornou-se insuficiente, diante da revolução hermenêutica, a partir do status que a pessoa humana alcançou, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. (PEREIRA, 2022, p.82).

Um dos aspectos importantes desse movimento histórico no Brasil foi o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi atribuída qualidade inerente ao ser humano, devendo a ele ser assegurado direitos fundamentais, mínimo existencial, como educação básica, saúde, assistência social e acesso à justiça. (MINELLI; GOMES; p. 158).

A dignidade da pessoa humana direciona todo o sistema jurídico, podendo ser considerado um macro princípio.

Ronald DWORKIN sustenta que “a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva, e ambas encontram-se conectadas”. Segundo ele, a voz passiva equivaleria a uma ideia mais limitada: que as pessoas têm direito a não sofrer uma indignidade. Já a voz ativa da dignidade é mais imperativa: exige que a comunidade disponha de quaisquer recursos necessários para assegurar esses direitos. (DWORKIN, 1994, p. 307).

A salvaguarda da dignidade da pessoa humana pressupõe, igualmente, a participação ativa do indivíduo no desenvolvimento do Estado de Direito, do qual esse princípio é alicerce fundamental.

Essa participação é essencial para o exercício da sua cidadania, uma vez que o ser humano, dotado de dignidade, perpassa a posição de mero destinatário de direitos estabelecidos por lei, e se torna um elemento indispensável para a ordem jurídica em que está inserido. Como um ser dotado de liberdade e consciência, ele atua como agente que molda e influencia o ambiente em que vive, assumindo uma posição social e responsável.

Ingo Wolfgang Sarlet, nesse sentido, estabelece o conceito de Dignidade da pessoa humana (2001, p. 60):

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais os torna princípios superiores do ordenamento jurídico, o que dá um contorno de juridicidade a tais normas. Assim, visto sob o prisma objetivo, os direitos fundamentais passam a ser valorados não somente sob a perspectiva individual, mas também sob o prisma coletivo, uma vez que dispõem sobre finalidades a serem concretizadas na vida em sociedade. (SARLET, 2005).

A doutrina reconhece duas eficácias aos direitos fundamentais, quais sejam, horizontal e vertical. A primeira, horizontal, é a proteção e aplicação dos direitos fundamentais diante das relações entre particulares, no convívio em sociedade. A segunda eficácia, vertical, diz respeito à relação que envolve o Estado e os particulares. Essa segunda, impõe ao Estado uma dupla obrigação: de não interferir na esfera da autonomia privada das pessoas, bem como de garantir aos tutelados a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é do Estado o dever de implementar a proteção da dignidade da pessoa humana mediante condutas negativas e positivas. Como conduta positiva,

temos como exemplo, a garantia do direito fundamental do acesso à justiça. (SARLET, 2011).

## DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O direito de acesso à justiça, quando efetivamente garantido e concretizado, oportuniza o alcance da dignidade da pessoa humana, uma vez que possibilita instrumentos para a efetivação de direitos subjetivos, notadamente aqueles definidos como fundamentais para um mínimo existencial.

A noção de acesso à justiça tem suas origens nos séculos XVIII e XIX, em que os indivíduos possuíam o direito formal de propor ou se defender em juízo, obtendo assim acesso à proteção judicial. Embora isso fosse percebido como um direito natural, o Estado não era obrigado a garantir sua provisão e, portanto, permaneceu passivo em sua abordagem à sociedade. O Estado não priorizava a prevenção de obstáculos que poderiam impedir a plena utilização da justiça e de suas instituições por um indivíduo. Como consequência, a justiça só era acessível para aqueles que podiam arcar com suas despesas, deixando o resto como único responsável por seu próprio destino. Portanto, “o acesso formal, mas não efetivo, à justiça era equivalente à igualdade, apenas formal, mas não efetivo.” (GIMENEZ, 2016, p.200).

Os movimentos de acesso à justiça iniciaram-se em 1965, passando por três ondas/movimentos: a) acesso ao Poder Judiciário; b) acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva; e c) acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio da participação adequada do Estado. É neste terceiro movimento que o acesso à justiça começa a ser percebido com o desenvolvimento de novas modalidades de soluções de conflitos, abandonando fórmulas exclusivamente positivadas. (GIMENEZ, p.201).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo oitavo<sup>59</sup>, quando trata das garantias judiciais, determina:

---

<sup>59</sup> 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. (BRASIL, 1992).

O texto constitucional conectou o acesso à justiça com a necessidade de intervenção do Estado-juiz, a fim de garantir a aplicação judicial do direito, consoante a redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

Tal condição assegura a todos os cidadãos, a intervenção do Estado-juiz, caso venha bater às portas do Poder Judiciário, independentemente da legitimidade do seu pedido.

Se considerarmos a história como um todo, é verdade que o Estado moderno tem sido até agora a instituição política mais eficaz para limitar a violência e seus efeitos (FREUND; In: LUÑO, 2013, p. 200), por meio da coerção e da coercibilidade.

O Estado é o elo que liga e organiza a vida em sociedade, ele é princípio fundamental de integração. Ainda que a globalização venha causando profundas mudanças culturais, se faz urgente assegurar direitos e igualdades previstas em nossa Constituição de modo que direitos fundamentais não sejam afetados por atitudes cada vez mais desiguais. A globalização causa também novos riscos e demanda novas técnicas, que devem ser acompanhadas pelo Direito por meio da adoção de novas práticas. (GIMENEZ, 2016, p.196-197).

Diante das inúmeras transformações sociais se torna cada vez mais necessário garantir o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa e tempestiva (WATANABE, 2011, p. 385), e que proporcione uma tutela que promova a realização de um direito material, voltado à pacificação social. (DINAMARCO, 1996, p.20).

Se por um lado as mudanças trazidas pelo neoconstitucionalismo e a Constituição Federal de 1988, com a efetivação de Direitos Fundamentais, tais como o Acesso à Justiça, possibilitou a todos os cidadãos valerem-se do livre acesso ao Poder Judiciário com mais facilidade, também acabou por ocasionar uma “demandismo” acentuado.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha buscado a ampliação do acesso à justiça, referida iniciativa esteve desacompanhada do adequado aumento nas estruturas dos órgãos prestadores de jurisdição. (TARTUCE, 2021, p. 167).

Essa mudança histórica e social ocorrida veio acompanhada de incompletude

---

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

e insuficiência, posto que ainda se encontra em formação. A partir da modernidade, o Estado, como detentor do monopólio da jurisdição “[...] foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimentos decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada.” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2012, P.77).

Esse grande volume de demandas “obrigatoriamente” judicializadas, culmina em crise no sistema judicial, no modo de distribuição e administração da justiça. Em face da deficiência operacional, no que tange a recursos humanos e materiais, somado ao grande volume de causas em trâmite, o Poder Judiciário encontra diversos percalços na efetiva proteção do acesso à justiça.

O crescente descrédito no Poder Judiciário como um instrumento de pacificação social é fruto de muitas variáveis, entre as principais pode-se destacar a falta de celeridade, com a demora na prestação jurisdicional, soma-se a isso o alto custo processual e a falta de estrutura, em razão do número insuficiente de serventuários e juízes, o que acarreta um atraso na prestação e andamento processual.

A sociedade está cada vez mais órfã de autonomia. A prática reiterada de busca pela via judicial para a solução de controvérsias, é um sintoma da supervalorização do Poder Judiciário como única opção e instituição legitimada para o manejo de conflitos. Provém daí os elevados números de descontentamento e descrédito do Poder Judiciário pelos cidadãos, os quais na mesma medida que desacreditam, também o retroalimentam, causando o crescimento de demandas judiciais em um círculo vicioso sem fim. (PELEGRINI, 2018, p.24).

A crise pelo qual passa o estado jurisdicional que Spengler (2010) classifica como uma crise da eficiência e crise de identidade, nas suas palavras:

Enquanto crise de identidade, pode-se vislumbrá-la por um certo embaraçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a lidar com a complexidade conflitiva atual, mais adequados em termos de tempo e espaço. [...] Ligada à crise de identidade encontra-se à crise de eficiência, uma vez que, impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa com a qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se então, o flagrante descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais, em termos qualitativos e quantitativos. (SPENGLER, 2010, P.109-110).

A incerteza jurídica leva a uma enorme descrença na prestação jurisdicional. Sentença sem eficácia é jurisdição sem vida. A ineficácia da decisão jurisdicional fraudava o direito afirmando e, principalmente, frustra o próprio direito à jurisdição constitucionalmente assegurado. (ROCHA, 1993, p.41).

O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – intersubjetivos ou plurissubjetivos, constituem um mal em si mesmos, nisso

que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas. (MANCUSO, 2009).

Ao lado do Acesso à Justiça, pode-se ainda destacar a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inclui o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal, que elenca direitos fundamentais do cidadão, com o seguinte texto “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988). Em suma, além de um direito constitucional, a efetividade na prestação jurisdicional é um direito subjetivo do cidadão na busca pelo acesso à justiça.

O grande desafio é satisfazer a essa demanda crescente, e observar simultaneamente, a garantia de acesso à Justiça, a duração razoável do processo, a qualidade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica.

Coloca-se em risco a própria base constitucional da estrutura social quando não há a resolução do conflito em tempo razoável. É preciso compreender que o direito ao acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, mas sim de uma resposta jurídica justa, direito fundamental, permitindo a todo cidadão a satisfação de seus interesses e necessidades de maneira adequada, eficiente e tempestiva. (GIMENEZ, 2016, p.202).

## **DESJUDICIALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DA BUSCA POR NOVOS MEIOS DE TRATAMENTO ADEQUADO AOS CONFLITOS**

Tratar um conflito de forma destrutiva gera efeitos deletérios, como sua expansão e o aumento de técnicas de ameaça e coerção, afastando a comunicação e alongando os impasses. Além disso, quando as partes se engajam em um processo competitivo, acabam sendo acometidas por problemas como diálogo empobrecido, visão de que a solução do conflito só pode ser imposta pelo outro de forma fraudulenta e aumento da sensibilidade quanto às diferenças. (DEUTSCH; In: AZEVEDO, 2014, p. 29).

O impacto da decisão judicial na vida das pessoas não pode ser subestimado. Processos judiciais muitas vezes prejudicam (quando não arruinam) relações pessoais. Há casos em que os sujeitos (ou empresas) provavelmente nunca mais se encontrarão (um atropelamento, a compra e venda de um carro etc.). Mas, em outros casos, as pessoas seguirão interagindo após a finalização do processo. Isso vale em especial para as relações de família, entre sócios e outras pessoas que precisam manter alguma espécie de convívio de comunicação. (USTÁRROZ; 2020, p. 28).

Nesse sentido, o surgimento de uma política de desjudicialização é importante

para que estimule e implemente práticas pautadas no desenvolvimento de uma sociedade mais harmônica, fraterna e cooperativa, a partir da adoção de métodos complementares de tratamento de conflitos. (GIMENEZ, p.203).

A minha ideia é que um sistema judiciário chamado para decidir sobre tudo, com poderes muitas vezes discricionários e, nos fatos, pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente o álibi e cobre a forte diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz ser e fazer e aquilo que, na realidade, é e faz. (RESTA, 2020 p. 66)

O movimento de desjudicialização no Brasil possui relevância para a efetividade da Dignidade da Pessoa Humana e demais Direitos Fundamentais.

As primeiras referências a esse movimento encontradas no Brasil foram inspiradas na segunda metade do século XX, pelo movimento internacional gerado pelas ondas renovatórias do acesso à justiça (relatório Florença), quando passou a haver um grande incremento de normas no sentido de promover a desobstrução do sistema judicial. Políticas públicas nesse sentido passaram a ser promovidas, tendo por enfoque o estímulo aos chamados “meios alternativos de resolução de conflitos” (MARCAs), em alusão ao seu correspondente inglês “Alternative Dispute Resolution” (ADR). Nesse sentido, destaca-se a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125/2010. (MINELLI; GOMES; p. 162).

Muito além de somente um meio de acesso à justiça, a autocomposição é política pública que ganhou destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário, do CNJ e do legislador brasileiro, uma vez que vem comprovando sua eficiência no tratamento de conflitos. (SPENGLER, 2019, p.07).

Com isso, houve a promoção do primeiro passo rumo a um novo enfoque dado aos conflitos por meio de uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento daqueles meios, ao qual se seguiram o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a Lei nº 13.140/2015 (Lei de mediação) e o Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça. (MINELLI; GOMES; p. 162).

O tratamento dos conflitos de interesse por autocomposição é atividade relativamente nova no Judiciário e só recentemente foi transformada em uma política pública judiciária.

Essa forma de tratamento dos conflitos oferece uma alternativa aos tradicionais métodos adversariais, em que as partes em disputa são vistas como adversárias e o resultado é determinado por um terceiro imparcial. A exemplo da mediação, as partes são incentivadas a dialogar, identificar seus interesses subjacentes e buscar soluções que atendam a esses interesses de forma mutuamente satisfatória.

Essa abordagem mais colaborativa e participativa na resolução de conflitos permite que as partes envolvidas tenham um papel ativo na busca de uma solução, promovendo a autonomia e a responsabilidade sobre o resultado final.

O incentivo e a disseminação de novos meios de tratamento de conflitos sob a perspectiva do pós-positivismo, reconhecendo-as como formas democráticas de

exercício da cidadania, se faz cada vez mais necessário.

Tais métodos, garantem às partes envolvidas liberdade de discutir suas razões em um ambiente igualitário, buscando um consenso que seja mais adequado a elas e resulte em uma maior aceitação do resultado. Essa abordagem promove um acesso mais efetivo à justiça e valoriza a autonomia privada, contribuindo para a proteção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Trata-se, primordialmente, de uma mudança cultural no operador do direito. Ainda que muitos avanços já vinham ocorrendo nesse sentido, sobretudo na seara universitária, é necessário muito mais que a simples implementação de cadeiras que ensinem sobre mediação e conciliação nas grades curriculares.

É necessária a estimulação do senso comum teórico em salas de aula, de forma a promover o desenvolvimento da sensibilidade do jurista, que implica em um incremento da percepção e dos sentimentos, em especial a alteridade: o sentimento de colocar-se na posição do outro.

É preciso, então, que haja uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, de forma a não apenas resolver rapidamente o conflito, mas também a envolver as partes ativamente na solução de suas controvérsias, dando-lhes oportunidades de colocarem fim de forma responsável às suas diferenças, de maneira mais participativa e democrática do que ocorreria através de decisão adjudicada, após uma longa tramitação processual. Nessas circunstâncias, os denominados meios alternativos de resolução de conflitos apresentam especial importância na democratização do acesso à justiça, tendo em vista que permitem a efetiva participação do cidadão. (ZANFERDINI, 2013).

O ensino do Direito tem agregada em sua prática a crença da pedagogia do litígio para a solução da grande parte das situações, sem que os acadêmicos entendam de fato a raiz do funcionamento dos conflitos. (ROSA, 2023, p.899). A promoção do desapego da cultura de litigância, bem como no incremento de políticas públicas visando à disseminação da resolução consensual, é urgente.

É notório que, tradicionalmente, não incentivamos uma educação para paz e para o cuidado com os sentimentos nos currículos dos cursos de Direito. Nossa tendência é seccionar o conhecimento: se chorar muito, queremos de plano o encaminhamento para o atendimento psicoterapêutico. Se demandar atendimento das necessidades básicas ou uma situação de vulnerabilidade, o encaminhamento para o serviço social deve ser imediato. Contudo é chegada a hora de que o trabalho com outras áreas não seja tratado como espaço compartimentado do conhecimento, tal como se tratássemos o conhecimento em “caixas” isoladas. O que se busca na contemporaneidade é o deslocamento do trabalho multidisciplinar para um trabalho que se quer interdisciplinar, reconhecendo, nas diversas áreas do conhecimento, seus espaços de entremeio, nos quais se confluem noções e teorias afins e de utilização comum. (ROSA; 2023, p. 923).

Faz parte da busca por uma sociedade democrática o estímulo dos cidadãos pela busca da solução de seus conflitos de formas autônomas e não conflitivas, reservando ao Poder Judiciário um papel subsidiário, reservado para coibir eventuais excessos ou incapacidade das pessoas em resolverem por si os seus problemas. (USTÁRROZ, 2020, p.29).

Trata-se de uma aposta em um Direito Fraternal, em um direito não violento, e o afastamento do exercício da violência legítima pelo Estado, em que o inimigo tem que ser afastado de forma coercitiva. Não há mais espaço somente para um Estado preso em conceitos e categorias tradicionais, construídos em torno da soberania, como se não existisse outra forma de política. (RESTA, 2020, p. 11).

Por certo que o Papel Judiciário segue exercendo papel essencial no equilíbrio social, afinal nem todos conflitos podem (e devem) ser geridos de outras formas, extrajudicialmente.

Promover a busca de soluções consensuais não significa excluir tais situações da apreciação do Judiciário, se autocompositivamente não puderem ser resolvidas, afinal até mesmo os conflitos já judicializados podem ser objeto de composição judicial, conforme preconiza o artigo 334, do Código de Processo Civil, ou também extrajudicialmente.

A substituição do paradigma bélico pelo da fraternidade e da cooperação começa nas universidades, com o ensino de critérios que ajudem na tomada de decisão, na explanação e na implementação dessa cultura para os usuários do sistema de justiça.

Segundo Eligio Resta, 2020, “não se litiga, certamente, por natureza, embora conhecidas teorias gostariam que acreditássemos, mas se litiga por cultura”.

A exemplificar, a priori, existem situações que devem ser analisadas previamente a fim de se verificar a prioridade na aplicação de tais meios, de acordo com: a vontade de preservar as relações; a necessidade de sigilo quanto aos dados/informações; o interesse e colaboração de ambos os sujeitos; as condições dos interessados de alcançar por si só a solução; as vantagens de utilizar critérios alheios ao direito para pavimentar a solução; o nível de coerção exigido para garantir cumprimento; obrigação de participação, etc. (USTÁRROZ; 2020, p. 28).

Um bom modelo de convivência jurídica deve deixar um espaço à “soberania” de cada um sobre si mesmo: não a soberania centralizadora de um Estado, de uma maioria, de um poder de governo, mas aquela de cada um sobre sua própria vida, sabendo que, talvez ali, o espaço compartilhado da solidariedade seja mais próximo. (RESTA, 2020, p. 118).

É inegável que a desjudicialização e resolução de conflitos por meios alternativos produz um senso de liberdade e efetividade aos envolvidos no conflito, uma vez que lhes possibilita a discussão sobre suas razões em posições igualitárias, resultando em uma melhor aceitação do resultado obtido. Por certo que, em casos específicos, não é o melhor caminho, por isso uma análise cuidadosa, com foco nos envolvidos e no bem jurídico tutelado, é essencial.

É necessário reinterpretar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, sob o conceito atual de acesso à justiça, ampliando-o além do acesso ao Judiciário e considerando também as opções de solução de conflitos no âmbito privado. Nessas

esferas, é fundamental garantir a independência e imparcialidade de um terceiro que conduza a resolução das disputas.

Se trata de uma forma subsidiária. A via judicial deve permanecer sempre disponível, porém, isso não implica que seja a primeira ou única alternativa. Trata-se da terceira onda renovatória de acesso à Justiça.

O acesso à justiça não está vinculado necessariamente à função judicial e, muito menos, ao monopólio estatal da justiça. A terceira onda renovatória do processo civil tratou da ampliação do acesso à justiça, prestigiando métodos auto e heterocompositivos. Todavia, o Brasil ainda não alcançou essa terceira fase do processo civil, tendo em vista que prestigia somente o meio judicial de solução de conflito, confinando o acesso à justiça às portas dos tribunais, que abarrotados de processos, não garantem uma prestação jurisdicional eficiente." (SANTANNA, 2014, p. 131).

Esse agir promove uma via de acesso muito mais capaz de assegurar a efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana mediante a ampliação do acesso à justiça e demais direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo desafia a visão estritamente legalista do direito, reconhecendo a importância de outros fatores, como os valores e as necessidades das partes envolvidas em um conflito. Essa abordagem permite que sejam consideradas soluções mais flexíveis e adaptadas às circunstâncias específicas de cada caso, indo além da aplicação mecânica da lei.

A concepção aplicada à justiça, promovendo uma abordagem mais flexível, participativa e contextualizada, com base nos avanços sociais e na dignidade da pessoa humana, reconhece a importância de considerar não apenas a lei, mas também os interesses e necessidades das partes envolvidas, buscando soluções que promovam a harmonia social e a resolução pacífica de conflitos.

O acesso à justiça deve ser ampliado à visão puramente formal dos tribunais, com a construção de uma política pública que, mais do que a implementação de meios diversos de solução, desjudicialização e mudanças legislativas, promova de fato um acesso à justiça efetivo, estimulando a resolução de conflitos pautados na autonomia das partes.

A disseminação da cultura da pacificação, que se inicia nos ensinamentos das universidades na formação de operadores do direito e se estende em uma atuação mais dinâmica e humana desses profissionais, de maneira geral, sinalizam um convite à ressignificação da atividade jurídica e como formas democráticas de exercício da cidadania.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 28 Jul. 2023.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativa à jurisdição. 3 ed. rev e atual. com o Projeto de Lei do Novo CPC Brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica.** Decreto nº 678, de 6/11/1992. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 30/07/2023.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma de [Org]. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros. Editores, 1996.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.** Barcelona: Ariel, 1994, p. 307

FREUND, Julien Sociologia del Conflicto. In: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Teoria Del Derecho:** una concepción de la experiencia jurídica. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Diálogo e entendimento:** direito e multiculturalismo e políticas de cidadania e resolução de conflito: tomo 7 / organizadores: Charlise Paula Colet Gimenez e José Francisco Dias da Costa Lyra. Campinas, SP : Millennium Editora, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

MINELLI, D. S.; GOMES, S. A. **Desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo.** Revista do Direito

Público, [S. l.], v. 14, n. 2, p. 151–167, 2019. DOI: 10.5433/1980-511X.2019v14n2p151. Disponível em:  
<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/36711>. Acesso em: 1 ago. 2023.

PELLEGRINI, Carolina Portella. **Mediação**: usos e práticas dos advogados em conflitos familiares judicializados. Curitiba: CRV, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Teoria Del Derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. 2.ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito constitucional à jurisdição**. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (coord). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2023.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Proposta de releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição**: introdução de métodos autocompositivos e fim do monopólio judicial de solução de conflitos. Dissertação. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça. Belém, v. 5, n. 2, p. 01-16, 2019. Disponível em:  
<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-026X/2019.v5i2.5772>. Acesso em: 01 Ago. 2023.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método, 2021.

USTARRÓZ, Daniel. **Negociar ou litigar?** (algumas razões para encerrar processos por meio de negociação). Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 21, n. 127, p. 27-31, set./out. 2020. Acesso em 28 Jul. 2023.

ZANFREDINI, Flávia de Almeida Montingelli. (2012). **Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e a Democratização da Justiça**. Revista Eletrônica Da Faculdade De Direito De Franca, 5(1). <https://doi.org/10.21207/1983.4225.158>. Disponível em <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>. Revista Eletrônica. Acesso em 22 de jul. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. São Paulo: Revista de Processo, 2011.

## O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE COMUNICAÇÃO DAS FONTES EMERGENTES NA SOCIEDADE MUNDIAL <sup>60</sup>

*Fernanda Barboza Bonfada* <sup>61</sup>

*Leonel Severo Rocha* <sup>62</sup>

**Resumo:** O presente texto, ao abordar o tema transconstitucionalismo, destaca suas três dimensões essenciais. Inicialmente, ao analisar a interseção do transconstitucionalismo com o direito internacional, propõe um diálogo entre tribunais constitucionais de distintas nações, visando superar barreiras nacionais na aplicação do direito e promover uma abordagem mais colaborativa e globalizada. Em seguida, sob a ótica sistêmica, enfatiza a necessidade de uma compreensão holística do direito, ultrapassando as limitações das jurisdições tradicionais e fomentando uma visão mais abrangente das questões jurídicas contemporâneas. Diante disso, explora os direitos humanos no contexto do transconstitucionalismo, reconhecendo desafios globais e defendendo a importância de uma abordagem transconstitucional para garantir a eficácia e a relevância desses direitos em âmbito internacional. Dessa forma, consolida uma visão interconectada e abrangente do sistema jurídico global, destacando seus aspectos colaborativos, holísticos e centrados nos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo; Teoria Sistêmica; Direito; Constituição; Direitos Humanos.

### INTRODUÇÃO

Na perspectiva do Transconstitucionalismo de Marcelo Neves, especialmente sob a influência da teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann, a abordagem

---

<sup>60</sup> Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa: Teoria do Direito e Multiculturalismo: Revisitando a Crítica Jurídica Waratiana e as Matrizes da Teoria Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo.

<sup>61</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Bolsista CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Membro do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq: Novos Direitos em Sociedades Complexas - Projeto de Pesquisa: Teoria do Direito e Multiculturalismo: Revisitando a Crítica Jurídica Waratiana e as Matrizes da Teoria Jurídica. *E-mail:* fernandabbonfada@gmail.com

<sup>62</sup> Doutor pela École des Hautes études en Sciences Sociales (Ehess), com estudos de pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce na Itália. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (mestrado e doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Nível 1D. Coordenador do Projeto de Pesquisa Revisitando a Crítica Jurídica Waratiana e as Matrizes da Teoria Jurídica. *E-mail:* leonel.rocha@icloud.com

das legislações de diferentes países ganha uma dimensão complexa e interconectada. Sob essa ótica, as normas de direitos fundamentais transcendem as fronteiras nacionais, estabelecendo uma vinculação transnacional. Neves destaca a interdependência dos sistemas jurídicos e a emergência de uma ordem jurídica transconstitucional que vai além das fronteiras estatais.

Nesse cenário, a interação entre as legislações de diversos países não se limita a uma mera progressão, mas assume um caráter sistêmico, onde as normas de direitos fundamentais se entrelaçam em uma rede complexa, contribuindo para a construção de uma esfera transnacional de proteção e promoção desses direitos. Essa perspectiva desafia as concepções tradicionais de soberania e destaca a necessidade de compreender as inter-relações entre os ordenamentos jurídicos no contexto globalizado.

A proposta do Transconstitucionalismo desenvolvida por Marcelo Neves revela-se como uma resposta à ineficiência das Constituições nacionais para lidar com problemas gerados pela globalização, uma vez que muitos problemas jurídicos não podem mais ser resolvidos apenas pela ordem estatal. Mecanismos de entrelaçamento/diálogo entre ordens jurídicas, para criar estruturas para resolver esses problemas.

Dentre estes problemas, impõe-se a análise dos direitos humanos como questões constitucionais que vão além do Estado, envolvem várias ordens jurídicas, e o transconstitucionalismo defende que esses problemas são relevantes simultaneamente para diferentes ordens jurídicas. Assim, precisa-se admitir essas colisões e enfrentá-las mediante a capacidade de aprendizado e diálogo entre as ordens jurídicas.

Com o intuito de lançar um olhar esclarecedor sobre o assunto, de forma objetiva e fundamentada, utiliza-se da metodologia sistêmico-construtivista, de abordagem monográfica e técnica bibliográfica.

## **APORTES TEÓRICOS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

No panorama contemporâneo, a interseção entre os sistemas jurídico e político representa um campo que influencia diretamente a organização e a funcionalidade da sociedade. No cerne dessa dinâmica encontra-se a Constituição, uma peça fundamental na proteção das diferenciações entre esses sistemas perante a influência estatal.

As normas produzidas pelo Estado-nação estão dispostas na Constituição Federal que tem por objetivo a proteção das diferenciações funcionais perante a dominação estatal. Ela pode ser compreendida também como o acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política. Quando estes dois sistemas estão acoplados, pode-se dizer que há entrelaçamentos entre eles, desenvolvendo o que Neves (2009, p. 62-63) chama de racionalidade transversal, a qual ele observa que a Constituição transversal pressupõe que os dois sistemas supramencionados estão vinculados de forma construtiva no plano reflexivo, implicando em observações recíprocas. O vínculo está nos mecanismos reflexivos estruturais, no qual

[...] por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculantes. Esta transversalidade reflexiva possibilita uma intensificação do aprendizado, mas pode, eventualmente, atuar parasitariamente para um ou ambos os sistemas. (NEVES, 2009, p.63).

A racionalidade específica do direito é a justiça que está intimamente ligada à adequação social. Contudo, não se há uma hegemonia nas pretensões dos grupos sociais não sendo possível dar respostas individuais a estes, mas sim, buscar a convivência não destrutiva, face aos procedimentos constitucionais já estabelecidos, os quais influenciam as expectativas do direito, inclusive para aqueles que já tiveram frustradas suas pretensões por decisões jurídicas. (NEVES, 2009).

Neste sentido,

[...] a adequação social constitucionalmente fundada no direito, isto é, a justiça constitucional externa mediante procedimentos, exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente. Em relação à política, isso implica um modelo constitucional que suporte o pluralismo em relação a partidos, a grupos de pressão, à opinião pública etc. (NEVES, 2009, p.65).

Têm-se aqui um dos paradoxos do Direito, em que a consistência jurídica diminui a adequação social e vice-versa, não sendo possível uma reorientação equivalente destes, apenas pode ser solucionado nos casos concretos, quando há a sobreposição de um deles. A diferenciação funcional do sistema do direito é justamente este paradoxo. A racionalidade do direito na Constituição Federal pode ser compreendida também através do princípio da igualdade quando se busca justiça e que todos sejam tratados da mesma maneira, tendo os mesmos direitos e obrigações.

No campo do sistema da política, a racionalidade específica está na democracia, aplicada na consistência jurídica (autorreferência) e na adequação à sociedade (heterorreferência). (NEVES, 2009).

Como visto no sistema jurídico, no sistema político também há um paradoxo, por não haver equilíbrio entre a autorreferência e a heterorreferência. Isto ocorre, pois

Essa questão relaciona-se com o fato de que a legitimidade como fórmula de contingência que serve à motivação da ação e comunicação no sistema político constitui um paradoxo não superável definitivamente, mas apenas controlado e solucionado em casos procedimentais concretos. (NEVES, 2009, p. 73).

Neves (2009) questiona como que ocorre o vínculo entre as racionalidades particulares do sistema do direito e política na Constituição transversal, e por conseguinte ele responde que, o princípio da igualdade está incorporado a

democracia, por meio das comunicações procedimentais estipuladas na Constituição como pontes de transição entre as racionalidades jurídicas e políticas.

A constituição estatal moderna surge como uma “ponte de transição” institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências de uma forma diversa de racionalidade. (NEVES, 2009, p. 76).

Contudo, uma Constituição transversal ainda é rara em nossa sociedade, visto que, para a concretização das pontes de transição entre o direito e a política deve haver um “contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social abrangente.” (NEVES, 2009, p.78). O que se observa, são bloqueios do sistema da política sobre o sistema do direito, no que tange a não observância da racionalidade jurídica por meio dos princípios da isonomia na tomada de decisões do Estado, assim como os procedimentos democráticos também encontram limitações, que novamente irão afetar a racionalidade jurídica.

Visto a estruturação do direito estatal, passa-se a observação de novas formas emergentes de ordens jurídicas em um plano extra estatal. São eles o direito internacional supranacional e transnacional. O direito internacional pode ser compreendido como mais uma dimensão do ordenamento normativo da sociedade mundial, que se dá a partir das relações entre os Estados-nação, e por se dar dessa forma pode ser visto como um sistema jurídico descentralizado.

O direito internacional surgiu a partir da necessidade de estabilizar expectativas normativas entre os Estados-nação, ao observar que cada um destes possui uma cultura e valores distintos que dão origem as suas normas, as quais em situações de interesse comercial e político podem vir a colidir, sendo assim percebe-se que nenhuma ordem jurídica desenvolve-se de forma isolada, pelo contrário, é a soma de vários estados e, por conseguinte várias formas de ordenamentos.

Contudo, observa-se que perante as várias formas de poder há uma dificuldade de concretização da normatividade emanada do direito internacional, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ainda, outro percalço, é no sentido de que não há uma repartição de poderes, como ocorre em âmbito estatal, há instituições que têm caráter legislativo e judiciário, e quando este não supre certos interesses, a força de dominação faz o desuso do direito internacional.

Portanto, seja no plano dos elementos materiais nucleares (direitos humanos) ou no nível organizacional (“divisão de poderes”) há limites graves ao desenvolvimento satisfatório de uma racionalidade transversal entre direito e política internacional, o que exige cautela na afirmação de uma Constituição como ordem autovinculante como primazia normativa. (NEVES, 2009, p. 93-94).

Enquanto o Estado apresenta uma esfera pública jurídico-normativo, com capacidade de influência sobre o Estado de Direito e seus procedimentos

democráticos, o direito internacional apresenta uma esfera pública político-normativo incapaz de realizar de forma generalizada os procedimentos políticos e jurídicos. Tal situação pode estar relacionada ao fato de que não há um povo constitucional em nível mundial, desta forma, não ocorrendo o fechamento operativo do sistema político. (NEVES, 2009).

Neves (2009, p. 152) desenvolve um conceito jurídico para o direito supranacional, sendo

[...] uma organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgão dos Estados-membros, poderemos afirmar que a União Europeia constitui a única experiência de supranacionalismo.

A União Europeia pode ser vista como uma unidade econômica e política desenvolvida por alguns países independentes na Europa, que têm por objetivo alavancar e estabilizarem-se economicamente por meio da livre circulação de bens, capitais, serviços, pessoas, decidindo sobre assuntos comuns buscando uma cooperação mútua entre seus entes. Ela é um sistema independente e de decisões intergovernamentais de acordos dos seus Estados-membros, padronizando normas aplicáveis a estes.

E, neste sentido,

[...] o surgimento e a realização de uma Constituição supranacional como instituição capaz de servir à racionalidade transversal entre política e direito no plano regional pressupõem que os sistemas político e jurídico diferenciados territorialmente nos respectivos Estados-membros estejam vinculados construtivamente mediante constituições transversais. (NEVES, 2009, p. 100).

E assim como as demais, uma constituição transversal supranacional precisa de um povo como um de seus pressupostos para a sua formação e determinação de seus procedimentos. O povo em comento não se trata de uma cultura homogênea, pelo contrário, se distinguem e possuem uma cultura heterogênea, mas há a discussão da criação de uma identidade europeia. Sendo assim,

Um povo constitucional supranacional é necessário na medida em que ele ingressa nos procedimentos políticos e, dessa maneira, pode levar ao fechamento do sistema político (cf. *supra* p. 59). Com isso, a generalização do apoio político e a racionalidade democrática são asseguradas. (NEVES, 2009, p. 102).

No contexto supranacional, mais especificadamente na União Europeia, percebe-se a formação de um povo heterogêneo determinante para os procedimentos políticos de decisão. No enlace entre governo, administração e povo há a formação

da racionalidade democrática supranacional apta a vincular-se com a racionalidade jurídica por meio de uma Constituição transversal entre política interna e direito interno europeu. (NEVES, 2009).

Desta forma, ainda não há de se falar em uma Constituição transversal supranacional, pois não houve a racionalidade transversal de forma equilibrada e construtiva das racionalidades do direito e da política.

Já as constituições civis transnacionais de uma sociedade mundial, não terão sua racionalidade transversal como pontes de transição entre política e direito. Cabe aferir que o direito global ou transnacional (transnacionalidade no sentido de que perpassam as fronteiras territoriais dos Estados) se dará a partir do sistema do direito acoplado estruturalmente com outro subsistema da sociedade mundial. Visto que, não há âmbitos estatais para poder se falar em política. Logo, verificado que não há de se falar em política nas constituições transnacional, conseqüentemente não há de se falar em democracia. Neste sentido, as constituições transnacionais são desenvolvidas por atores privados ou quase públicos, sem a presença de um Estado.

Aduz Neves (2009, p. 100) que,

Pode-se afirmar, portanto, que as Constituições civis servem à racionalidade transversal entre esferas sociais globais e ordens jurídicas mundiais enquanto, nos respectivos planos reflexivos, entrelaçam a autoprodução do direito com a do correspondente subsistema da sociedade.

Devido se falar da racionalidade jurídica acoplada com diversos subsistemas sociais, poderá haver colisão entre eles em um plano normativo, podendo existir o detrimento de autonomia de um dos subsistemas. Nos casos de colisão, não há uma norma hierarquicamente superior e apta a suprimir a demanda, os casos em específicos são julgados por Tribunais.

É por meio das Constituições Civis que se tem um esclarecimento das relações entre o direito e a sociedade global. Nesta senda,

Trata-se de uma contribuição decisiva para a compreensão do entrelaçamento transversal entre âmbitos de comunicação orientados primariamente conforme expectativas normativas e domínios de comunicação estruturados primariamente de acordo com expectativas cognitivas da sociedade mundial. (NEVES, 2009, p.111).

A exemplo dessas constituições civis transnacionais, estão os códigos de conduta das empresas transnacionais, assim como a *lex mercatória*. Conforme Teubner (2003), ainda há limitações para o desenvolvimento destes ordenamentos jurídicos, visto que não há uma autonomia do direito nestas relações, e este fica subordinado ao interesse do subsistema social ao qual está acoplado. Entretanto, para Neves (2009) uma Constituição transversal em plano transnacional é apenas uma pretensão, sem uma real efetividade.

Verificou-se aqui então, as mais diversas formas de emanação de direitos e o modo de como se materializam. Percebe-se que ambas possuem força normativa,

mas somente para um grupo específico de indivíduos, não abrangendo a todos. E, em todas as formas de direito aparece a figura do Estado, quando não há uma emergência de norma propriamente dele, de alguma forma possui vínculos, mesmo as constituições transnacionais que emergem de uma rede de empresas que quando estão sob um determinado território precisam fazer a observância de algumas normas daquele Estado. Dessa forma, para que se alcance o proposto pelo presente texto, é imprescindível o estudo do transconstitucionalismo sob a égide dos subsídios teóricos proporcionados pela Teoria Sistêmica.

## O TRANSCONSTITUCIONALISMO SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA

Como já visto, a proposta do transconstitucionalismo refere-se a uma abordagem que transcende as fronteiras constitucionais nacionais, buscando compreender e analisar as interações entre diferentes ordens jurídicas em um contexto globalizado.

Para o desenvolvimento de tal proposta, Marcelo Neves utiliza da linguagem e dos pressupostos teóricos da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, com uma abordagem na matriz epistemológica pragmática-sistêmica, fundamentada na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann, destaca-se a relevância significativa dessa teoria.

A matriz pragmático-sistêmica emerge como uma transformação epistemológica no âmbito da teoria jurídica. Seu ponto de partida reside nas análises elaboradas por Luhmann sobre a Teoria dos Sistemas Sociais. Inicialmente, Luhmann incorporou certos elementos da teoria de Parsons. (2010). No entanto, posteriormente, direcionou sua abordagem para uma perspectiva autopoiética, conforme proposto por Maturana e Varela (1996), enfatizando a sistematicidade do Direito enquanto estrutura organizacional fundamental da sociedade. (ROCHA, 2013).

Os conceitos fundamentais que compõem a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann, desempenham um papel proeminente ao elevar as questões jurídicas à esfera da globalização. Sob essa perspectiva, a análise sistêmica se torna necessária no contexto da sociedade global, revelando-se como o terreno no qual os principais desafios jurídicos contemporâneos se manifestam.

Nesta senda, Marcelo Neves (2009) aduz que, no século XVIII, observa-se o início do processo de separação entre política e direito. A crescente complexidade social exigia uma estrutura hierárquica diferenciada em relação à sociedade pré-moderna. Nesse contexto, a autonomia das esferas de comunicação começou a se manifestar por meio da concretização de sistemas funcionalmente diferenciados em uma sociedade multicêntrica ou policontextual.

A sociedade e as relações sociais vêm sofrendo fortes mudanças em suas estruturas, e muito deve-se à globalização. A globalização pode ser vista como o resultado da intensificação da sociedade mundial, a qual tem seu início no século XVI e se consolida na segunda metade do século XIX. A partir desse momento, especialmente no século XX, a sociedade passa a se (auto)observar e (auto)descrever como mundial e global, havendo também uma intensificação das relações sociais. (NEVES, 2009).

O Estado possuía uma esfera pública jurídico-normativa, exercendo influência sobre o Estado de Direito e seus procedimentos democráticos. No entanto, o avanço significativo da globalização promove transformações substanciais na sociedade, ultrapassando os limites territoriais dos Estados.

Do fenômeno da globalização resultou em um sistema social complexo, cada setorização da sociedade desenvolve normas independentes de outros setores ou sistemas sociais de acordo com seus interesses e objetivos. O resultado de elaborações normativas sem consenso para além de um subsistema social ou demais setores, ocasiona uma colisão entre essas normas.

Marcelo Neves (2009) intitula a sociedade moderna como sociedade mundial, e ainda refere “a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial.” (2009, p. 27). Presume-se a sociedade moderna como sociedade mundial, que nada mais é do que um sistema global. Tal sociedade é acompanhada de um fator fundamental de transformação, a globalização.

Para Marcelo Neves (2009, p. 23) ocorre um “amplo processo de diferenciação sistêmico- funcional” no que resulta em uma reconfiguração social denominada por Niklas Luhmann de policontextualidade.

Essa pluralidade de contextos é no sentido de que não há mais um ator principal na sociedade, todos os atores têm papéis importantes, distintos e ao mesmo tempo conexos e comunicativos de alguma forma. Destarte, para Neves não há mais um “centro do mundo”, pois cada sistema vai descrever a sociedade conforme a sua racionalidade. Nesta senda, para Celso Fernandes Campilongo,

A unidade do sistema global não reside em estruturas específicas. Não é o capitalismo, nem tampouco o direito internacional e muito menos a rede mundial de informática que selam a unidade do sistema mundial. A unidade encontra-se na forma de diferenciação funcional da comunicação. (2011, p.116).

Neves (2009) nos traz que uma sociedade moderna multicêntrica está fadada a autodestruição quando ela é formada por diversos sistemas comunicativos autônomos e conflitantes. Para que não ocorra a autodestruição, há a necessidade de desenvolvimento de mecanismos que proporcionem a conexão entre esses sistemas. “É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação.” (NEVES, 2009, p.35). Tais vínculos estruturais são os chamados acoplamentos estruturais<sup>63</sup>.

Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e investigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua

---

<sup>63</sup> Acoplamentos estruturais ocorrem “quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente [...] As formas de acoplamento estrutural são, portanto, *restritivas* e assim *facilitam* a influência do ambiente sobre o sistema.” (LUHMANN, 2016, p. 590). m outras palavras, apenas uma parte do sistema acopla sua estrutura a outra parte de outro sistema para que juntas gerem uma operação, é o caso do direito e da política, que acoplado temos as Constituições.

respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. (NEVES, 2009, p. 35).

Quando dois ou mais sistemas são acoplados, estes não transmitem entre si todos os seus elementos, complexidade e racionalidades transversais<sup>64</sup>. Quando os sistemas se entrelaçam, há de se falar em racionalidades transversais parciais, que estabelecerão pontes de transição entre os sistemas, para que estes operem de forma construtiva e duradoura. Logo, percebe-se que acoplamentos estruturais e racionalidade transversal são conceitos que estão intimamente ligados, ao passo que um depende e complementa o outro.

Contudo, acoplamentos estruturais e racionalidades transversais têm seus lados negativos. Nos acoplamentos estruturais pode ocorrer de o código de um sistema frustrar o código do outro sistema que está acoplado, perdendo assim a sua capacidade de autorreprodução - esse processo pode ser visto como corrupção sistêmica. O lado negativo da racionalidade transversal vai além da corrupção sistêmica, ela não reconhece o outro sistema, e não consegue reproduzir de forma consistente (autorreferência) devido a bloqueios externos danificando a função seletiva dos acoplamentos. (NEVES, 2009).

[...] a racionalidade transversal é um “produto escasso” do mundo social contemporâneo, mas isso não exclui que seja tanto uma exigência funcional como uma pretensão normativa característica da sociedade mundial hodierna. [...] assim como os acoplamentos estruturais, os entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais como “pontes de transição” variam imensamente em suas características, proporções e significados, conforme o tipo dos sistemas envolvidos. Mas a existência de um acoplamento estrutural, embora seja condição necessária, não é condição suficiente para que esteja presente a racionalidade transversal. Os acoplamentos estruturais servem antes para a garantia das autonomias recíprocas mediante a seletividade das influências, relacionando complexidades desordenadas na observação recíproca (interpenetração estável e concentrada). Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidade diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas). (NEVES, 2009, p. 49-50).

O autor identificou dois problemas: a aplicação dos Direitos Humanos e a limitação do poder. Mesmo os Estados desenvolvidos começaram a ter problemas de aplicabilidade das constituições<sup>65</sup> em face dos problemas causados pela globalização.

<sup>64</sup> Racionalidade transversal, proposta por Wolfgang Welsch, que concebe a sociedade moderna como multicêntrica partindo da heterogeneidade dos “jogos de linguagem”, o que implica na inexistência de um “discurso” supra-ordenado (metadiscorso) regulador dos demais discursos. Cada âmbito de comunicação, ao se conectar com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. (NEVES, 2009, p.41-42).

<sup>65</sup> O autor Marcelo Neves faz uma crítica direcionada ao emprego metafórico e arbitrário do termo “Constituição”, destacando o uso excessivo e inflacionário dessa palavra no final do século XX, aplicado

Não foi o surgimento de muitas constituições em muitos planos, mas os problemas constitucionais de direitos humanos e de limitação do poder deixaram de ser localizados territorialmente.

Nesta senda,

Para resolver esses problemas, a criação de uma ordem superior global não é suficiente. Devendo haver um diálogo entre os tribunais constitucionais de diferentes países e níveis é sustentado por Neves no âmbito do que denomina de transconstitucionalismo. A ideia basilar da teoria parte do pressuposto de que os atuais problemas em Direito Constitucional estão alçados ao patamar da sociedade mundial, ao mesmo tempo em que há matéria comum em termos de direitos humanos nas Constituições de diferentes países e em tratados internacionais. (ROCHA; COSTA, 2023, p. 59).

Os problemas, especialmente de direitos fundamentais e humanos, acabam ultrapassando as fronteiras territoriais e políticas dos Estados-nação, reaparecendo em várias esferas diferentes, de forma que a fragmentação dos problemas constitucionais em ordens não seria a melhor opção para enfrentá-los, de forma que um diálogo transconstitucional é a melhor medida proposta, sem a pretensão de criar uma unidade do sistema jurídico mundial. Diante disso, cabe ao presente texto que se aborde a questão dos Direitos Humanos em um contexto internacional de transconstitucionalismo.

## OS DIREITOS HUMANOS E O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Os direitos humanos, segundo a definição de Marcelo Neves (2009), representam expectativas normativas de inclusão jurídica de todas as pessoas na sociedade global, refletindo a busca por um acesso universal ao direito enquanto subsistema social. Esta concepção abrange uma perspectiva ampliada que transcende as fronteiras nacionais e confirma a universalidade dos direitos fundamentais.

Essa concepção revela desafios significativos nas perspectivas relacionadas ao entrelaçamento de diversas ordens jurídicas que tratam dos direitos humanos. Observa-se uma análise frequente dos conflitos jurisprudenciais que surgem a partir dessas novas configurações factuais. Com a universalização dos direitos, questões relacionadas aos direitos fundamentais alcançaram status internacional, entrando em conflito com sistemas globais. Os direitos humanos passaram a interagir não apenas com o comércio mundial, representado pela Organização Mundial do Comércio e Lex Mercatoria, mas também com as forças esportivas (Lex Sportiva e FIFA), além de

---

indiscriminadamente a diversas entidades, instituições e organizações. Esse emprego arbitrário é problemático, pois resulta em uma falta de precisão semântica e na perda da compreensão histórica do surgimento jurídico-político do termo. Vale ressaltar que a noção de "Constituição" teve origem durante as Revoluções Francesa e Americana, e ao referir-se a ela, é crucial compreendê-la nesse contexto específico, em vez de aplicá-la de maneira genérica em diferentes contextos. O autor expressa preocupação com a necessidade de manter o rigor do termo.

grandes empresas do mundo digital, como Google, Microsoft, Apple, entre outras. (NEVES, 2009).

Os problemas constitucionais relacionados aos direitos humanos atravessam diversas ordens jurídicas simultaneamente, operando de maneira entrelaçada na busca por soluções. Nesse contexto, o transconstitucionalismo emerge como o direito constitucional do futuro, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade para sua compreensão e aplicação efetiva. A complexidade das questões relacionadas aos direitos humanos exige uma abordagem que vá além das fronteiras nacionais e considere uma interação entre diferentes sistemas jurídicos.

Nos países periféricos, a conexão dos sistemas privados é distanciada do transconstitucionalismo, uma vez que esses Estados frágeis são impactados por uma corrupção sistêmica diante das autorregulações privadas externas para o benefício das Empresas Transnacionais, que enfrentam o "direito como meio" da economia (Habermas). A predominância da racionalidade instrumental no âmbito jurídico pode resultar em prejuízos para os cidadãos, bem como na apropriação indevida de bens materiais e imateriais. (NEVES, 2009). Veja-se que, esta apropriação pode ferir direitos humanos, seja pelo viés do direito ao meio ambiente sustentável, direitos à vida digna, direitos trabalhistas.

Luhmann faz um alerta sobre a ameaça que reside na possibilidade de uma exclusão generalizada, resultante do desmantelamento do Estado social. Isso pode dificultar o acesso das pessoas aos benefícios dos sistemas funcionais, onde a inclusão é equivalente ao acesso, enquanto a exclusão se traduz na falta de acesso. Além disso, é importante destacar que a exclusão também exerce um impacto adverso sobre a diferenciação funcional. (NEVES, 2009).

Neste contexto,

[...] indivíduos e comunidades afetadas de forma negativa pela globalização corporativa começaram a fazer o uso da linguagem dos direitos humanos para expressar queixas, resistências e desejos. O discurso dos direitos humanos – que afirma o valor e a dignidade inerentes a todas as pessoas, em todos os lugares – tornou-se um terreno comum com base no qual começaram a questionar e buscar um ressarcimento para os custos humanos da globalização corporativa. É claro que tais esforços sofrem com a falta do poder material que as multinacionais e os governos dispõem. (RUGGIE, 2014, p. 18).

Assim, uma questão transconstitucional envolve um problema que pode abranger uma variedade de tribunais, incluindo os estatais, internacionais, supranacionais e até mesmo arbitrais de natureza transnacional. Além disso, ela também pode requerer a participação de instituições jurídicas locais nativas na busca por sua resolução. (NEVES, 2009).

Marcelo Neves (2009) vai rechaçar a construção de um Estado mundial, que centraliza e coordena todos os ordenamentos, sendo mais lógico realizar uma observação mútua das constituições das mais diversas ordens. Essa observação vai implicar na criação de conflitos, devendo ser aplicada a alteridade observativa, que é o paradoxo da observação, do Luhmann, na qual, o observador é limitado em relação

a sua própria observação, mas outro observador pode observar o ponto cego desse observador, e é aqui a importância da alteridade observadora.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O autor Marcele Neves (2009) buscou vincular a noção de Constituição a uma diferenciação entre política e direito na sociedade e moderna, que é fundamental para a noção de Constituição no sentido de constitucionalismo moderno. Assim, tem essa diferenciação entre os sistemas política e direito ao mesmo tempo em que há uma ligação, uma conexão entre eles. Nas sociedades pré-modernas não havia essa diferenciação, o direito era mero instrumento da política. E é nisso que surge o sentido de Estado Democrático de Direito como um Estado Constitucional, pois ele implica condicionamento jurídico do direito pela democracia enquanto implica também uma limitação jurídica da política em face do estado de direito.

Dessa observação, deduz-se que as várias constituições que emergem nos contextos de diferentes Estados, indo além das fronteiras estatais, estabelecem entre si mecanismos de aprendizado mútuo. Em outras palavras, essa troca recíproca de racionalidade ocorre por meio da observância mútua. Isso representa uma nova abordagem de abordagem que o sistema jurídico, juntamente com o sistema político, estabeleceu na sociedade contemporânea.

Marcelo Neves se posiciona contra o estatismo constitucional, que acredita que os problemas das Constituições podem se resolver apenas pelos Estados, e contra o constitucionalismo global, que crê que podemos criar uma “Constituição global”.

O transconstitucionalismo, mais do que apenas uma relação de prestações recíprocas, também defende que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema jurídico funcional da sociedade.

Questões constitucionais transcendem os limites do Estado, abrangendo diversas ordens jurídicas, e o transconstitucionalismo argumenta que esses problemas são relevantes de forma simultânea para diferentes ordens jurídicas, como é o caso dos direitos humanos. Portanto, é imperativo considerar essas colisões e abordá-las por meio da capacidade de aprendizagem e diálogo entre as especificidades das ordens jurídicas.

Assim, o Transconstitucionalismo proposto por Marcelo Neves é um modelo que poderia conectar essas esferas fragmentadas da sociedade, evitando que se gere meros fragmentos sem sentido, estruturando o sistema jurídico numa reflexividade desse sistema a nível mundial, permitindo que o sistema jurídico responda aos anseios da sociedade mundial, cada dia mais complexos, e ofereça modelos de resolução às controvérsias dos sistemas sociais.

## REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo Intersistêmico: Sistemas Sociais e Constituição em Rede**. Blumenau, SC: Dom Modesto, 2023.

RUGGIE, John. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

## EM NOME DA SEGURANÇA: OS DISCURSOS POPULISTAS PUNITIVISTAS COMO LEGITIMADORES DA EXCLUSÃO

*Daiane Specht Lemos da Silva*<sup>66</sup>

*Osmar Veronese*<sup>67</sup>

**Resumo:** O grave problema da insegurança que aflige a sociedade hodierna, com o descortinamento de fragilidades dos sistemas de segurança, aumento da criminalidade e insatisfação da população, é um terreno fértil para ascensão de políticos populistas, oportunistas que miram o poder e, para alcançá-lo, indicam caminhos simplistas e toscos para a resolução de temas complexos. Ocorre que a “solução” apresentada, na maioria das vezes, está fadada ao fracasso, por sinalizar o aprisionamento do “marginal” como a solução mágica. Dessa forma, o tema central do artigo é a questão do direito constitucional à segurança e os discursos populistas punitivistas, conjugação que potencializa a exclusão social. Como objetivo e questionamentos norteadores da pesquisa, apresenta-se: como a política populista punitivista, em nome da segurança, pode (des)legitimar a exclusão social? O encarceramento brasileiro pode ser considerado a materialização da exclusão e divisão do “nós” e “eles”? Quanto a metodologia empregada, predomina-se o raciocínio dedutivo analítico. O artigo foi dividido em duas partes: a primeira sobre o direito constitucional a segurança diante do cenário de exclusão naturalizado e, a segunda parte sobre a política populista punitivista cimentando a divisão social do “nós” e “eles”. Concluiu-se que as certezas apontadas pelos populistas, no âmbito da segurança, entre elas, o aumento dos encarceramentos, não passam de caminhos demagógicos e levianos, que só aprofundam as desigualdades sociais e semeiam a política do ódio.

**Palavras-chave:** segurança – populismo – estabelecimentos prisionais

---

66 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Regional Integrada do Alto-Uruguai e das Missões, Santo Ângelo/RS. Bolsista PROSUC-CAPEL. Mestre em Direito – URI. Pós-graduada em Dir. Penal Proc. Penal, FEMA. Pós-graduada em Dir. Previdenciário, Faculdades Legalle. Bacharela em Direito, FEMA. Integrante Grupo de Pesquisa (CNPQ) "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", vinculado ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado da URI, Santo Ângelo/RS. Endereço eletrônico: daianespecht@hotmail.com

67 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales, pela Universidad de Valladolid/Espanha, Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Constitucional do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo/RS. Procurador da República/ Ministério Público Federal. Responsável pelo projeto de pesquisa “Constituição, igualdade e diversidade: o constitucionalismo democrático como espaço de inclusão de grupos vulneráveis” e líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/URI/Santo Ângelo/RS, Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9927-7242>. E-mail: osmarveronese@san.uri.br

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Mesmo nos Estados Democráticos de Direito, que visam à igualdade entre os indivíduos, é possível identificar inúmeras afrontas aos direitos fundamentais, que fomentam divisão social, de modo a transmitir a ideia de que certos indivíduos seriam mais “merecedores” da tutela estatal do que outros. Nesse sentido, em razão da violência e criminalidade constante, que dificultam a concretização da segurança, garantia constitucional, percebe-se um cenário que divide a população entre “nós” e “eles”. Os primeiros denotam ser as vítimas do sistema que precisam ter a segurança garantida, já os últimos são os indignos, que a sociedade pretende esquecer, estando ou não em situação carcerária.

Uma das vias de enfrentamento do problema da insegurança é a apresentada por líderes populistas, carismáticos e autointitulados heróis que resolverão todos os problemas sociais, a qual coleciona apaixonados adeptos. Não se trata de situação recente o fato dessas figuras emblemáticas terem ganhado espaço e poder, mas de fenômeno historicamente reiterado. Assim, líderes populistas aproveitam-se da insegurança e insatisfação do povo, com promessas de lei e ordem, para alcançar o poder.

O direito constitucional a segurança e os discursos populistas punitivistas constituem a temática do presente estudo, delimitando-se na abordagem sobre a legitimação da exclusão social. As questões a orientarem a pesquisa são: como a política populista punitivista, em nome da segurança, pode (des)legitimar a exclusão social? O encarceramento brasileiro pode ser considerado a materialização da exclusão e divisão do “nós” e “eles”?

O artigo parte da abordagem sobre o direito à segurança, conjugado com a cultura do controle, avançando na análise dos discursos populistas de caráter punitivistas como (des)legitimadores da exclusão. Quanto a metodologia empregada, predomina o raciocínio dedutivo analítico, que parte de uma conclusão geral, presumidamente verdadeira, a ser deduzida em outras verdades mais específicas. A coleta de dados da pesquisa bibliográfica teve apoio de doutrinadores que estudam a temática, tais como Guy Hermet, Jock Yung, David Garland, entre outros. Por fim, cumpre destacar a relevância do estudo que busca conduzir a pesquisa entrelaçando a política populista punitivista e o ideal de segurança para um Estado Democrático de Direito.

## O DIREITO A SEGURANÇA: COMO GARANTIR A ORDEM DIANTE DA NATURALIZAÇÃO DA EXCLUSÃO?

A curva crescente da violência e criminalidade são problemáticas frequentes no cenário atual brasileiro. Devido à insegurança ontológica, repetidamente, há tentativas de criar uma base segura e promover a segurança pública, garantia constitucional, dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. Assim sendo, as políticas públicas que visam garantir a ordem devem (ou deveriam) ser idealizadas e firmadas observando o todo e, inclusive, as possíveis consequências de suas

aplicações, pois podem afetar a igualdade e os demais direitos fundamentais, tornando-se, ao invés de uma solução, um flagelo.

Insigne a inclusão do direito a segurança na Constituinte, pois inegável que, entre as grandiosidades da humanidade “estão o constitucionalismo e as constituições, que com sua força simbólico-normativa edificaram uma impressionante estrutura de defesa da liberdade e da vida.” (BERWANGER; VERONESE, 2018, p. 17). No geral a população tem “sede de participação democrática”. Pela defesa dos direitos fundamentais, as constituições devem ser afastadas dos regimes falsamente representativos, escritas de modo formidável, “admiráveis em sua letra, só constituíam uma ficção que encobria os arranjos entre distintos *gentlemen* que não tinham nada em comum com seus supostos concidadãos.” (HERMET, 2002, p. 59 - 60).

Sendo a lei mais importante de um país, que organiza o Estado, “não deve ela ser moldada de acordo com os interesses destes ou daquele governo ou presidente. Não é para isso que são elaboradas, mas para representarem uma sociedade, com certa pretensão de perenidade.” (BERWANGER; VERONESE, 2018, p. 42). Este seria o ideal. Ocorre que, não raro, presenciamos atuações em que “os políticos se tornam um grupo social que defende seus interesses comuns acima dos interesses daqueles que eles dizem representar: forma-se uma classe política, que, com honrosas exceções, transcende ideologias e cuida de seu tipo oligopólio.” (CASTELLS, 2018, p. 13).

Os políticos agem em conformidade com este desejo da sociedade, “por segurança, ordem, controle, pela administração de riscos e pelo contingenciamento de chances certamente presente em qualquer cultura”. Isto porque, mitologicamente temos a tendência em acreditar “que o Estado soberano é capaz de prover ‘lei e ordem’ e de controlar o crime dentro do seu território.” (GARLAND, 2017, p. 415 - 248). O sistema soberano, aparentemente, não foi superado, por ter definido subliminarmente os controlados e os controladores, e quem ousar confrontar tal poder, torna-se o “desviador, que traz consigo o perigo múltiplo da desordem, do crime, da loucura.” (FOUCAULT, 1999, p. 326).

Neste contexto cultural, não é à toa que os pobres indesejados sejam temidos e hostilizados. “Escolher a liberdade tem um custo, e com muita frequência os pobres e desfavorecidos é que são obrigados a pagá-lo.” (GARLAND, 2017, p. 337), por meio das ausências vivenciadas. Ocorre que, nem todos conseguem se afastar da criminalidade, e como reflexo disso tem a seletividade dos estabelecimentos prisionais, compostos por pretos, pobres, periféricos, sem educação de qualidade, sem qualificação profissional, sem acesso ao básico para se ter uma vida minimamente digna.

A demanda de justiça, punição e proteção a qualquer custo é o que rege a sistemática, a estratégia deixa de preocupar-se com os demais problemas sociais, pois neste íterim o propósito reflete no pensar que os

criminosos devem ser processados sob os rigores da lei, o culpado deve sempre ser punido, indivíduos perigosos não podem ser libertados jamais, os condenados devem cumprir sua pena integralmente e a condenação de um criminoso deve refletir precisamente seu crime. (GARLAND, 2017, p. 252).

Então, pela busca incessante por segurança, criou-se uma política social de controle consubstanciada na exclusão de determinados grupos, naturalmente declarados como culpados pelas mazelas sociais. Ocorre que a estes excluídos e declarados culpados, são negados direitos fundamentais, de encontro aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Carece de efetividade a promoção da plena cidadania, pois insuficiente, tão somente, a garantia única aos direitos legais e políticos, deveriam ser efetivados os “direitos sociais: um mínimo de emprego, renda, educação, saúde e habitação.” (YOUNG, 2002, p. 2002).

Em vez de implementar políticas para viabilizar maior igualdade a população, para cevar a segurança, prefere-se as barreiras que excluem e filtram, barreiras não só visíveis, mas invisíveis, não sendo apenas imposições dos poderosos, mas também dos despossuídos. (YOUNG, 2002). O plano básico de ação, na tentativa de alcançar a segurança, consiste “na demonização do indivíduo com o objetivo de destacá-lo e afastá-lo dos cidadãos comuns”. Presente assim a “criminologia do outro, que demoniza o criminoso, apoia o poder punitivo e expressa e dramatiza os medos populares.” (GARLAND, 2017, p. 15-16; 26), comportamento que, conseqüentemente, deságua no aumento da população carcerária.

Na busca incessante por segurança, a preocupação está em manter um cenário estável, sem perigos iminentes. Nesta sistemática, pairam as “preocupações sempre em relação ‘aos outros’, àqueles cuja etnia ou religião os torna suspeitos de ser suspeitos.” (CASTELLS, 2018, p. 29). Nos suspeitos recai a punição, que “se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados que vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes.” (BATISTA, 2019, p. 36-37). Advindo, assim, o estigma, que procurar “evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os representava – escravo, criminoso ou traidor. (GOFFMAN, 2017, p. 11).

Perpetua-se uma divisão dita como natural, inquestionável, “virtudes dos modelos de dominação, da falta de reconhecimento ou respeito social, e também as suas coisas estão entrelaçadas, porque apresenta paisagens de injustiça: de desequilíbrio e desigualdade.” (YOUNG, 2002, p. 253). Nesse cenário, “o crime veio a ser visto como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social, algo próprio de indivíduos perversos que precisavam ser detidos e que mereciam ser punidos.” (GARLAND, 2017, p. 220).

Permanece tal concepção, em razão de ser considerado o crime uma afronta a quem está no poder, pois “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano: ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano.” (FOUCAULT, 1999, p. 66). E, quando vivencia um crime particularmente cruel ou uma onda crescente de violência, acaba por aparecer políticos oportunistas pregando a pena de morte. Quase sempre são políticos que nada fazem para mudar a situação de miséria, promiscuidade e medo que é a mãe da criminalidade. (BATISTA, 2019, p. 16).

A barreira excludente da sociedade tomou forma com os presídios, que aceitam os corpos insubordinados. Raramente preocupam-se da situação dos encarcerados, eis que são merecedores de toda a dor e sofrimento, sistema declarado “estado de

coisas inconstitucional”, no Brasil, em 2015<sup>68</sup>, e até então nada mudou. Desapareceu o sentido do correccionalismo penal, da pena privativa de liberdade ter caráter mais humanístico de punição, em tentar ressocializar o indivíduo infrator, que

preconizava a (re-)inclusão do indivíduo no tecido social, em vez de sua exclusão ou eliminação [...] tinha compromisso com a engenharia social e confiança na capacidade do Estado e nas possibilidades da ciência. O correccionalismo enxergava o crime como um problema social e apregoava, portanto, que tanto as condições sociais criminógenas como os indivíduos podiam ser modificados pelas intervenções das agências estatais. (GARLAND, 2017, p. 11).

A função humanizada e terapêutica atribuída a pena privativa de liberdade, não suportando mais os suplícios de outrora, foi subtraída, “restando-lhe apenas o retributivismo puro a prazos cada vez mais longos”, não raras as “sentenças e penas mais elevadas do que justificaria qualquer consideração retributiva são mais comuns e até mesmo obrigatórias.” (GARLAND, 2017, p. 27; 56 - 57). A punição, que antes findada em um piscar, com a guilhotina ou na forca, hoje se prolonga com o abandono por anos nas estruturas precárias das prisões.

O infrator deixou de ser visto como desfavorecido e passou “a ter esboços estereotipados de jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes.” (GARLAND, 2017, p. 54). As tendências excludentes “são facilmente igualadas, e aumentadas, pelas tentativas empreendidas pelo Estado de manter a ordem.” (YOUNG, 2002, p. 179). A parcela excluída, bem definida, são aqueles que já sofrem ausências enquanto em liberdade, são os pobres, os pretos, os periféricos, os que não possuem educação, moradia, saúde, lazer, trabalho de qualidade.

A estrutura social que permanece é a que exclui o infrator, pelo sistema “se manter pela força, e o sistema de justiça criminal torna-se, cada vez mais, parte da vida cotidiana do cidadão.” (YOUNG, 2002, p. 217). A inclusão e exclusão, divisão do “nós” e “eles” ocorre com a participação dos próprios excluídos, o que importa em distanciar o ideário da possibilidade de ressocializar o condenado. Essa perspectiva que, “ao longo tempo, menos obrigatória do ponto de vista moral”, escancara a impotência e o sentimento de que “algo deve ser feito” e de que “alguém deve assumir a culpa”, encontra cada vez mais representação política e alimenta a ação política. (GARLAND, 2017, p. 347).

Dessa forma, prometeu-se durante anos que a proteção seria alcançada através do segregamento daqueles que oferecem riscos ao corpo social. Na tentativa de alcançar a segurança, perpetuou-se a exclusão, materializada pelo encarceramento, naturalizando-se a culpabilização do outro pelas mazelas sociais, tamponando-se os demais problemas, exceto o aumento da rigidez dos limites do infrator. Uma política de demonização do outro é instaurada, pois alguém precisa assumir a culpa e, nesse compasso, superlotam os estabelecimentos prisionais sem

---

<sup>68</sup> Situação declarada pelo Supremo Tribunal Federal, ADPF 347, pela violação massiva dos direitos fundamentais, falhas estruturais, superlotação carcerária, ambiente insalubre, doenças, violência, abandono, entre outras mazelas do cárcere (Brasil, 2015).

ter como contrapartida resultados efetivos de segurança e ordem. Mesmo o fracasso sendo figura marcada nesse sistema, a cada eleição políticos insistem no discurso punitivista como antídoto ao mal social da criminalidade, da violência, da insegurança. O próximo capítulo abordará pontos quanto ao populismo de caráter punitivista que acaba por cimentar a exclusão ocorrida em nome da segurança, tema tratado neste primeiro momento.

## **A POLÍTICA POPULISTA PUNITIVISTA TEM A PALAVRA: NÓS CONTRA ELES**

A cultura do controle e a naturalização da prática de demonização do outro, pela sociedade contemporânea, que insiste em perpetuar a divisão entre “nós” e “eles”, estão interligadas e podem influenciar, em especial, as políticas de justiça criminal. Em diferentes momentos históricos e, inclusive recentemente, líderes populistas aproveitam-se da fragilidade presente na sociedade, pela insegurança constante, provendo discursos excludentes que contribuem para a arrecadação de fiéis apoiadores. Os próprios excluídos, sem perceber, apoiam estes líderes que profetizam milagrosamente soluções fáceis aos problemas complexos da sociedade, sem perceber que a proposta visa os apartar dos demais membros da sociedade.

Os acontecimentos são esquecidos facilmente, não se cultua o hábito de conhecer o passado e a história e, pelo fato de “nós rapidamente nos acostumarmos às coisas como elas são, hoje, mais do que nunca, é fácil viver no imediatismo do presente e perder todo o senso do processo histórico que gerou o atual estado de coisas.” (GARLAND, 2017, p. 41). Essa situação fomenta discursos que negam a democracia e os direitos fundamentais, pelo esquecimento das atrocidades de outrora. Os populistas são idolatrados por costumeiramente proferirem discursos convidativos e carismáticos, baseados

primeiro, na proclamação do milagre, subitamente realizado, da redenção social das massas; a seguir, a fusão quase carnal entre o povo e o seu herói, simbolizada pelo uso do “nós” coletivo; por último, esse tom maniqueísta que lisonjeia as inclinações daqueles a quem vai destinado o discurso. Inclinações que, nesse discurso, fazem gravitar a responsabilidade de tudo o que anda mal ou de tudo o que desagrada sobre um ou vários culpados designados nominalmente. (HERMET, 2002, p. 56).

A designação dos culpados recai na classe excluída. O discurso político e a política oficial endereçam-se aos indesejados, que estão em situação de miserabilidade pela “suposta falta de empenho, às suas escolhas equivocadas, à sua cultura específica e à sua conduta atual.” (GARLAND, 2017, p. 417). Isso cimenta a divisão do “nós” e “eles”, por designar, sem hesitar, o que deve ser considerado bom e mal, aumentando, assim, a situação de inclusão e exclusão que engendra “privação relativa entre os pobres, que dá lugar ao aumento da criminalidade, como uma ansiedade precária entre aqueles em melhor situação, a qual é caldo de cultura de intolerância.” (YOUNG, 2002, p. 25).

A estratégia e preocupação dessa política de caráter punitivista não foca nas causas de crimes e desvios e sim nas possibilidades de amenizar os danos. (YOUNG,

2002). Os líderes populistas surgem e se fortalecem exatamente por receberem o apoio dos que são excluídos, “por dar a essas populações a ilusão de uma participação que, na realidade, não existia, pois, em geral, seu único objetivo era perpetuar sua subordinação habitual.” (HERMET, 2002, p. 53).

Pelo fato de os políticos populistas focarem no discurso punitivista para alcançar a segurança, o “proteger o público se tornou o tema dominante da política criminal.” (GARLAND, 2017, p. 56). Por declarar como culpados apenas determinados indivíduos, cresce a estratégia que divide a sociedade, pelo processo no “qual uma classe dominante faz com que sua dominação pareça natural ao infiltrar os pressupostos de sua própria visão de mundo como sendo o senso comum da sociedade.” (FRASER, 2020, p. 37).

A adoção de comportamentos que são contra outros possibilita a criação do “bom inimigo”, pois assim tanto interlocutor como receptor passam a crer que “eles são a causa de grande parte de nossos problemas – senão de todos; que são intrinsecamente diferentes de nós: que resumem a corrupção, o mal, a degradação, etc.” (YOUNG, 2002, p. 173) e por isso podem sofrer todo tipo de violação ao seu ser, como ocorre nos estabelecimentos prisionais. A preocupação em promover a segurança tornou “tema dominante da política criminal” e dos líderes populistas que visam o poder. (GARLAND, 2017, p. 57).

A conjuntura política populista tem essa necessidade, quase que desesperada, de identificar-se com um grupo, o que está sendo privilegiado no momento, e o

desejo difuso de culpar alguém (...) é por isso que as circunstâncias necessárias à construção de outros desviantes, para sua demonização bem-sucedida (sua inculpação pelos males da sociedade) e a consecução de certezas ontológicas no âmbito da população ‘normal’, tornaram-se extremamente frágeis na modernidade recente. (YOUNG, 2002, p. 287).

Se, na teoria, o direito penal, a prisão, deveria ser a *ultima ratio*, ou seja, o último estágio de tratamento, hoje, “é concebida explicitamente como mecanismo de exclusão e controle.” (GARLAND, 2017, p. 380). A defesa permeia em concretizar “não uma utopia, mas uma série de paraísos murados num mundo hostil”. Enquanto estiverem encarcerados os “problemas” os líderes populistas defendem que a ordem será mantida, utilizam de discursos convidativos e simplistas, que “evocam uma nostalgia do mundo inclusivo e seguro do passado.” (YOUNG, 2002, p. 105;180). Ocorre que essa proclamação e devoção a volta de um passado glorioso camufla a inexistência do período, ou seja, o passado glorioso de fato nunca existiu.

Na maioria das vezes autointitulam-se como conservadores, tendem a enaltecer “o efeito intimidatório das sentenças duras e a necessidade de condenações a penas longas, assim como da pena de morte. Eles ressaltavam a importância da responsabilidade individual”. Apregoa-se, dessa forma, um discurso de que “é melhor manter um criminoso trancafiado para sempre do que arriscar a vida ou propriedade de outra vítima inocente.” (GARLAND, 2017, p. 108; 401).

Nessa conjuntura defendida pelos líderes populistas, que possuem um discurso punitivista que beira a vingança, os desviantes/infratores não são vistos como iguais, são negados os seus direitos, pois são tidos como “oportunistas racionais ou

contumazes, cuja conduta é irregularmente sofreada ou impulsionada de acordo com a manipulação de incentivos – abordagem que faz das penas intimidatórias um instrumento evidente de redução do crime.” (GARLAND, 2017, p. 280). Mas no mundo dos fatos, as penas mais duras não favorecem a diminuição da criminalidade. Lançar nos ombros dos outros e nunca de nós mesmos os problemas sociais e, sendo os outros, normalmente, os que estão na margem da sociedade, tem-se uma inversão da realidade, de modo que “em vez de reconhecer que temos problemas na sociedade por causa do núcleo básico de contradições na ordem social, afirma-se que todos os problemas da sociedade são devidos aos próprios problemas.” (YOUNG, 2002, p. 165).

Tem-se que a “própria criminalidade é uma exclusão, como o são as tentativas de controlá-la através de barreiras, encarceramento e estigmatização.” (YOUNG, 2002, p. 49). Pela exclusão ser presente tanto nos meios visíveis como invisíveis da sociedade, revelam a realidade quando sopesados os componentes dos estabelecimentos prisionais, apesar do “senso comum criminológico tentar escamotear: o sistema penal criminaliza a pobreza.” (GARLAND, 2017, p. 20).

Culpar somente o outro pelas mazelas denota um retrocesso ou até mesmo uma ameaça aos pilares da democracia, que tem como um dos pontos cruciais defendidos, a liberdade e a igualdade entre os indivíduos. Os líderes populistas, no desígnio de alcançar o poder e ter o apoio da massa, tentam “reafirmar valores como absolutos morais, declarar que outros grupos não têm valores, estabelecer limites distintos do que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar ser punitivo e excludente em vez de permeável e assimilativo.” (YOUNG, 2002, p. 34 – 35).

O recrudescer punitivo, que conseqüentemente abarrota os estabelecimentos prisionais, tornou-se prática frequente na tentativa, mesmo que já experimentada e tida como infrutífera, de solucionar a problemática da insegurança. Reflete ser uma tática cínica de manipulação de emoções coletivas, para obtenção do apoio. Políticas públicas não são pensadas e refletidas em suas complexidades, tomam “uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva.” (GARLAND, 2017, p. 283).

O segregamento exacerbado serve como estratégia política, por compensar “magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral.” (GARLAND, 2017, p. 283). O que não podemos esquecer é que esse processo de culpar o outro, de modo a demonizá-lo “permite a perpetuação da atrocidade” (YOUNG, 2002, p. 167) e que neste compasso grupos inteiros “são anatematizados por discursos sobre uma ‘subclasse’ indesejada, enredada em cultura e modo de vida estranhos e ameaçadores.” (GARLAND, 2017, p. 286).

Neste sentido o “encarceramento serve, simultaneamente, como uma satisfação expressiva de sentimentos retributivos e como mecanismo instrumental para a administração de riscos e para o confinamento do perigo. Os setores populacionais efetivamente excluídos dos mundos do trabalho, da previdência e da família – tipicamente jovens do sexo masculino, pertencentes a minorias urbanas – estão cada vez mais atrás das grades, tendo sua exclusão econômica e social efetivamente escamoteada por seu *status* criminal.” (GARLAND, 2017, p. 422). Ocorre que, colocando o indivíduo culpado pelas mazelas sociais, em vez de controlar a

criminalidade e promover a segurança, acaba por exacerbar o problema da dialética da exclusão. (YOUNG, 2002).

Frente a repetida exclusão verte a certeza de que “se quisermos reduzir a criminalidade, precisamos enfrentar a injustiça – tudo o que mais são bodes expiatórios, são um erro de alvo.” (YOUNG, 2002, p. 225). Aparentemente, os estabelecimentos prisionais são semelhantes aos suplícios de outrora, apesar de tentar não violentar o corpo, deixam marcas internas, deixando marcado que o ser encarcerado não deve (e não merece) ser reconhecido como igual. Este retrocesso torna-se possível por

muito frequentemente, tendemos a ver os eventos contemporâneos como tendo somente causas contemporâneas, quando, na verdade, estamos inseridos em processos duradouros de mudança histórica e somos afetados pelo efeito recorrente de eventos agora esquecidos. Nossas escolhas atuais são visceralmente dependentes do caminho já trilhado e refletem o padrão de decisões e de arranjos institucionais anteriores, assim como nossos modos de pensar refletem as circunstâncias e os problemas dos períodos em que originalmente se desenvolveram. (GARLAND, 2017, p. 183).

Permitir que o populismo abrace a política atual é como permitir ser abraçado pelo totalitarismo. As vozes que criticam o populismo punitivista e a desumanidade nas segregações, mesmo poucas, “soam como vozes no deserto, ecoando o sentimento de uma época passada, carentes de apoio real no domínio político. Cada vez mais parecem vozes isoladas, desprovidas de apoio significativo mesmo dentro de sua própria classe social.” (GARLAND, 2017, p. 330).

A solução tão ditada pelos líderes populistas, que com belas palavras camuflam a defesa ao retrocesso, da volta de um passado glorioso (e inexistente) deve ser repensada. Não se consegue resolver os problemas da sociedade com injustiças e violações de outros direitos fundamentais, quiçá alcançar a segurança pelo simples ato de depositar os indesejados excluídos nos estabelecimentos prisionais precários e indignos. Soluções penais imediatas, como o recrudescer punitivo, já foram experimentadas e não conseguem solapar com a violência e criminalidade, pelo contrário, o mesmo ocorre com a repetição dos processos de exclusão. A preferência dos políticos punitivistas é trilhar o caminho mais fácil, optando em segregar e culpar o outro ao invés de cuidar dos reais e mais complexos problemas sociais, como a ausência de saúde, educação, qualificação profissional, habitação ... adequados. A sensação de segurança que o Estado pretende repassar à população pelo segregamento dos indivíduos revela o fato da sociedade ainda não ter superado o cenário de exclusão e dominação de outrora, sendo o aprisionamento uma tentativa de velar a classificação do “nós” e “eles”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com os problemas colocados para o desenvolvimento deste artigo, percebe-se que à medida que as respostas vão se colocando, mudam-se as perguntas, sendo quase que eterna a busca por respostas capazes de acalantar as

inquietações existentes pelas desigualdades sociais presentes na sociedade. Na tentativa de fazer uma análise do direito a segurança em conjunto com os discursos populistas de caráter punitivistas, procurou-se trazer algumas possíveis conclusões de como a política populista de caráter punitivista, em nome da segurança, pode (des)legitimar a exclusão social, e se o encarceramento brasileiro pode ser considerado como a materialização da exclusão e divisão do “nós” e “eles”.

Assim, no primeiro momento tratou-se do direito a segurança, tendo em vista que a violência e a criminalidade são problemáticas que estão sempre em ascensão e frequentemente debatidas por aqueles que anseiam o poder (líderes). Tomou-se por base trazer a cultura do controle que tende a culpar e demonizar os outros pelas mazelas sociais. A estratégia é definir culpados e não questionar os demais problemas complexos existentes na sociedade, como educação, moradia, saúde, lazer, trabalho, etc. Ocorre que a tendência em culpar o outro pelos problemas sociais, acaba por fomentar a exclusão de determinados grupos e não consegue efetivar a segurança, pelo contrário, acaba por violar outros direitos.

Em razão do eco eleitoral, a estratégia de culpar os outros pelos problemas sociais vem, paulatinamente, agregando mais políticos populistas com discursos agressivos, que conquistam espaço e poder, situação abordada na segunda parte da pesquisa. Em nome da segurança, a solução ditada pelos líderes populistas é de que a segurança seria alcançada apartando o mal do restante da sociedade, ou seja, pelo encarceramento. Ocorre que o encarceramento, por si só, não promove a segurança e já declarado seu fracasso, de modo que permitir que tais situações se perpetuem é o mesmo que materializar a exclusão, pois encarcera-se aqueles que a sociedade pretende esquecer, fadados ao abandono.

Dessa forma, tem-se que a política populista de caráter punitivista, em nome da segurança, pode legitimar a exclusão social, pois define culpados, muitas vezes, sem qualquer condenação. Além disso, o encarceramento brasileiro pode ser considerado uma forma de materialização da exclusão e divisão do “nós” e “eles”, pois as estratégias políticas em busca da segurança preferem trilhar o caminho mais fácil, sem analisar o contexto, depositando nos outros a culpa pelas mazelas.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. VERONE, Osmar. **Constituição**: um olhar sobre Minorias Vinculadas à Seguridade Social. Juruá, 2018.

BRASIL. Informativo 79, Brasília, 7 a 11 de setembro de 2015. **Estado de Coisa Inconstitucional**. Informativo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 08 nov 2023.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 20 ed. Petrópolis, Vozes, 1999.

FRASER, Nacy. **O velho está morrendo e o novo não pode nascer**. São Paulo: Autonomia literária, 2020.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade estereotipada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

HERMET, Guy. **Cultura e desenvolvimento**. Petropolis, RJ: Vozes, 2002.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminalidade, 2002.

## A CAPTURA DOS CORPOS QUE NÃO SE ADAPTAM AO SISTEMA CAPITALISTA EM NOME DA SEGURANÇA PÚBLICA PELO SISTEMA BIOPOLÍTICO, ATRAVÉS DA IRRACIONALIDADE DO DIREITO PENAL COM A CRIAÇÃO DA ZONA ANÔMALA DO DIREITO

*Adalberto Wolney da Costa Belotto<sup>69</sup>*

*Leonel Severo Rocha<sup>70</sup>*

**Resumo:** Na sociedade atual necessário se faz uma reflexão da biopolítica e do estado de exceção na implementação de um direito penal mais recrudescido em nome da segurança pública. Percebe-se que a internet e mídia influenciam a opinião pública, a qual anseia por punições mais severas, atendendo dessa forma, interesses políticos, o que resultará uma maior seletividade do direito penal onde escopo é excluir classes não adaptadas ao capitalismo. Nesse diapasão, observa-se que o estado de exceção é uma técnica de governo que fere direitos humanos, utilizando-se da prisão para segregar população pobre rotulada como risco. A fim de compreender melhor o fenômeno da exceção, aplicar-se-á metodologia de matriz pragmático-sistêmica a partir de uma disposição analítica do contexto social da atualidade, sendo possível observar a excepcionalidade implementou-se como a regra na sociedade contemporânea. Nesse sentido necessário a defesa de um direito penal racional que respeite dignidade humana. A internet por sua vez, é entendida como um dos fatores que contribuem para a expansão e recrudescimento do Direito Penal, pois possibilita a criação de grupos de risco devido ao anonimato e segregação cultural de seus usuários. Isso acaba gerando uma percepção de risco e anseio da população por mais leis penais como forma de obter segurança, o que acaba por piorar o inchaço do Direito Penal. Observa-se ainda que a internet, devido suas características tais como abrangência em todo o globo terrestre, e segregação social e cultural de seus usuários, cria conceitos binários como bom/mau, certo/errado, belo/feio, chato/legal, o que causa um efeito de auto-seletividade. Outra característica da internet é o anonimato, o que refletirá em consequências prejudiciais, uma vez que, não necessariamente possa gerar sensação de medo, mas faz com que surja uma percepção do risco o que resultará o anseio da população para a criação de mais leis penais de terceira velocidade a qual flexibilizará direitos e garantias Constitucionais,

<sup>69</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - PROSUC/CAPEL. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.

<sup>70</sup> Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) e Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce - Itália. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo (2012-2018) do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6), bem como é Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), Professor Visitante da Furb, e Professor Visitante da Faculté de Droit da Universidade de Paris 1. E-mail: leonel@unisinos.br

em um viés recrudescido e expansivo, resultando a implementação de um direito penal do inimigo, cujo o escopo é a exclusão do indivíduo do corpo social.

**Palavras-chave:** Estado de exceção; biopolítica; vida nua; segurança pública; direitos humanos.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar alguns fenômenos os quais contribuem significativamente para implementação de um direito penal mais recrudescido e expansivo, visando compreender a biopolítica e a produção da vida nua na atualidade, relacionando-as ao paradigma denominado por Agamben (2007) de Estado de Exceção, com resposta a insegurança da sociedade de risco, e sua interferência nas políticas de Segurança Pública.

Analisar-se-á também a influência dos canais de comunicação como a internet e a mídia podem contribuir diretamente para implementação de um direito penal de terceira velocidade, bem como a formação da opinião pública das massas, as quais podem influenciar no processo biopolítico de exclusão dos que não se adaptam na ótica do capitalismo. Analisar-se-á, para além disso, os interesses políticos por trás do processo legislativo, e as irracionalidades do direito penal, e a quem se destina estas irracionalidades, bem como os afrontamentos aos princípios de Direito Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana.

Com isso, buscar-se-á compreender a crise do atual paradigma de governo que vem se implementando na atualidade, através de um Estado de Exceção, estruturado em uma conotação biopolítica, onde o Direito que inclui o indivíduo, mas cria uma situação de suspensão dos Direitos Humanos, pois cria uma zona anômala do Direito. Nesse Estado de Exceção, o poder soberano acaba por capturar a vida humana por meio do Direito, ou seja, através dos dispositivos de poder, transformando estas vidas capturadas em vidas nuas, constituindo um vazio jurídico.

Observa-se que na contemporaneidade este modelo vem se implementando sem precedentes, formando campos de concentração nos quais a vida nua atinge sua máxima da lógica biopolítica, com a aniquilação do ser humano. Nesse Estado de Exceção a vida está entregue ao poder do soberano, o qual dispõe do poder de fazer morrer ou deixar viver, definindo as vidas que são dignas de serem vividas e as que podem ser aniquiladas, o que representa uma total afronta aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana.

## **A CAPTURA DOS CORPOS QUE NÃO SE ADAPTAM AO SISTEMA CAPITALISTA EM NOME DA SEGURANÇA PÚBLICA PELO SISTEMA BIOPOLÍTICO**

A sociedade atual encontra-se em alerta, preocupada com os riscos da criminalidade. Segundo Wermuth (2011), nunca houve na história tanto anseio por políticas preventivas de segurança, por meio das quais o Estado se utiliza do Direito Penal como se fosse o único meio satisfatório a fim de dar uma resposta aos cidadãos,

os quais estão com medo da violência que se transforma em uma característica dos grandes centros urbanos.

Silva-Sánchez (2001) aduz que o modelo da sociedade contemporânea se relaciona como uma sociedade de risco. Esta, por sua vez, reflete diretamente no bem estar das pessoas. Esse fenômeno contribui para mudanças na estrutura social, uma vez que, todos os cidadãos com medo buscam formas alternativas para se protegerem da marginalidade, a qual é percebida como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

O marco significativo que potencializou a expansão do direito penal e seu recrudescimento, ocorreu em 11 de setembro de 2001, com a destruição das torres gêmeas por terroristas, esse atentado terrorista, mudou significativamente a política criminal mundial de segurança pública. A partir de então, ocorreu um recrudescimento muito exacerbado do Direito Penal e Processual Penal para determinados delitos, o que foi percebido em vários países. Uma das características do recrudescimento do *jus puniendi* estatal é o aprisionamento do indivíduo como medida punitiva por excelência. A prisão tornou-se a regra, o que possibilitou o encarceramento do indivíduo de forma provisória, encontrando como justificativa a mera suspeita de participação em grupos de crime organizados, ou de terrorismo. (WERMUTH, 2011).

O Ministro Gilmar Mendes, da Suprema Corte Brasileira, Supremo Tribunal Federal, manifestou sua indignação com o número exacerbado de presos provisórios no Brasil. Segundo o Ministro, no Brasil, quase que 50% dos presos são provisórios, demonstrando evidentemente que a exceção da regra se tornou a regra, estando em descompasso como os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana (STF, 2009).

Diante deste cenário de horror, há uma estigmatização do indivíduo como “marginal”, reportando à tese lombrosiana do homem delinquente, de Cesare Lombroso (2007). O autor defendia a ideia de um criminoso atávico, antissocial, com características físicas evidentes, tais como peso corporal, medidas padronizadas do crânio, insensibilidade à dor, uso de tatuagens, desprovido do senso de moral, capacidade de odiar em demasia, dentre outras características, desta forma ocorreu uma rotulação dos indivíduos que se assemelham a essas características lombrosianas. (LOMBROSO, 2007).

Surge então o anseio de neutralizar os riscos oferecidos por eles. (SILVA-SÁNCHEZ, 2001). Essa percepção humana do risco social contribui para a sua generalização. O Estado, então, é chamado para tomar decisões no combate a todos os riscos produzidos por aqueles que foram marginalizados pelo sistema social.

Em um parâmetro de política criminal mundial um terço dos presos do mundo estão detidos sem ter passado por um julgamento. (SCHREIBER, 2014). Para os indivíduos que se encontram nessa situação, os Direitos Humanos não passam de uma ilusão, uma utopia, uma vez que, não são assistidos por estes. (WERMUTH, 2011).

Ainda que essa política de guerra em prol da Segurança Pública revelou-se eficaz contra alguns tipos penais (WERMUTH, 2011), tais como tráfico internacional de drogas, crimes de lavagem de dinheiro e organizações criminosas, não se pode estender esse tipo de política criminal a todos delitos, haja vista que o direito penal

dever ser entendido como a *ultima ratio*, devendo intervir a tutela apenas de bens jurídicos relevantes, segundo Claus Roxin (2006).

No entanto, há outros fatores que contribuem significativamente para expansão e recrudescimento do Direito Penal. A mídia, por exemplo, exerce uma importante influência no corpo social em massa. Através de seus meios de comunicação, vende a insegurança como mais um “produto”, o que nem sempre condiz com a realidade. Transmite-se a ideia de um Direito Penal mais recrudescido para solucionar todos os problemas relacionados à segurança pública e demais conflitos sociais. Desse modo, inflama-se o discurso por penas com longa duração, o que é bem recepcionado pela sociedade, a qual se atemoriza a ser vitimada da violência instituída no meio social. (WERMUTH, 2011).

Para piorar o inchaço do Direito Penal, além da mídia, existe outro meio que possibilitam a criação de grupos de riscos, tal como a internet, a qual tem abrangência em todo o globo terrestre, tendo por característica a segregação social e cultural de seus usuários, criando conceitos binários como bom/mau, certo/errado, belo/feio, chato/legal, o que causará um efeito de auto-seletividade. Uma das características da internet é o anonimato, o que poderá refletir em consequências prejudiciais, uma vez que, não necessariamente possa gerar sensação de medo, mas faz com que surja uma percepção do risco o que poderá resultar o anseio da população para a criação de mais leis penais, em um viés recrudescido e expansivo. (HOMMERDING, 2020).

O Direito Penal, nesse contexto, passa a ser um instrumento de gestão e de controle social das camadas subalternas da população. O sentimento de insegurança passa a justificar as políticas expansivas do Direito Penal. Por sua vez, esta política de expansão do Direito Penal não está preocupada com a proteção dos Direitos Humanos, muito menos com a classe com menor poder aquisitivo, tendo em vista que esta classe não pode consumir, uma vez que são dotados de poucos recursos financeiros. Nesse ínterim, esta classe pobre deve ser excluída do convívio da sociedade consumista, merecendo ser segregada (excluída) a fim de que seja anulado o seu potencial risco. (WERMUTH, 2011).

Nesse diapasão, percebe-se a priorização da proteção através da punição, na qual se tem por escopo a segregação dos denominados grupos de risco, o que, de acordo com Wermuth (2011), pode ser entendido sob a ótica do medo, como sentimento atinente à realidade atual.

Há, aqui, uma predisposição ao sentimento de insegurança, pois percebe-se que os meios de proteção são ineficazes e os poderes públicos não conseguiram encontrar uma forma de transmitir confiança à sociedade, a *contrario sensu*, com o apelo midiático, a criminalidade tem se tornado a cada dia mais assustadora segundo Wermuth (2011). Nesse ínterim, contempla-se que as repercussões do discurso das vítimas, normalmente de cunho vingativo, acabam difundindo políticas de caráter incisivo, no estilo “Lei e Ordem”, restando assim prejudicadas as garantias penais e processuais. Uma vez que, “Cada vez mais a experiência cotidiana do povo e a sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais passam a ser considerados fatores de primeira importância na hora de configurar leis penais e na aplicação dessas leis.” (WERMUTH, 2011, p. 71).

## IRRACIONALIDADE DO DIREITO PENAL COM A CRIAÇÃO DA ZONA ANÔMALA DO DIREITO

Segundo Garland (2008), essa relação acaba por envolver interesses políticos, uma vez que, com a pressão da mídia, demonstra-se necessário restaurar a confiança na segurança pública, surgindo dessa forma um interesse eleitoral dos partidos políticos os quais compreendem que para angariar votos e manter eleitores fieis, devem legislar conforme os anseios da massa eleitoral. Dessa forma ignora-se a racionalidade da lei, uma vez que esta não atende princípios fundamentais de Direito Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana, nem atende princípios teleológico. (HOMMERDING, 2012).

Diante dessa sociedade pós-moderna, a política criminal é entendida como importante instrumento capaz de moldar o corpo social, através dos meios punitivos. O entendimento do corpo social das grandes massas, compreendem que quanto mais expansivo e recrudescido for o Direito Penal, mais ter-se-á a sensação de segurança social. Esse exacerbamento do Direito Penal, aponta para os jovens negros, marginalizados nos centros urbanos. (GARLAND, 2008).

Desse modo, sob a influência dos meios de comunicação e suas representações dos chamados “problemas sociais”, as pessoas, impulsionadas pelos seus medos, acabam por formar consensos sobre os problemas sociais notadamente sobre a criminalidade, mas de uma forma que não conseguem tocar na raiz desses. A mídia acaba por fomentar os medos na população, como resultado a população passa a exigir que os detentores do processo legislativo legislem na criação de novas leis, a fim de dar uma resposta aos medos subjetivos da população, em razão de que, há um entendimento popular no qual o Direito Penal poderá regular todo e qualquer comportamento do corpo social.

O legislador, por sua vez, com interesse no processo eleitoral, de forma irracional, passa a satisfazer os anseios dos seus eleitores, com o escopo de fidelizar seus votos. Entende-se que dessa forma, que o Direito Penal adquire um caráter populista, em consequência, com a expansão e recrudescimento do Direito Penal ocorre o aumento das penas na justificativa de reduzir a criminalidade. (HOMMERDING, 2020).

Nessa acepção, em que o mundo está inteiramente interligado pelo processo de globalização, o medo passa a configurar como combustível para a expansão do Direito Penal, uma vez que, as sociedades modernas são dotadas de um sentimento cada vez maior de insegurança. O medo serve como justificativa para que se expanda o Direito Penal, a fim de uma resposta satisfatória aos riscos e inseguranças que atemorizam contemporaneamente o meio social. (WERMUTH, 2011).

Diante desse sentimento, peremptoriamente o Direito Penal é entendido como um Direito populista, irracional, cuja a fonte está arraigado no medo, na insegurança da coletividade, no entendimento da moralidade, estando presente a falta de programas sociais capazes de substituir a necessidade da expansão do Direito Penal. Nesse sentido, o legislador acaba positivando o caos, devido a criação de tipos penais sem racionalidade sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, dessa forma o

Direito Penal passa a protagonizar como uma arma política, a qual não protege bem jurídicos, mas implementa a irracionalidade da lei penal. (HOMMERDING, 2020).

Diante deste paradigma pós-moderno, o professor Luiz Luisi leciona: “Embora os princípios liberais possam traduzir programas de descriminalização, os princípios do Estado Social se traduzem em criminalização para defesa de bens coletivos.” (*in* HOMMERDING, 2020, p. 217).

Ainda que a Constituição tenha por escopo o resguardo de um Direito Penal capaz de possibilitar a defesa de garantias individuais contra um Estado totalitário, essa teleologia, passa *in albis*, haja vista que a própria Constituição não é capaz de frear essa nomorréia legislativa expansiva, recrudescida do Direito Penal. Em resumo, observa-se que de um lado temos os limites do poder punitivo do Estado, o *Jus puniendi*, o qual deve resguardar as prerrogativas individuais do corpo social, de outro lado tem-se as normas que impulsionam o Direito Penal, como instrumento de tutela de bens indispensáveis à consecução do Estado Social. Esse condicionamento da atuação interventiva do Estado pela Constituição, o princípio da legalidade por exemplo, e os balizadores ao legislador infraconstitucional, no entanto, não tem sido suficientes para controlar a dita nomorréia das leis penais. (HOMMERDING, 2020).

Em uma sociedade calcada na insegurança e medo, os riscos surgem a partir do momento em que os perigos produzidos no meio social são maiores que da própria segurança, estando relacionado a uma má distribuição de riquezas. Esse risco possui uma relação direta com as riquezas produzidas pelo grande crescimento econômico bem como o avanço técnico-científico, os quais foram os principais causadores das atemorizações e coações.

Nesse sentimento, Bauman (2008) trabalha a representatividade do risco como pressuposto da regularidade essencial do mundo, de forma a calculá-los e minimizá-los. Para o autor, a ideia de risco “representa de maneira indireta, e reafirma tacitamente, o pressuposto da regularidade essencial ao mundo.” (BAUMAN, 2008, p. 129). Sob essa conjectura, os riscos, mesmo que em tese, podem ser calculados. E quando esse pressuposto se afirma, torna-se possível arriscar, com uma probabilidade maior de acerto, a reduzi-los através “da ação ou da inação”. A problemática toda diz respeito às chances de insucesso devido a danos ou a outros tipos de catástrofes que podem ser contabilizadas. Nesse contexto, as angústias derivadas do medo podem ser evitadas ou até mesmo minimizadas “apenas na medida em que a lei dos grandes números se aplique à sua ocorrência (quanto maior sua frequência, mais preciso e confiáveis são os cálculos e suas probabilidades).” (BAUMAN, 2008, p. 129).

Diante de um cenário onde o risco se apresenta como protagonista, nasce a ideia do Direito Penal de Terceira Velocidade, sendo essa uma consequência da expansão do Direito Penal, residindo o fato do aumento do poder do Estado soberano, o qual passa a suprimir Direitos relacionados a liberdade, na medida que, implementa o Direito Penal do Inimigo. (JAKOBS, 2012).

Afrontando diretamente os Direitos Humanos, pois desconsidera e desrespeita este diretamente, despersonaliza a pessoa, relativizando seus direitos e garantias, criando um direito penal para aqueles que serão rotulados como inimigo, estes são entendidos como hostis, e deverão ficar de fora do contrato social, sendo lícito

aplicação de um direito penal sem o filtro dos Direitos Humanos, muito menos o filtro da Dignidade da Pessoa Humana, pois são entendidos como fora do contrato social, segundo Jakobs. (2012).

Dessa forma, surge uma zona anômala do direito, onde o direito está no alcance do indivíduo, mas o indivíduo não está no alcance do direito (AGAMBEN, 2008). Como consequência da seletividade na elaboração das leis, resultará em um encarceramento em massa das classes mais excluídas sob o prisma capitalista, ficando evidenciado um Direito Penal irracional, tirano, antidemocrático, espúrio, ilegítimo. (HOMMERDING, 2020). Sob esta ótica do medo, Bauman (2008) ainda aduz sobre os perigos de uma “forma não-calculável”, trabalhando estes com o viés da incerteza, diferindo um pouco de Beck. (1998).

Ao se fazer uma análise desses conceitos de risco, incerteza e medo na sociedade atual, chegar-se-á à conclusão de que nunca o medo e as incertezas estiveram tão presentes e aflorados no corpo social. Bauman (2008) descreve o medo em três formas diversas: em alguns casos o medo está relacionado às ameaças sofridas pelo corpo e suas propriedades; em outros casos o medo é percebido de uma forma mais geral sob o prisma da ordem social e da confiança que se relaciona à segurança e ao “sustento (renda, emprego)” dos indivíduos componentes do corpo social – inclusive com a probabilidade de ser acometida por uma invalidez ou até mesmo a senilidade; por último vêm os perigos pelos quais as pessoas sentem-se amedrontadas por fatores que correspondem à sua posição na sociedade, seja ela relacionada à classe social, gênero, etnia ou religião, o que gera uma exclusão social.

Ainda segundo Bauman (2008), as pessoas podem interpretar seus medos sob qualquer destes três tipos de perigos. Estes tipos de perigos as levam a um sentimento de insegurança e vulnerabilidade. O medo, bem como a insegurança e a incerteza, pode ser mitigados através de reações defensivas ou agressivas. Estas reações destinam-se a conduzir o medo e a insegurança para longe do indivíduo. Em contraponto, o Estado tem a promessa de oferecer proteção e segurança contra os perigos do segundo e terceiro tipos. O Estado, então, a fim de proteger os cidadãos dos perigos gerados pelo medo da insegurança social e insegurança pessoal, passa a dominar a política da vida, ao mesmo tempo administra e dirige estas vidas e passa a garantir tal segurança através de suprimentos e armas de combate.

No que diz respeito à relação da racionalidade do direito penal, este deveria ser compreendido sob o viés dos Direitos Humanos, sob o prisma da racionalidade, no qual o Estado deveria se imiscuir somente a tutelar bens juridicamente relevantes, de acordo com ROXIN. (2006). Dessa forma estaria se garantindo aos cidadãos os Direitos Humanos, os princípios da dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais característicos de um Estado Democrático de Direito.

O ideal seria que o Direito Penal fosse a *ultima ratio*, e que outros ramos do Direito fossem invocados primeiramente a participem das relações sociais, como exemplo o Direito Civil, Direito Administrativo, dentre outros, estes ramos do Direito poderiam regular as relações sociais, sem a necessidade da intervenção do Direito Penal. Isso contribuiria ao fortalecimento da Democracia, dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana. Não se justifica um Direito Penal exacerbado, que viola bens jurídicos protegidos, como justificativa de proteger de forma abstrata a sociedade.

Com o afloramento dos riscos, perigos e inseguranças, gerou-se um alarmismo não justificado em matéria de segurança pública, o qual redundou no clamor social por políticas de maior presença e eficácia na esfera do controle social. Nesse diapasão, Silva-Sánchez (2001), sustenta que a sociedade atual pode ser percebida como uma “sociedade da insegurança”, ou “sociedade do medo”, passando a sustentar que a experiência subjetiva de risco se demonstra notoriamente maior do que a sua existência objetiva. Ou seja, a subjetividade dos riscos adquire proporções maiores do que realmente estes representam. Nas palavras do autor: “[...] la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la própria existência objetiva de los mismos.” (SILVA-SÁNCHEZ, 2001, p. 25-26).

Nessa lógica, Navarro (2005) leciona sobre os efeitos do medo relacionados com a criminalidade, na qual o cidadão temeroso é induzido a tomar medidas as quais acabam por mudar seu estilo de vida em busca de segurança. Buscando proteção, refugiando-se do medo, protegendo-se com trancas, muros, sistemas eletrônicos, cadeados, dentre outros. Estes reflexos também são sentidos social e economicamente. O temor de ser vítima de um delito afeta grande parte dos cidadãos e seus reflexos produzem consequências graves.

Um dos problemas relacionados ao medo é que este é percebido como um problema mais grave do que propriamente a delinquência. Esse receio ao delito é a razão das grandes mudanças nos hábitos da sociedade que, amedrontada, procura proteger-se criando uma fortaleza ao seu redor. O medo de ser vítima desencadeia condutas as quais podem ser muito destrutivas no aspecto da vida em sociedade e comunidade, uma vez que, causa mudanças nos espaços públicos, transformando-os em áreas desertas. (NAVARRO, 2005).

Já em Cepeda (2007), o autor relaciona a globalização, e sua livre circulação de novas tecnologias a um mercado em ascensão e à emergência de novos riscos, os quais possuem uma estreita relação com as tecnologias, a globalização da economia e da informação, com esta emergência dos novos riscos e perigos nasce um sentimento de que através do direito penal os cidadãos possam encontrar a segurança ou proteção necessárias, as quais por sua vez aniquilarão por completo os medos gerados pelos novos riscos.

Nesse contexto de um direito penal para dar respostas a estes novos medos ou perigos, notam-se a perda humanística da Ciência Penal. Por detrás disso está a busca tecnocrática, a qual alimenta seu próprio sistema de regras, as quais justificam e legitimam a função social desse sistema. Seus objetivos são, nas palavras de Cepeda. (2007, p. 30), “a) la estabilización simbólica de la seguridad colectiva; b) la neutralización social de los megarriesgos producidos por el desarrollo económico; c) la defensa a ultranza del monopolio estatal de la organización social.”

Esse discurso de um direito penal máximo fere gravemente os Direitos Humanos, uma vez que sua sistemática serve apenas para manipular e controlar toda uma população, ferindo também o Estado de Bem-Estar, sendo que as leis recrudescidas só vão em prejuízo dos mais pobres. Peremptoriamente, a globalização e ascensão e expansão do direito penal deságua em discriminação e exclusão dos mais pobres. (CEPEDA, 2007).

Silva-Sánchez (2004) salienta que com ascendência dos riscos ocorre um clamor social para que o Estado dê respostas a estes, de forma a proporcionar mais segurança e proteção. Este clamor social adquire uma conotação na qual mais proteção é sinônimo de mais punições. Busca-se, portanto, uma resposta aos riscos através do direito penal.

Diante das discussões elencadas até agora, percebe-se que a expansão do Direito Penal serve para que se promova a exclusão e segregação da classe pobre, a qual é considerada como lixo e refugio humano de uma sociedade globalizada. Nesse contexto, a prisão se tornou um paradigma por excelência de exclusão e anulação dessa classe, a fim de que se ofereça uma suposta segurança à classe de consumo.

Nesse diapasão, o Direito Penal, o qual deveria ser a *ultima ratio*, tem sua lógica invertida drasticamente, passando a ser a primeira opção a fim que se promova o encarceramento do seu público alvo, ou seja, (os pobres), uma vez que não estando adaptados à globalização, não podendo fazer parte de uma sociedade de consumo, não resta outra opção além de segregá-los para que não produzam riscos sociais e gerem uma sensação de insegurança para a classe elitizada.

Com a prisão obtém-se a anulação imediata dos indivíduos que produzem riscos sociais; também a prisão é considerada pelos governantes como a medida por excelência, uma vez que atentem de forma mais eficaz aos seus interesses políticos com escopo de angariarem votos, pois repercute positivamente nas urnas, contribuindo dessa forma a permanência no poder, haja vista que a prisão tem o condão de excluir todos aqueles que foram marginalizados pelo poder hegemônico e possui um baixo custo financeiro.

Observa-se que essas medidas são muito bem recepcionadas pela população em geral, onde a mídia, a internet, contribuem significativamente com o clamor popular das massas, as quais aspiram por um direito penal mais recrudescido e expansivo, o que resulta a implementação da terceira velocidade do direito penal, o qual fere gravemente os Direitos Humanos e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, entretanto, essa expansão do Direito Penal acaba por gerar um sentimento de segurança para a classe de consumo.

A característica do sistema de Direito Penal Brasileiro em sua expansão é o cárcere por excelência, cujas penas não tem o condão de apenas defender a sociedade dos riscos, ou buscar a prevenção de crimes, ou a não reincidência delitiva, mas por trás de um discurso político, em um projeto de manutenção do poder, o qual mantém fidelizados seus eleitores, busca-se a colocação dessa casta social pobre dentro dos presídios, os quais são uma verdadeira lata de lixo humano, haja vista que, não respeitam os Direitos Humanos e muito menos a Dignidade da Pessoa Humana, servindo apenas para excluir todos aqueles que não estão adaptados a um mundo globalizado de consumo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou analisar as relações entre o Direito e a política, e a relação do ente Estatal com seus súditos, o direito à Segurança Pública sob o prisma dos Direitos Humanos, fazendo-se uma análise mais aprofundada das teses agambenianas, as

quais consistem na biopolítica e a produção da vida nua bem como o Estado de Exceção, surgindo dessa forma o direito de fazer morrer ou deixar viver. Nessa perspectiva compreende-se a implementação do Estado de Exceção, através de uma biopolítica capaz de produzir uma vida desqualificada, esse paradigma de governo cada vez mais presente na sociedade atual.

Nesse Estado de Exceção, observou-se constantes práticas totalitárias realizadas pelo soberano, através do recrudescimento do direito penal. Esta forma de agir do Estado, deveria ficar restrita a acontecimentos excepcionais, possuindo suas limitações a um determinado espaço de tempo e lugar, entretanto, o que era para ser exceção torna-se a regra devido ao uso permanente das medidas exercidas no Estado de Exceção, nessa perspectiva o Estado de Exceção passa a ter uma conotação biopolítica estruturada em um Direito que inclui o indivíduo mas cria uma suspensão para esse, surgindo com isso uma região anômala do Direito, na qual esse indivíduo fica à mercê do próprio Direito, não encontrando abrigo nas leis, dando mais ênfase a uma ideia voltada ao âmbito militar bélico.

Esse paradigma de governo constitui o *iustitium*, no qual o governo rege a vida da sociedade através do recrudescimento e expansão do Direito Penal, em um Direito Penal de Terceira Velocidade configurado como técnica de governo em um modelo de Estado de Exceção que de forma progressiva vem se implementando em todas as democracias ocidentais, sem precedentes utilizando-se dessas técnicas em nome da Segurança Pública ferindo gravemente os Direitos Humanos, uma vez que, o Direito Penal deveria agir de forma racional, de forma mínima, se imiscuindo somente a tutelar bens juridicamente relevantes, dessa forma estaria garantindo os Direitos Humanos e todos os direitos fundamentais característicos de um Estado Democrático de Direito, permitindo que outros ramos do Direito participem das relações sociais, seria o caso do Direito Civil, Direito Administrativo etc... Isso contribuiria ao fortalecimento da Democracia, dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana, não se justificando um Direito Penal exacerbado, que viola bens jurídicos protegidos, como justificativa de proteger de forma abstrata a segurança pública.

No presente artigo ficou evidenciado a influência dos canais de comunicação no processo legislativo. Comprovou-se que a internet e a mídia contribuem diretamente para implementação de um direito penal de terceira velocidade, também denominado de Direito Penal do Inimigo, haja vista que, contribui para a formação da opinião pública das grandes massas, as quais anseiam por mais punições aos rotulados como delinquentes, sendo aqueles que não se adaptaram ao sistema capitalista, ferindo dessa forma os Direitos Humanos e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante desses fatos, despertou interesses políticos dos parlamentares, em que estes viram uma oportunidade de angariar votos de seus eleitores, dessa forma garantiria sua permanência no poder, desde que acolhessem os pedidos da população as quais aspiram por um Direito Penal mais expansivo e recrudescido, o que constitui as chamadas nomorréias penais, em inobservância aos conceitos teleológicos, constituindo dessa forma uma lei irracional, direcionada as pessoas denominadas de vida nua.

Diante do exposto, percebe-se que existe uma necessidade de discutir o tema Segurança Pública sob a óptica da justiça e dos Direitos Humanos, em um contexto

de Estado Democrático de Direito. Uma vez que o ente estatal não pode se utilizar dos órgãos de Segurança Pública como instrumentos de coerção para satisfazer seus próprios anseios. Mas deve desenvolver políticas de Segurança Pública e sociais, as quais promovam a paz social, igualdade econômica, redução da criminalidade e sua violência, preservação da ordem pública, a garantia do patrimônio, e a promoção de segurança ao cidadão, sem desrespeitar os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer O Poder Soberano e a Vida Nua**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Tradução: Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Tradução: Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Direitos humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência**. 2009. Dados disponíveis em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>. Acesso em: 27 out. 2023.

SCHREIBER, Mariana. Um terço dos presos no mundo não passou por julgamento, diz estudo. BBC News Brasil, 2014. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141008\\_presos\\_sem\\_julgamento\\_rm](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141008_presos_sem_julgamento_rm). Acesso em: 01 out. 2023.

DÍEZ RISPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A quinta fase da sociologia do direito: o cruzamento da teoria comunicativa de Jürgen Habermas com a teoria sistêmica de Niklas Luhmann.** 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad.** Juruá Editora, 2012.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: 2008.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y ordem social en la sociedad contemporánea.** Tradução: Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

JAKOBS, Günther. **Direito do inimigo: noções e críticas.** Tradução: André Luís Callegari. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente.** Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

NAVARRO, Susana Soto. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. **Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología**, v. 7, p. 09, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** 2. ed. España: Civitas, 2001.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Eficiência e direito penal.** Tradução: Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

## TERRORISMO INTERNACIONAL: REFLEXÕES ACERCA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL À LUZ DO CONFLITO ARMADO ENTRE ISRAEL E HAMAS<sup>71</sup>

Vinícius Wildner Zambiasi<sup>72</sup>

José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>73</sup>

**Resumo:** Em que pese o terrorismo seja uma modalidade delitiva que assola a humanidade há muitos séculos, em decorrência da globalização (e da consequente diminuição de fronteiras e integração entre povos), esse fenômeno que outrora estava restrito a certas comunidades, está cada vez mais presente nas pautas internacionais. Nesta senda, o Direito Penal consagrou um importante avanço na sua consolidação em âmbito internacional na virada para o século XXI, através da criação do Tribunal Penal Internacional. Não obstante a isso, o Estatuto de Roma não fez previsão expressa do terrorismo dentro dos “*core crimes*” que são jurisdicionados pela referida Corte Penal, uma vez que inexistente consenso globalmente aceito sobre a conceituação jurídica de terrorismo. Tal discussão ganha novo fôlego a partir do início do conflito armado entre Israel e Hamas em outubro de 2023. Deste modo, apesar de importante segmento doutrinário apontar em sentido diverso, torna-se impossível julgar atos terroristas no âmbito do Tribunal Penal Internacional, sob pena de violação do princípio da legalidade.

**Palavras-chave:** Direito Penal Internacional. Estatuto de Roma. Terrorismo Internacional. Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>71</sup> Artigo publicado como capítulo da obra Estudos Conimbricenses de Direito Público. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, aqui adaptado em razão da pertinência temática.

<sup>72</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/Santo Ângelo, Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Bolsista PROSUC/CAPEL. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Advogado e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. Membro do Grupo de Pesquisa “Tutela do Direitos e sua Efetividade”. E-mail [vinicius.zambiasi@univel.com](mailto:vinicius.zambiasi@univel.com)

<sup>73</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, Especialista em Direito Público pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA, Especialista em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo - FADISA. Professor titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Doutorado e Mestrado - e da Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/Santo Ângelo e professor de Direito Penal na Faculdade CNEC/ Santo Ângelo. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJ/RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Tutela do Direitos e sua Efetividade”. E-mail: [jfdclyra@tj.rs.jus.br](mailto:jfdclyra@tj.rs.jus.br)

## INTRODUÇÃO

No dia 7 de outubro de 2023, o grupo radical islâmico Hamas<sup>74</sup> perpetrou uma série de atentados contra o Estado de Israel, vitimando centenas de pessoas<sup>75</sup>. Em resposta, Israel iniciou sua contraofensiva direcionada à Faixa de Gaza, território palestino comandado pelo Hamas, cujas vítimas também – até o presente momento – foram extremamente consideráveis, já ultrapassando a casa dos dez mil<sup>76</sup>.

Diante disso, em que pese sem a pretensão de realizar um estudo de caso específico, esse novo capítulo do histórico conflito entre palestinos e israelenses (cuja incerta data de início remonta a décadas – se não séculos – anteriores ao fatídico 07 de outubro de 2023) inspirou o presente trabalho, cuja investigação busca responder se há a possibilidade de enquadrar os atentados perpetrados pelo Hamas como atos terroristas, bem como se o Tribunal Penal Internacional possui competência para julgar as referidas condutas, vez que apesar de não estar previsto expressamente no Estatuto de Roma, atos terroristas costumam ser tão gravemente quanto os demais *core crimes* lá tipificados.

O terrorismo atualmente ocupa o patamar de uma das condutas delitivas mais gravosas e hediondas que são tuteladas pelos ordenamentos jurídico-penais internos, de modo que em determinadas regiões do globo, inclusive já se apresenta como um problema crônico de segurança, o qual não fica necessariamente adstrito dentro das fronteiras internas do determinado Estado.

Ademais, apesar dos diversos tratados e convenções que tutelam o terrorismo em âmbito internacional ou regional, a sociedade internacional ainda não conseguiu dar uma resposta à altura desse fenômeno delitivo, esbarrando na própria adoção de um conceito jurídico-penal amplamente aceito.

Por outro lado, o florescer do século XXI trouxe consigo a criação do Tribunal Penal Internacional, que ao contrário dos seus antecessores que o inspiraram, é uma Corte que atua de forma independente e permanente, exercendo sua jurisdição sob quatro delitos definidos como “*core crimes*” – dentre os quais, adianta-se, não se encontra expressamente previsto o terrorismo.

Para tanto, a pesquisa será dividida em três capítulos, os quais visam abordar, respectivamente, a conceituação de terrorismo internacional a partir de uma construção dogmática e doutrinária embasada nos ensinamentos de Manuel Cancio Meliá e Antonio Cassese; a criação, as características e a competência do Tribunal Penal Internacional; e, por fim, a inclusão ou não do delito ora discutido sob a competência de julgamento da referida Corte de Haia à luz da aplicabilidade da fórmula de Tsilonis.

Em relação ao método de abordagem, a presente pesquisa é construída a partir do hipotético-dedutivo, através da consulta de bibliografias doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências e legislações.

---

<sup>74</sup> De acordo com Levitt (2006), o termo *Hamas* é um acrônimo de *Harakat al-Muqawama al-Islamiya* (ou, em português, Movimento de Resistência Islâmica).

<sup>75</sup> Computam-se aqui os mortos, feridos e desaparecidos.

<sup>76</sup> Segundo estimativas palestinas – número contabilizado em 08 de novembro de 2023.

## O TERRORISMO INTERNACIONAL

O terrorismo, como bem se sabe e muito melhor já se discutiu (Zambiasi, 2019), não é um fenômeno atual na história da humanidade, de modo que o próprio estereótipo da figura do terrorista foi sucessivamente alterado conforme o contexto histórico, social e político em que se analisa a questão<sup>77</sup>. Entende-se assim, portanto que não existe um, mas sim vários terrorismos.

Não obstante a isso, os esforços da sociedade internacional, na busca por uma definição jurídico-penal de terrorismo universalmente aceita é bastante antiga<sup>78</sup>, sem, contudo, jamais ter obtido um desejável (ou suficiente) sucesso<sup>79</sup>.

Destaca-se que o grande (e justo) empecilho a esse processo advém principalmente de países subdesenvolvidos (historicamente subjugados e explorados pelos seus pares do hemisfério norte), que receiam a rotulação dos *Freedom Fighters* (grupos e povos que buscam sua autodeterminação através da força) como terroristas. (CASSESE, 2003). Em resumo, percebe-se que a dificuldade que envolve as tratativas é de natureza muito mais política do que jurídica.

Outrossim, tendo em vista essa insuperável lacuna existente no âmbito do Direito Internacional Penal, resta à doutrina o importante papel de auxiliar no preenchimento (de forma crítica e construtiva) da conceituação de terrorismo.

Em que pese já se tenha explorado de forma mais pormenorizada tal questão em outra oportunidade (ZAMBIASI, 2019), para os fins visados no presente estudo, faz-se imperioso destacar, a partir dos elementos estruturantes, qual é o conceito que parece ser mais adequado ao fenômeno violento ora debatido.

Assim, a partir da concepção inicialmente proposta por Manuel Cancio Meliá (2010), entende-se pela existência de três elementos imprescindivelmente cumulativos na configuração da ação terrorista enquanto fenômeno delitivo (os quais, por óbvio, deverão ser reproduzidos em qualquer conceituação jurídica ou tipificação penal do fenômeno delitivo em questão): a intimidação massiva, o caráter armado e a projeção estratégica.

O elemento da (I) intimidação massiva significa que o terrorismo é verificado a partir do cometimento de ataques sistemáticos (ou um único, desde que super potencializado), direcionados contra vítimas aleatórias, a fim de disseminar o terror entre seus pares. (CANCIO MELIÁ, 2010). Ou seja, atentados terroristas são, via de

<sup>77</sup> Muito por influência da exacerbada exploração midiática, a ideia de “terrorista” atualmente remete o imaginário humano à figura de um muçulmano radicalizado. Décadas atrás, contudo, tal rótulo era preenchido com a ilustração de um guerrilheiro urbano de ideologia marxista e aspiração separatista.

<sup>78</sup> Mais especificamente de 1937, com a “Convenção para Prevenção e Punição do Terrorismo” da Liga das Nações.

<sup>79</sup> Não despreza-se, contudo, os avanços regionais da matéria – isto é, aqueles conceitos adotados por Organizações Internacionais como a Liga Árabe (1998 *The Arab Convention For The Suppression Of Terrorism*), a Organização para a Cooperação Islâmica (1999 *Convention of the Organisation of the Islamic Conference on Combating International Terrorism*) e a Comunidade dos Estados Independentes (1999 *Treaty on Cooperation among the States Members of the Commonwealth of Independent States in Combating Terrorism*).

regra, perpetrados contra um grupo randomizado de pessoas (“ocidentais”, “muçulmanos xiitas”, “judeus”, “israelenses” etc.), justamente para, através dessa instrumentalização de sujeitos, disseminar o sentimento de que “qualquer um” pode ser vitimizado por tais ataques.

Assim, como refere Cassese (2003), as vítimas do atentado terrorista não são selecionadas por uma relação pessoal com o perpetrador, nem pelo seu gênero, idade, nacionalidade, posição social, e tampouco por serem possuidoras de certos bens materiais (tal qual ocorre na criminalidade dita “ordinária”). Isto porque o terrorista é “cego” às suas particularidades, pouco importando se a vítima é jovem ou velha, homem ou mulher, nacional ou estrangeira, rica ou pobre. Ou seja, a vítima do terrorismo nada mais é que uma simples “ferramenta anônima e dispensável”.

No que diz respeito ao (II) caráter armado das ações, tal elemento se encontra estritamente vinculado à intimidação massiva, uma vez que os “atos de terrorismo”, quando singularmente analisados, são compostos por condutas violentas e já criminalizadas pela maciça maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais, tais como o homicídio, agressões físicas, sequestro, manuseio de dispositivos explosivos, dentre outros. (CANCIO MELIÁ, 2010).

Por fim, assumir a (III) projeção estratégica do terrorismo significa dizer que tais atos devem ser cometidos no seio de uma estrutura organizacional minimamente coordenada, cujo elemento subjetivo específico seja de ordem política – excluindo-se, portanto, a persecução de fins individuais e egoísticos (como ocorre no caso dos “*lone wolves*” e “*mass shootings*”). (CANCIO MELIÁ, 2010).

Isto é, o grupo terrorista deverá, através do caráter armado de suas ações, e da conseqüente intimidação massiva gerada, exercer uma espécie de “diplomacia coercitiva”, a fim de impor (ou alterar a preexistente) ordem política daquela determinada localidade vitimizada. (ZAMBIASI, 2019).

Deste modo, percebe-se que o terrorismo se diferencia da criminalidade ordinária não pelo grau de violência empregado (o qual, reitera-se, consiste em nada mais que condutas já tipificadas nos ordenamentos jurídicos internos), nem pelo número de pessoas vitimizadas (que, diga-se, é historicamente inferior aos *core crimes* estudados na próxima subseção), mas sim pela quantidade e qualidade de bens jurídicos lesionados. Em suma, não é a gravidade dos atos cometidos, tampouco o número de pessoas vitimizadas no atentado que impelem sua configuração como “ato de terrorismo.” (ZAMBIASI, 2019).

Com isso, aponta-se que o maior grau de injusto carregado nos delitos de terrorismo decorre da pluriofensividade de bens jurídicos atingidos, quais sejam:

(i) os de ordem individual e pessoal das vítimas diretas (isto é, aquelas aleatoriamente selecionadas e instrumentalizadas), como a vida, o patrimônio e a integridade física. (ZAMBIASI, 2019); e

(ii) os de ordem supraindividual e política das vítimas indiretas – ou seja, a paz pública (violada a partir da intimidação massiva) e a ordem democrática do Estado (alvo principal da projeção estratégica do terrorismo). (ZAMBIASI, 2019).

Ademais, para os fins propostos no presente artigo, faz-se imperioso indicar quais são as peculiaridades que diferenciam o “terrorismo doméstico” do “terrorismo internacional”.

Nesta senda, assiste parcial razão a Cassese (2003)<sup>80</sup>, que aponta os seguintes elementos para a internacionalização do terrorismo:

(i) que a perpetração dos atentados envolva, de alguma forma, as autoridades políticas de um Estado, ou que a magnitude desses atos terroristas seja suficientemente grave a ponto de colocar os interesses internacionais em risco; e

(ii) que tais atentados exibam dimensão transnacional – isto é, não fiquem circunscritos somente ao território de um único Estado (seja no que diz respeito às pessoas implicadas, aos meios empregados, ou mesmo em decorrência da aquiescência ou tolerância de outros Estados), mas sim que se espalhem e coloquem em risco a segurança e a paz da sociedade internacional.

Nesta senda, os atentados do *Euskadi Ta Askatasuna* (ETA) na Espanha, do *Irish Republican Army* (IRA) no Reino Unido, e da *Brigate Rosse* na Itália não poderiam configurar atos de terrorismo internacional, devendo, portanto, serem julgados de acordo com a respectiva legislação penal doméstica. (CASSESE, 2003). Por outro lado, a partir da supracitada visão de Cassese (2003), os atentados cometidos pelo Hamas (cujo braço político é responsável por comandar a Faixa de Gaza desde as eleições de 2006) em território israelense poderiam sim ser enquadrados como atos de terrorismo internacional.

## O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Relativamente recente no desenvolvimento da sociedade internacional (e, conseqüentemente, do próprio Direito Internacional Público), o Tribunal Penal Internacional foi criado a partir do Estatuto de Roma de 1998, ao qual o Brasil é signatário desde 7 de fevereiro de 2000, tendo-o ratificado em 20 de junho de 2002<sup>81</sup>.

O TPI, como também é conhecido, encontra-se estabelecido na cidade de Haia (Países Baixos) e iniciou suas atividades no ano de 2002, momento em que passou a representar imprescindível ferramenta para o processamento e julgamento de alguns dos atos mais graves que podem ser atentados em face da humanidade.

Atualmente já passaram pelo Tribunal Penal Internacional vinte e oito casos diferentes, os quais podem ser punidos com pena de privativa de liberdade de até 30 anos, prisão perpétua (em casos mais graves), multa e perda de bens, produtos e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime.

### Tribunais *Ad Hoc* e os Antecedentes Históricos do TPI

Não obstante o imprescindível papel atualmente desempenhado pelo Tribunal Penal Internacional, salienta-se que em um passado próximo (particularmente durante o século XX), durante os períodos mais conflituosos e de maiores violações aos direitos humanos em âmbito internacional, a sociedade internacional não contava com

<sup>80</sup> Ao contrário do que prega o autor, entendemos que não há necessidade de que haja um conflito armado (interno ou internacional) para a configuração do terrorismo internacional.

<sup>81</sup> Data do depósito da ratificação.

uma Corte Penal de jurisdição permanente para apreciar e sancionar eventuais atos bárbaros cometidos contra a humanidade.

Desta forma, faz-se imprescindível compreender as origens históricas – remontadas especialmente ao final da Segunda Guerra Mundial e em decorrência das barbáries lá cometidas, que ensejaram a tardia criação de um tribunal com tais características.

De acordo com Valerio Mazzuoli (2020), as duas grandes guerras mundiais, em especial as atrocidades praticadas no Holocausto nazista, fomentaram a necessidade de criação de um *jus puniendi* global, de modo que seu legado foi a urgência de se operacionalizar uma “arquitetura internacional de proteção aos direitos humanos”, a fim de prevenir a reascensão e impunidade de governos e movimentos dessa natureza.

É neste contexto histórico-social que França, Estados Unidos, Grã-Bretanha e (a então existente) União Soviética, entre os anos de 1945 e 1946, teceram o chamado Acordo de Londres (ONU, 1945), a fim de criar o Tribunal de Nuremberg, responsável por processar e julgar os sujeitos responsáveis por perpetrar os graves e bárbaros atos criminosos durante a vigência da Segunda Guerra Mundial.

Insta salientar que o artigo 6º do Acordo de Londres, responsável por tipificar quais crimes seriam de competência de julgamento do Tribunal de Nuremberg, apresentou condutas criminosas que seriam, em parte, replicadas no posterior Estatuto de Roma. São elas: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

De forma bastante similar à supracitada Corte, em 1946 foi criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (ou Tribunal Militar Internacional de Tóquio), que foi responsável pelo processamento e julgamento das autoridades políticas e militares do Japão Imperial, também em decorrência dos crimes de guerra e contra a humanidade perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial. (MAZZUOLI, 2020).

Anos mais tarde, já em meados da década de 1990, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, através de Resoluções embasadas no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, criou outros dois tribunais internacionais *ad hoc*, responsáveis pelo processamento e julgamento de atos dessa mesma natureza. (MAZZUOLI, 2020): O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia<sup>82</sup>, e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda<sup>83</sup>.

As fundadas críticas em relação a forma de criação<sup>84</sup> dos supracitados Tribunais da Iugoslávia e de Ruanda, bem como pelo fato de terem sido formados após a ocorrência dos atos que viriam a julgar (*ex post facto* – em manifesto

<sup>82</sup> Resolução n.º 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da ONU.

<sup>83</sup> Resolução n.º 955, de 08 de novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU.

<sup>84</sup> Conforme se verifica no art. 27, §3º da Carta das Nações Unidas, dos quinze membros do Conselho de Segurança, basta que nove (incluindo-se os cinco membros permanentes) votem favoravelmente à criação do respectivo Tribunal.

desrespeito ao princípio do juiz natural<sup>85</sup>), demonstraram a imprescindível necessidade de se constituir, em âmbito internacional, um tribunal global, permanente, independente e imparcial. (MAZZUOLI, 2020).

Assim, colocando fim às anteriores controvérsias e representando importante avanço do Direito Penal Internacional, em 17 de julho de 1998, durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma foi aprovado com cento e vinte votos favoráveis, sete contrários<sup>86</sup> e vinte e uma abstenções. (SOUKI, 2014).

Deste modo, em 1º de julho de 2002, sessenta dias após o depósito do 60.º instrumento de ratificação, o Tribunal Penal Internacional foi finalmente criado, e vem, desde então, desempenhando importante escudo em defesa dos direitos humanos em âmbito internacional. (SATZGER, 2012).

## Características do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, no exercício da jurisdição em âmbito internacional que lhe é delegada pelo Estatuto de Roma, possui destacáveis características que o diferencia de tribunais regulares de direito interno.

A primeira, e talvez mais importante característica, é a independência do Tribunal Penal Internacional. Assim sendo, a Corte deve funcionar e operar livre de interferências externas, de modo a garantir sua imparcialidade e distanciamento de eventuais pressões políticas das potências mais poderosas no cenário internacional.

Além disso, diferentemente dos Tribunais Criminais *ad hoc*, o TPI possui caráter de complementariedade frente às jurisdições penais internas dos Estados<sup>87</sup>, de modo que somente poderá ser acionado, de forma subsidiária, quando os tribunais internos não se mostrarem capazes ou interessados em processar e julgar os indivíduos que cometeram os crimes destacados no Estatuto de Roma. (MAZZUOLI, 2020).

Nesta senda, Tsilonis (2019) aduz que de acordo com o princípio da complementariedade, o TPI somente será acionado como uma espécie de “paraquedas de reserva” – isto é, quando o “paraquedas original”, qual seja a jurisdição nacional, não cumprir seu dever de modo direto e efetivo<sup>88</sup>.

Por fim, a última particularidade é o caráter de automaticidade após sua entrada em vigor no ano de 2002. Ou seja, ao contrário do que ocorre com os demais tribunais internacionais, e apesar do Estatuto de Roma exigir (como qualquer tratado) sua ratificação pelos Estados, o Tribunal Penal Internacional poderá exercer sua jurisdição

---

<sup>85</sup> De acordo com Avena (2018), é o princípio processual penal que assegura ao sujeito o direito de ser processado e julgado por um tribunal estabelecido previamente à prática do delito. Portanto, restando vedada a criação de tribunais de exceção.

<sup>86</sup> Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.

<sup>87</sup> TPI. **Estatuto de Roma**. Preâmbulo e Art. 1º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>88</sup> Tal princípio foi utilizado pela primeira vez em 2013, no julgamento de Abdullah Al-Senussi.

inclusive sob pessoas que se encontram em território de Estado não signatário<sup>89</sup> do Estatuto ora citado. (MAZZUOLI, 2020).

Deste modo, com essas características de independência, automaticidade e subsidiariedade, buscou-se criar uma Corte Penal permanente de caráter global, imparcial (ou seja, protegida de imposições externas) e que respeita a soberania interna dos Estados (atuando somente no caso da sua desídia ou omissão).

## Competências do Tribunal Penal Internacional

Inicialmente, insta salientar que não obstante as profundas e inconclusivas discussões acadêmicas que foram travadas ao longo do século XX, o Direito Penal Internacional reconhece a jurisdição do Tribunal Penal Internacional somente para os chamados “crimes centrais” – isto é, os *core crimes*. (TSILONIS, 2019).

Em contrapartida, o Direito Penal Internacional deixa de tutelar uma vasta gama de condutas que são internacionalmente consideradas como “crimes transnacionais” (como tortura, pirataria, sequestro de aviões, tráfico de drogas, etc.), as quais se restringem a ser objeto de vários tratados internacionais que visam sua prevenção e supressão, e que dependem da ratificação e posterior transposição interna do seu conteúdo.

Da mesma forma, o Tribunal Penal Internacional também não exerce sua jurisdição sobre condutas que são “universalmente rotuladas como crime” nos ordenamentos jurídicos internos, tais como o homicídio, o estupro, o sequestro, a pornografia infantil, o roubo, etc.

Assim, denota-se pela análise do Capítulo II (art. 5º e seguintes) do Estatuto de Roma que a competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional é composta por um rol taxativo de delitos, os quais são considerados extremamente gravosos e cujo eventual cometimento afeta toda a comunidade internacional. São eles: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Contudo, antes de se adentrar especificamente no estudo da *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, imperioso tecer alguns comentários sobre a sua competência em razão do tempo, lugar e pessoas.

No que diz respeito à *ratione temporis*, diferentemente dos Tribunais *ad hoc* que o antecederam, o TPI é uma Corte “prospectiva” – ou seja, nos termos do art. 24, §1º do Estatuto de Roma, não poderá, de forma alguma, exercer sua jurisdição sobre crimes cometidos antes da entrada em vigor do referido Tratado, em 1º de julho de 2002. (SHABAS, 2016).

Acerca da *ratione personae*, o Tribunal Penal Internacional possui jurisdição sobre os nacionais dos Estados que ratificaram o Estatuto de Roma (art. 12, §2º, “b”), ou nacionais de Estados não-signatários que aceitarem posteriormente a competência da Corte de Haia em relação a determinado fato (art. 12, §3º), desde que os acusados tenham mais de dezoito anos na data da prática do crime (art. 26).

---

<sup>89</sup> Destaca-se que importante atores da sociedade internacional, como Estados Unidos da América, China, Turquia, Egito, Irã, Israel, Rússia, Iraque e Índia, não são signatários ou não ratificaram o Estatuto de Roma até a presente data.

Por fim, no que tange à *ratione loci*, o TPI possui competência sobre atos cometidos no território dos Estados-membros, independentemente da nacionalidade dos agentes infratores (art. 12, §2º, “a”). Salienta-se que tal regra permite que a Corte de Haia processe e julgue nacionais de Estados que não são signatários do Estatuto de Roma – como é o caso de agentes israelitas (país que não ratificou o Estatuto de Roma) que cometam eventuais *core crimes* em território palestino.

Analisado quem, de onde e a partir de quando pode-se submeter um caso à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, passa-se prontamente à análise *ratione materiae* – isto é, do “pelo que?”.

### Genocídio

Considerado pelo Tribunal de Ruanda como “o crime dos crimes” (SHABAS, 2016, p. 116) e apontado como uma das maiores preocupações da segunda metade do Século XX (MAZZUOLI, 2020), tão logo a Segunda Guerra Mundial chegou ao final, a sociedade internacional providenciou, através da Resolução n.º 260-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, a elaboração e ratificação Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. (ONU, 1948).

Tal preocupação origina-se do fato que, somente no século XX, o mundo testemunhou ao menos cinco genocídios, os quais vitimaram milhões de pessoas (sem contar os casos atuais que possivelmente se enquadrem nessa categoria delituosa). (TSILONIS, 2019). Foram eles:

- a) O genocídio armênio, perpetrado pelos turcos (1915 a 1917);
- b) O genocídio de judeus e ciganos, fomentado pelos alemães nazistas (1941 a 1945);
- c) O genocídio cambojano, patrocinado pelo regime de Pol Pot (1975);
- d) O genocídio tutsi em Ruanda, cometido pelos Hutus (1994); e
- e) O genocídio de bósnios muçulmanos, ocorrido durante a Guerra da Bósnia (1995).

Não por outra razão é que cinquenta anos após a supracitada Convenção (1948), o Estatuto de Roma (1998), valendo-se de uma definição jurídica já adotada anteriormente pelo Conselho de Segurança da ONU quando criou os tribunais *ad hoc* da Iugoslávia e Ruanda, acertadamente elencou o genocídio como um dos delitos sob a jurisdição do TPI. (TSILONIS, 2019).

Desta forma, o art. 6º do Estatuto de Roma tipifica as seguintes condutas como genocidas: homicídio, ofensas graves à integridade física ou mental, sujeição intencional de pessoas a uma condição de vida que vise provocar sua destruição física, imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos e realização de transferência forçada de crianças.

Não obstante a isso, o que diferencia o genocídio dos demais crimes é o chamado “elemento mental” ou “*dolus specialis*.” (SCHABAS, 2016, p. 118). Isto é, para que seja configurado o delito em tela, é imprescindível que os supracitados atos sejam cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, determinado grupo em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. (TSILONIS, 2019).

Por fim, atente-se que a expressão “no todo ou em parte” é entendida como um elemento excludente quantitativo, de modo que o assassinato ou perseguição de apenas uns poucos membros de determinado grupo não pode, de forma alguma, ser classificado como um ato de genocídio. Portanto, tais condutas devem atingir (ou ao menos intentar lesionar) parte substancial da coletividade vitimizada. (SCHABAS, 2016, p. 120).

### *Crimes contra a humanidade*

Desde os primórdios da humanidade até os tempos atuais, inúmeros são os registros de atos bárbaros e crimes hediondos cometidos contra determinados grupos de pessoas, tais como a escravização, tortura, violência sexual, perseguição de minorias étnicas, raciais ou religiosas, dentre outros.

Contudo, em que pese tais atos remontem a períodos historicamente remotos, o termo “crimes contra a humanidade” somente veio a ser cunhado em âmbito internacional no despontar do século XX, mais precisamente em 1915, em uma Declaração Conjunta cunhada por França, Grã-Bretanha e Rússia, em decorrência do genocídio armênio<sup>90</sup>.

Da mesma forma, o primeiro registro de processamento e julgamento de atos dessa natureza também ocorreu de forma bastante tardia na história da humanidade. Mais especificamente com o final da Segunda Guerra Mundial e a subsequente instauração do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. (TSILONIS, 2019).

Assim, dadas as evoluções no tratamento da matéria ao longo do século XX (especificamente através dos já citados Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Iugoslávia e Ruanda), o Estatuto de Roma, desde a sua versão inicial de 1998, tipifica os “crimes contra a humanidade” no seu art. 7.º, considerando-os como um “quadro de ataques generalizados ou sistemáticos contra qualquer população civil”, por meio de atos como homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão ilegal, tortura, agressão sexual, perseguição, *apartheid*, etc.

Ainda, atente-se que diferentemente do que previa o Tribunal Militar Internacional da Iugoslávia (ONU, 1991), o Estatuto de Roma não condiciona a existência de crimes contra a humanidade com a situação de guerra, de modo que esses “ataques”, para serem submetidos à jurisdição do TPI, podem (ou não) ocorrer durante um conflito armado.

Ademais, o art. 7º, §2º, “a” do Estatuto de Roma prevê que os ataques, além de sistemáticos e generalizados, devem ser perpetrados de acordo com a “política de um Estado ou de uma organização”. Nesta senda, não obstante as profundas discussões doutrinárias sobre o tema, assiste razão a Cherif Bassiouni, que entende que os “crimes contra a humanidade” passíveis de julgamento pelo TPI, devem obrigatoriamente ser perpetrados dentro de um contexto de “política de Estado” ou por algum órgão estatal. (SCHABAS, 2016).

---

<sup>90</sup> FRANÇA, GRÃ-BRETANHA E RÚSSIA. **Declaração Conjunta (1915)**. Disponível em: <[https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\\_category.7/affirmation\\_detail.html](https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html)>. Acesso em: 02 set. 2020.

Em decorrência disso, agentes não estatais (como mafiosos, facções criminosas, milícias armadas e até mesmo grupos terroristas independentes) não podem ser sujeitos ativos dos “crimes contra a humanidade” (e, conseqüentemente, tampouco podem figurar como réus perante o TPI sob essa acusação), a menos que suas ações estejam representando uma política de Estado.

Como derradeira nota, insta salientar que diferentemente do genocídio, a configuração dos “crimes contra a humanidade” prevista no art. 7.º do Estatuto de Roma não exige a verificação de qualquer elemento subjetivo específico.

### *Crimes de guerra*

Importante ressaltar que tanto o Direito à Guerra (*jus ad bellum*), quanto o Direito de Guerra (*jus in bello*), sofreram profundas alterações nas últimas décadas. Isso porque durante cerca de trezentos anos, em um contexto de vigência da chamada “Sociedade Internacional Clássica” (período que vai da celebração dos tratados de Paz de Westfália em 1648 até a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948), os Estados conviveram em um “estado de natureza”. Conseqüentemente, a ausência de uma “instância superior detentora do monopólio da violência legítima” em âmbito internacional, possibilitava que a guerra fosse um recurso legítimo para que Estados resolvessem seus problemas mais relevantes. (BEDIN, 2011, p. 3 e 21).

Contudo, é com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), mais precisamente com a elaboração do seu tratado constituinte, qual seja a Carta das Nações Unidas, que se estabeleceu, no artigo 2º, n.º 4, a vedação de que os Estados, em suas relações internacionais, façam uso de “ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” (ONU, 1945, p. 2) – isto é, a guerra, que durante trezentos anos foi um meio legítimo de solução de conflitos entre Estados, passava a ser amplamente vedada e condenada pela sociedade internacional.

Diante disso, considerada a mais antiga (e mais extensa) infração penal prevista no Estatuto de Roma, os crimes de guerra estão previstos no artigo 8.º, o qual tipifica uma vasta gama de condutas (como homicídio, tortura, destruição de bens, tomada de reféns, etc.) que atentam contra as quatro Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados em âmbito do direito internacional. (SCHABAS, 2016).

Ademais, imperioso salientar que o Estatuto de Roma inovou em relação aos seus antecedentes (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e Convenções de Genebra) ao estender de forma expressa a jurisdição do TPI para crimes de guerra cometidos no seio de conflitos armados não internacionais (art. 8º, §2º, “c”)<sup>91</sup>, além de criminalizar o uso internacional de armas nucleares e de destruição em massa, bem

---

<sup>91</sup> Contudo, destaca-se que apesar dessa incidência em conflitos armados internos, o Estatuto de Roma não se aplica em “situações de distúrbio e tensão interna, como motins e atos de violência esporádica” (art. 8º, §2º, “d” e “f”).

como o recrutamento e militarização de crianças menores de quinze anos (art. 8º, §2º, “b”, “XXVI”). (TSILONIS, 2019).

Imperioso destacar a grande diferença entre crimes de guerra e os outros dois crimes analisados até o presente momento: enquanto os crimes contra a humanidade pressupõe uma política estatal e violenta que se manifesta através de atos sistemáticos e generalizados, e o genocídio exprime atos pautados por elemento subjetivo muito específico de destruição do grupo, os crimes de guerra, por sua vez, abarcam desde diretrizes militares hierárquicas, até atos individuais e isolados de um soldado (dispensando, portanto, o *dolus specialis* e a diretriz política estatal) – desde que, por óbvio, cometidos em um contexto bélico. (TSILONIS, 2019).

Não obstante a isso, de acordo com a jurisprudência internacional, não é qualquer ato cometido em um Estado em conflito (interno ou internacional) que poderá ser classificado como crime de guerra e julgado pelo TPI. Deve-se, portanto, haver a imprescindível comprovação de nexos entre o ato criminoso e o conflito armado existente. (SCHABAS, 2016).

Outrossim, sabendo-se que guerras não são travadas, necessariamente, entre Estados (tal qual ocorre, no presente momento, entre Hamas e Israel), insta salientar que os limites estabelecidos nas Convenções de Genebra não são, necessariamente, somente aplicáveis em relação a Estados. Isso porque, em que pese Estados e organizações internacionais sejam considerados os tradicionais atores de Direito Internacional Público – e, portanto, capazes de celebrar (e se obrigar por) Tratados de Direito Internacional, existem determinados movimentos armados e com organização política, cuja finalidade é desmembrar um território ou subverter a ordem vigente a fim de formar um novo Estado, são reconhecidos como grupos beligerantes e, conseqüentemente, “irão beneficiar-se de regras de Direito Internacional Público aplicáveis aos Estados em guerra, permitindo, assim, sua submissão aos tratados sobre condução de guerra.” (ALMEIDA et al, 2021, p. 25).

Nesta senda, a título de exemplo, sabe-se que o Hamas, enquanto grupo radical islâmico, possui como um dos seus principais objetivos a eliminação do Estado de Israel e a conseqüente criação de um Estado Islâmico, no território que outrora foi estabelecido o Mandato Britânico da Palestina – região esta que engloba, atualmente, o Estado de Israel, bem como as regiões da Cisjordânia e da Faixa de Gaza. (LEVITT, 2006).

Diante disso, o Hamas se enquadra na construção teórica internacionalista de grupo beligerante, e conseqüentemente, possui o dever jurídico respeitar as Convenções de Genebra, sob pena de responsabilização perante o Tribunal Penal Internacional.

Por fim, em decorrência das regras de competência já mencionadas no presente artigo, imperioso salientar que o Tribunal Penal Internacional não possui jurisdição caso cidadãos de um Estado não-signatário cometam crimes de guerra no território de outro Estado não-signatário contra cidadãos de um terceiro Estado não-signatário<sup>92</sup>. Contudo, como referido anteriormente, essa situação não se aplicaria ao

---

<sup>92</sup> Nesta senda, Tsilonis (2019) exemplifica: o Tribunal Penal Internacional não possui jurisdição para processar e julgar um batalhão estadunidense que, em solo somali, comete crimes de guerra contra cidadãos gregos, uma vez que nenhum desses três países ratificou o Estatuto de Roma. A exceção

conflito entre Hamas e Israel, vez que a Palestina ratificou o Estatuto de Roma em 2015.

### *Crimes de agressão*

O quarto e último crime jurisdicionado pelo Tribunal Penal Internacional é o “crime de agressão”, cuja origem é longínqua – mais precisamente dos Tratados de Paz de Westfália, celebrados em meados do século XVII, e que consagraram o reconhecimento da soberania e igualdade dos Estados. (TSILONIS, 2019).

Nesta esteira, diversos foram os Tratados subsequentes (como as Convenções de Haia de 1899 e 1907, ou o Tratado de Versalhes, celebrado ao final da Primeira Guerra Mundial e responsável por criar a Sociedade das Nações, antecessora da ONU), que apesar de não proibirem a guerra, a limitavam e encorajavam a resolução pacífica de conflitos entre Estados.

Entretanto, foi somente em 1945, na celebração do já citado Acordo de Londres (responsável por instituir o Tribunal de Nuremberg), mais precisamente no artigo 6.<sup>o</sup> (que estabelece condutas denominadas rotuladas de “crimes contra a paz”), que o “crime de agressão” surge oficialmente no âmbito do Direito Internacional Penal, como fato ilícito cometido por indivíduos, e não por Estados. (TSILONIS, 2019, p. 163).

Nesta senda, também em 1945, a sociedade internacional elabora a Carta das Nações Unidas, a qual prevê no art. 1.<sup>o</sup> que os propósitos da referida organização internacional compreendem a manutenção da paz e segurança internacional, através de medidas efetivas que “reprimam os atos de agressão”, da mesma forma que o art. 2.<sup>o</sup>, §4.<sup>o</sup>, declara que a guerra é um meio ilícito de resolução de controvérsias internacionais. (MAZZUOLI, 2020)<sup>93</sup>.

Insta salientar que por muitos anos inexistiu uma tipificação consensual sobre quais atos efetivamente constituiriam o “crime de agressão” sob o manto jurisdicional do Tribunal Penal Internacional. Assim, após as Assembleias de Kampala (2010) e Nova York (2017), foi somente em 17 de julho de 2018 que essa competência passou a ser exercida, com a inclusão do art. 8.<sup>o</sup> *bis*, §§1 e 2.<sup>o</sup> no Estatuto de Roma. (MAZZUOLI, 2020).

Assim sendo, o supracitado artigo prevê que os “crimes de agressão” são cometidos quando uma pessoa, em posição efetiva de exercer o controle político ou militar de um Estado, planeje, prepare, inicie ou execute um ato de agressão que diante da sua gravidade, caráter e escala, manifestamente viole a Carta das Nações Unidas.

Nesta senda, tais “atos de agressão” consistem, portanto, no uso das forças armadas de um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, o que se verifica por meio de atos de invasão, ataques (terrestre, marítimo ou aéreo), ocupação militar, bombardeio, bloqueio de portos ou

---

seria se o governo somali fizesse uso da prerrogativa do art. 12, §3.<sup>o</sup> do Estatuto de Roma, aceitando a posterior e *ad hoc* jurisdição do TPI.

<sup>93</sup> A ilicitude da resposta bélica a conflitos de natureza internacional surge no “Pacto de Renúncia à Guerra” (“Pacto Briand-Kellog”) de 1928.

costas, e até mesmo no envio de bandos armados ou mercenários que atuem de tal forma em seu nome.

## A INCONTORNÁVEL AUSÊNCIA DE TIPIIFICAÇÃO DO TERRORISMO

Finda a análise dos principais aspectos do Tribunal Penal Internacional (especialmente da competência *ratione materiae*), salta aos olhos a ausência da tipificação do crime de terrorismo dentro do Estatuto de Roma, uma vez que o referido delito, sem sombra de dúvidas, encontra-se em similar patamar de gravidade e hediondez que os quatro “*core crimes*” supracitados. (CASSESE, 2003)<sup>94</sup>.

Entretanto, imperioso destacar que a ausência do terrorismo no rol taxativo de delitos previstos no Estatuto de Roma não se deve a omissão ou subestima da sociedade internacional em relação a essa modalidade criminosa. (CASSESE, 2003)<sup>95</sup>. Pelo contrário, já que esse fenômeno delitivo, a partir do século XX, passou a figurar como objeto de diversos Tratados Internacionais. (ZAMBIASI, 2019)<sup>96</sup>.

Não obstante a isso, o grande problema, sem sombra de dúvidas, é a já mencionada incapacidade de a sociedade internacional encontrar um conceito de terrorismo que seja amplamente aceito pelos pares, fato que representa uma barreira incontornável à eventualmente posterior tipificação expressa desse fenômeno delitivo no Estatuto de Roma<sup>97</sup>, e conseqüente submissão de tais atos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em respeito ao princípio da legalidade.

Ademais, somando-se às explanações conceituais sobre quais atos e em quais circunstâncias é que se verifica um ato de terrorismo, junto aos elementos existentes nos crimes previstos no Estatuto de Roma, parece ser cristalina a impossibilidade de se processar e julgar atos terroristas sob a tipificação dos delitos previstos no Estatuto de Roma. Isto porque:

a) terrorismo não pode ser “genocídio”, pois não possui o imprescindível elemento subjetivo específico de se destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Lembre-se que a vitimização das pessoas, em atos de cunho terrorista, é aleatória e meramente instrumental, servindo para outros fins de cunho político.

b) terrorismo não pode ser “crime contra a humanidade”, pois os ataques sistemáticos e generalizados não são, via de regra, perpetrados dentro de um

<sup>94</sup> Em sentido contrário, Cassese (2003) entende que o terrorismo (tal qual a tortura), não parece ser considerado pela sociedade internacional como um “*core crime*”, de modo que, ao menos no presente momento, não se encontra sob jurisdição do TPI (e de nenhum outro tribunal criminal internacional).

<sup>95</sup> Cassese (2003) afirma que os seguintes motivos levaram os Estados signatários do Estatuto de Roma a não incluir o terrorismo sob a competência do TPI: (i) falta de uma definição internacionalmente consensual do delito; (ii) possível politização do Tribunal; (iii) não considerar o terrorismo como um crime suficientemente grave para ser considerado um “*core crime*”; e (iv) há maior efetividade no processamento individual, relegando ao plano internacional a cooperação coordenada entre os Estados.

<sup>96</sup> Somente no âmbito das Nações Unidas, a partir de 1963, foram produzidos dezenove Convenções e Protocolos que visam a prevenção do terrorismo.

<sup>97</sup> Lembre-se que, conforme abordado no presente trabalho, o crime de agressão teve sua tipificação posterior (somente em 2018), valendo-se dos procedimentos dispostos no art. 121 e 123 do Estatuto de Roma.

contexto de “política de Estado”. Isto é, o terrorismo (nacional ou internacional) não é aquele cometido “de cima para baixo” (do Estado em face de seus cidadãos), mas sim “de baixo para cima”.

c) o terrorismo, por óbvio, não pode ser “crime de guerra”, pois não está condicionado à existência de um conflito armado (seja nacional, seja internacional), mas sim à busca violenta pela modificação da situação política de uma determinada localidade (desde a imposição de uma pauta política até a reunião da *ummah* sob um único califado); e

d) por fim, terrorismo não pode ser “crime de agressão”, pois não consiste na violação da igualdade e soberania de um Estado por outro Estado, tampouco costuma ser perpetrado por pessoas que estejam em posição de controle político ou militar de um Estado.

Deste modo, enquanto o terrorismo não for precisamente definido em âmbito internacional, os esforços internacionais deverão se concentrar em medidas policiais (cooperação judiciária, policial e de inteligência, combate ao financiamento, etc.), ao passo que o processamento e julgamento de tais atos somente podem ocorrer a nível nacional.

## O Futuro do TPI: Novos “Core Crimes” pela Fórmula de Tsilonis

Victor Tsilonis (2019) faz uma grande contribuição com os cinco requisitos de sua fórmula, os quais devem ser preenchidos para que determinada conduta seja enquadrada como *core crime*, tutelável pelo Direito Penal Internacional (e consequentemente, jurisdicionável pelo Tribunal Penal Internacional). São eles:

a) A conduta deve ser injusta e imputável. Ou seja, deve-se evitar o processamento de condutas que foram cometidas sem uma manifestação livre de consentimento (justa), ou que foram perpetradas por crianças e adolescentes (imputável). (TSILONIS, 2019);

b) A conduta deve violar uma norma internacional de direitos humanos (como a Carta das Nações Unidas, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, etc.). Portanto, para ser tutelada pelo Direito Internacional, a conduta deverá violar direitos humanos reconhecidos sob o prisma internacional. (TSILONIS, 2019).

c) As características da conduta (especialmente os meios de execução e o número de perpetradores e vítimas) indicam que houve uma grave violação de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, a fim de preencher o critério de admissibilidade previsto no art. 17, §1º, “d” do Estatuto de Roma. (TSILONIS, 2019).

d) A conduta deve envolver mais de um Estado – seja em decorrência da multiplicidade de locais em que foi cometida, ou da nacionalidade distinta de perpetradores ou vítimas. (TSILONIS, 2019).

e) A conduta envolve um autor ou partícipe com representatividade oficial. (TSILONIS, 2019).

Segundo Tsilonis (2019), se os três primeiros requisitos forem preenchidos, trata-se de um *core crime* – isto é, de uma conduta a ser tutelada pelo Direito Penal

Internacional, passível de processamento e julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, desde que haja a devida e futura alteração expressa no texto do Estatuto de Roma.

Caso algum dos três primeiros requisitos não se fizer presente, entende o autor que os dois últimos critérios, caracterizados como “adicionais”, devem contribuir significativamente para a classificação ou não da conduta como crime internacional.

Deste modo, Tsilonis (2019) aduz que os reiterados sequestros de mulheres cometidos pelo Boko Haram, apesar de serem cometidos por motivos eminentemente econômicos (cobrança de resgate), em um único Estado (Nigéria), por agentes que não ocupam nenhum cargo oficial de representatividade estatal, e dentro de um contexto de conflito armado não internacional, não encontra enquadramento legal dentro do Estatuto de Roma, em que pese deveriam ser considerados crimes internacionais e processados pelo Tribunal Penal Internacional.

Isto porque os supracitados atos representam (a) uma conduta ilícita e imputável; que (b) viola as normas internacionais de direitos humanos que reconhecem a liberdade pessoal; e (c) cujas características de execução, número de vítimas e perpetradores representa grave violação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Assim sendo, é inegável que apesar do Estatuto de Roma atualmente tipificar condutas extremamente gravosas sob a perspectiva dos direitos humanos (e que lá estão devido a um processo evolutivo sob o prisma histórico, social e jurídico), muitas outras ficam fora do seu manto jurisdicional, como é o caso do próprio terrorismo internacional – objeto de estudo do presente artigo, e que certamente também preenche os requisitos da fórmula ora analisada.

Existem, portanto, dois caminhos que podem ser seguidos: o primeiro, embora pareça mais simples (e conseqüentemente, mais tentador), seria enquadrar todos aqueles atos não tipificados expressamente no Estatuto de Roma (como o terrorismo, ou os sequestros do Boko Haram) dentro das condutas que já estão lá previstas. (SOUKI, 2014).

Ocorre que tal via pode ser extremamente catastrófica para o próprio futuro do Direito Penal Internacional, uma vez que rompe com um dos principais avanços representados pelo Tribunal Penal Internacional, qual seja a consagração do princípio penal da legalidade.

Contudo, em relação a isso, Bobbio (1997, p. 73) há muito alerta, de forma pertinente, que existem riscos em acatar a ideia de que “para males extremos são necessários remédios extremos”, pois desconsideram que a aplicação de remédios extremos “apenas contribui para o agravamento do mal”,

Deste modo, a supracitada “ginástica hermenêutica” inegavelmente afrouxaria o controle sobre o poder punitivo de um Tribunal Internacional que adentra (ainda que subsidiariamente) na esfera de soberania estatal dos países, bem como minaria a segurança jurídica das disposições expressas no Estatuto de Roma.

Por outro lado, a segunda hipótese consiste em incitar as discussões acadêmicas e políticas sobre o tema, reconhecer as limitações existentes no Estatuto de Roma, e, sendo o caso, alterar o texto do referido Tratado – algo que inclusive se mostrou possível em um passado recente, no preenchimento do crime de “agressão”.

Em que pese o específico caso do terrorismo internacional seja diferente do sistemático sequestro e abuso das mulheres nigerianas, é imprescindível que a sociedade internacional siga empregando esforços na busca pela criação de um conceito globalmente aceito de terrorismo. Antes disso, não se vislumbra a menor hipótese de se tutelar essa conduta no âmbito do Estatuto de Roma. Ao menos, não sem que haja uma frontal violação de alguns dos princípios mais caros ao próprio Direito Penal.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto na presente pesquisa, outra conclusão não resta a não ser que a inexistência atual de um conceito internacionalmente aceito de terrorismo é um fator impeditivo e insuperável à possibilidade de se submeter atos dessa natureza à jurisdição Tribunal Penal Internacional.

Em que pese o terrorismo seja um dos crimes mais graves existentes (não simplesmente pelo número de pessoas vitimizadas, mas sim pela quantidade e valor dos bens jurídicos violados, bem como pelos desprezíveis meios de execução empregados), existem paradigmas mínimos de Direito Internacional e Direito Penal que foram arduamente alcançados e, portanto, não podem ser simplesmente dispensados em nome do “combate à impunidade”.

Assim sendo, imperioso recordar que se o Tribunal Penal Internacional surge para garantir maior segurança jurídica (através das disposições expressas do Estatuto de Roma), evitar a utilização abusiva de tribunais *ad hoc* (que maculam frontalmente o princípio do juiz natural) e impedir o processamento e julgamento de delitos que carecem de tipicidade (como ocorreu no Tribunal de Nuremberg, em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade), de forma alguma se pode admitir “invencionices jurídicas” para incluir um novo crime sob o manto da sua jurisdição penal internacional<sup>98</sup>, fora das situações procedimentais e expressas no próprio Estatuto.

Ademais, insta salientar que a ausência de jurisdição do Tribunal Penal Internacional em relação a fatos delituosos rotulados como “terrorismo internacional” não enseja, automaticamente, em uma espécie de anomia ou lacuna judiciária, e tampouco em garantia de impunidade propriamente dita, uma vez que, conforme destacado no presente artigo, a Corte de Haia exerce um papel supletivo e subsidiário em relação às jurisdições internas dos Estados.

Ou seja, somente há que se falar em eventual julgamento pelo Tribunal Penal Internacional quando, além da posterior inclusão desse delito no rol do Estatuto de Roma, mecanismos como a cooperação policial e judiciária, aplicação da lei penal no espaço e extradição restarem infrutíferos na persecução penal do sujeito acusado de praticar terrorismo.

---

<sup>98</sup> Insta salientar que, em momento oportuno, inclusive já defendi a incorporação de crimes ambientais no rol de delitos do Estatuto de Roma. Entretanto, da mesma forma que ocorre com o terrorismo, ao passo que reconheço a alta gravidade das condutas, também assumo que a jurisdição do TPI sobre elas exige, de forma imprescindível, a alteração do Estatuto de Roma (Klee; Zambiasi, 2018).

Assim sendo, Cassese (2003) está absolutamente correto quando afirma que a submissão do terrorismo à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (hoje, reitera-se, inexistente), contribuiria significativamente para conter a impunidade de tais crimes (diante da natureza subsidiária da Corte), além de garantir um julgamento imparcial aos arguidos, livre de pressões e pré-julgamentos.

Por outro lado, pelos motivos já explanados, não assiste razão à parcela da doutrina, como Souki (2014), que considera como plausível e não violadora do princípio da *nullum crimen sine lege* a possibilidade de que atos de terrorismo sejam atualmente julgados pelo Tribunal Penal Internacional, com uma nomenclatura diferente (isto é, sob a roupagem de algum dos quatro delitos tipificados no Estatuto de Roma – especialmente o “crime de guerra” e os “crimes contra a humanidade.”).

Além do próprio Estatuto de Roma, no art. 22, §2º, proibir o recurso da analogia e garantir expressamente o princípio do *nullum crimen sine lege*<sup>99</sup>, é cristalino que a inclusão do terrorismo sob o manto jurisdicional do Tribunal Penal Internacional se encontra no desenvolvimento natural do Estatuto de Roma (e da própria evolução da sociedade internacional). Contudo, tal processo, pela importância de fatores que envolve, não pode ser conduzido com base em malabarismos jurídicos, sendo fase imprescindível e insuperavelmente condicionante a elaboração de um conceito internacionalmente aceito para o delito de terrorismo.

Assim, mais especificamente em relação aos atentados perpetrados do Hamas (sem a pretensão de realizar qualquer tipo de análise global em relação ao conflito), importante destacar que estes preenchem todos os cinco elementos elencados na fórmula de Tsilonis (2019), vez que (I) são condutas injustas e imputáveis; (II e III) que violam diversas normas internacionais de direitos humanos; bem como (IV) envolvem mais de um Estado e (V) autores com representatividade oficial.

Não obstante a isso, ainda é bastante dificultosa a tipificação penal de tais condutas (especialmente devido a proximidade dos atentados cometidos pelo Hamas em território israelense, cometidos exatos trinta dias antes da escrita do presente artigo), vez que englobam elementos específicos de diversos *core crimes*, visualizando-se o elemento subjetivo específico de destruição de um grupo nacional, étnico, racial e religioso (como no genocídio), em plena violação às convenções de Genebra durante um conflito armado (como no crime de guerra), que se iniciou a partir da violação da igualdade e da soberania entre iguais (vez que o Hamas controla politicamente a Faixa de Gaza), sem a devida declaração de guerra (tal qual o crime de agressão).

---

<sup>99</sup> TPI. **Estatuto de Roma**. Art. 22, §2º. “A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada”.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D.S. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016. Aspectos Criminológicos e Político-Criminais. 1ª ed. São Paulo: Editora Jus Podivm. 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio** (1948). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

AVENA, N. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

BEDIN, G.A. **A Sociedade Internacional Clássica**: Aspectos históricos e teóricos. 1. ed. Ijuí: Editora Unijuí. 2011.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CANCIO MELIÁ, M. **Los delitos de Terrorismo: estructura típica e injusto**. Editorial Reus: Madrid, 2010.

CASSESE, A. **International Criminal Law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FRANÇA, GRÃ-BRETANHA E RÚSSIA. **Declaração Conjunta (1915)**. Disponível em: [https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current\\_category.7/affirmation\\_detail.html](https://www.armenian-genocide.org/Affirmation.160/current_category.7/affirmation_detail.html). Acesso em: 08 nov. 2023.

KLEE, P.M.C.; ZAMBIASI, V.W. O julgamento de crimes ambientais pelo Tribunal Penal Internacional. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 20, n. 1, p. 141-177, jan./abr. 2018.

LEVITT, M. **Hamas**: Politics, Charity, and Terrorism in the Service of Jihad. 1. ed. New Heaven: Yale University Press. 2006.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

ONU. **International Tribunal for the Former Yugoslavia**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>. Acesso em: 08 nov. 2023.

ONU. **London Agreement of August 8th 1945**. Disponível em: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2\\_Charter%20of%20IMT%201945.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf). Acesso em: 08 nov. 2023.

SATZGER, H. **International and European Criminal Law**. Munique: Nomos, 2012.

SCHABAS, W.A. **The Legislative History of the International Criminal Court**. Boston: Brill, 2016.

SOUKI, H.M. Da possibilidade de julgamento de atos terroristas pelo tribunal penal internacional. In: **Revista Jurídica da Faculdade Una de Contagem**. Contagem, v. 1, n. 1, p. 209/232, 2014.

TPI. **Estatuto de Roma**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

TSILONIS, V. **The Jurisdiction of the International Criminal Court**. The Hague: Springer, 2019.

ZAMBIASI, V.W. **Limites ao poder punitivo no combate ao terrorismo: Contributos à luz do ordenamento jurídico-penal português**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2019.

## A QUEBRA DE PATENTES DE MEDICAMENTOS COMO UMA GARANTIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS BÁSICOS

Suraia de Cássia Nasralla Souza<sup>100</sup>

José Francisco da Costa Lyra<sup>101</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se desenvolveu com o objetivo de investigar a influência das empresas farmacêuticas transnacionais que, por meio de lobby, influenciam na iniciativa legislativa nacional para quebra de patentes, e alteração da tutela jurídica da produção industrial. A garantia dos direitos fundamentais a saúde, e ao acesso aos medicamentos devem ser resguardados, pois são garantias constitucionais previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988. Com a quebra das patentes, é possível a produção de genéricos com preços bem mais acessíveis aos pacientes, e dependentes do SUS (Sistema Único de Saúde). Metodologicamente, o artigo está validado pelo método dedutivo e pelas técnicas de pesquisa bibliográfica, do fichamento e de repositório jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Democracia, Direitos Fundamentais; Medicamento; Patente.

### INTRODUÇÃO

Este estudo se justifica pela abrangência atual das companhias transnacionais de fármacos nos assuntos estatais, de saúde pública e de direitos humanos e fundamentais, com o intuito de analisar quais as ações exercidas diretamente pela indústria farmacêutica e que resultam em benefício delas próprias, sejam essas ações sobre a legislação ou diretamente sobre as políticas públicas, é condição exponencial.

Em linhas gerais, as indústrias farmacêuticas começaram a produzir medicamentos em larga escala no final do século XIX e início do século XX, o que foi

---

1 Mestre em Direito Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste, (UNIJUI), Rio Grande do Sul. Especializada em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra/Portugal, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito pela Universidade Regional do Noroeste (UNIJUI), RS. Advogada OAB/RS. Doutoranda da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito.

<sup>101</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2011), Mestre em Desenvolvimento, Cidadania e Gestão pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI (2004), Especialista em Direito Público pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA (1997), Especialista em Direito Privado pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI (2002) e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo - FADISA (1987). Atualmente é Professor titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito ? Doutorado e Mestrado e da Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus de Santo Ângelo e professor de Direito Penal na Faculdade CNEC - campus de Santo Ângelo. Líder do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

considerado um avanço na cura de doenças, e conseqüentemente aumentando a longevidade das pessoas no mundo todo.

Na Europa, com o advento das guerras, se fez necessário a produção de medicamentos para manter os soldados na ativa, o que certamente impulsionou a pesquisa e comercialização de medicamentos em todo o planeta. Foi assim imprescindível a criação dessa estrutura com uma tecnologia mais avançada e complexa da indústria farmacêutica, proporcionando o desenvolvimento da produção farmacêutica na Segunda Revolução Industrial.

Com isso, o avanço das descobertas e produção de medicamentos evitou as grandes epidemias como ocorreu no século XIV com a chamada Peste Negra, que um terço da população da Europa foi dissipada por pulgas de ratos, que continham a bactéria causadora da peste e conseqüentemente a morte de milhares de pessoas. (BERRÓN; GONZÁLEZ, 2014).

No Brasil a indústria farmacêutica nasceu e evoluiu nos anos de 1890 e 1950, mais extemporâneo, portanto, do que ocorreu no continente europeu, que já no século XIX se verificavam evoluções e desenvolvimentos notáveis neste âmbito. (BERRÓN; GONZÁLES, 2014).

Hoje a evolução da indústria farmacêutica disponibiliza tratamentos para inúmeras patologias e, devido a isto, buscando garantir o direito fundamental à saúde, torna-se necessária a quebra de patentes para possibilitar o acesso a todos, independente do local onde se encontrem.

Desse modo, o primeiro capítulo do presente artigo analisará a evolução de medicamentos no Brasil. O segundo capítulo versará sobre a relação entre a quebra compulsória de medicamentos e a garantia a Direitos Fundamentais.

## **BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL**

Com o início e expansão da cultura do café no oeste paulista, vieram inúmeros imigrantes que forneciam mão de obra barata, facilitando que medidas de combate a doenças e infecções fossem realizadas, por conta das condições horríveis do saneamento nos portos e cortiços onde viviam.

Inicialmente, os boticários eram os artesãos dos medicamentos, no entanto, diferentemente dos demais setores, o setor farmacêutico exigia uma indústria química com base científica bem desenvolvida, para se ter condições de criação de empresas voltadas para a fabricação de medicamentos, sendo esses padrões possíveis somente nas nações mais desenvolvidas e a partir do século XIX (RADAELLI, 2008).

No final da segunda década do Século XX, o Instituto vacinogênico e o Instituto Butantã eram as entidades responsáveis pela fabricação de produtos biológicos em São Paulo. O Butantã estava concentrado em produção de vacinas contra a peste, e o Vacinogênico concentrava-se na fabricação de vacinas para varíola. E foi nesse período, meados de 1904 que:

Chegava a 1.800 o número de internações devido à varíola no Hospital São Sebastião. Mesmo assim, as camadas populares rejeitavam a vacina, que

consistia no líquido de pústulas de vacas doentes. Afinal, era esquisita a ideia de ser inoculado com esse líquido. E ainda corria o boato de que quem se vacinava ficava com feições bovinas. (FIOCRUZ, 2005).

E foi assim que em 1837, o governo brasileiro declarou a obrigatoriedade da vacinação para a os adultos, e no ano de 1846 tornou obrigatório a vacinação das crianças. Porém, a produção em maior quantidade deu-se somente em 1884.

Já na Europa, com o advento das guerras, se fez necessário a produção de medicamentos para manter os soldados na ativa, o que certamente impulsionou a pesquisa e comercialização de medicamentos em todo o planeta. E foram nessas circunstâncias, que o setor farmacêutico se deparou com a oportunidade para a expansão e desenvolvimento na produção de medicamentos, tornando-se as maiores e mais importantes indústrias dos dias atuais. Especialmente ocorreu o crescimento das empresas transnacionais e, com elas surgiu o *lobby*, com o objetivo de influenciar decisões dos poderes públicos, sobretudo do Poder Legislativo, em proveito de interesses privados de determinadas empresas. O *lobby* das indústrias transnacionais é muito forte, pois necessitam convencer os parlamentares a prestigiá-los em relação a leis. E, essa relação entre o poder de indústria com a influência governamental é determinante na eficácia que o *lobby* exerce na elaboração de políticas públicas.

A indústria de medicamentos nacional brasileira tem forte representação dos laboratórios das indústrias transnacionais, fazendo com que defendam seus interesses, tais como hegemonia de mercado, visto que lucram demasiadamente com essa parceria. Nesse ínterim, há as empresas nacionais que tem sua produção local com interesses diversos das transnacionais. (BÉRRON; GONZÁLEZ, 2018, p.113).

Por esses motivos, é que as indústrias investem milhões em *lobby* todo ano com o objetivo de manter a sua hegemonia de mercado e obtenção de lucros exorbitantes. Logo, existem atualmente no Brasil cerca de 196 empresas farmacêuticas provenientes do mundo todo.

Estimulada pelas políticas públicas, a indústria farmacêutica nacional foi capaz de aproveitar as oportunidades abertas pelo crescimento expressivo do mercado brasileiro na última década. No entanto, esse movimento não promoveu, de maneira expressiva, o desenvolvimento da indústria farmoquímica no país, principal insumo da cadeia produtiva. Em paralelo, a ascensão dos países asiáticos como grandes ofertantes desses insumos vem impondo desafios à competitividade industrial brasileira, assim como dos demais países.

Foi com a implementação da Lei dos Genéricos (Lei 9.787/99), que a sociedade brasileira teve acesso a medicamentos mais acessíveis, com menor preço, mas de qualidade e eficiência incontestáveis. No momento em que o medicamento ou princípio ativo tem sua patente expirada, o mercado brasileiro tem a possibilidade de produzir o medicamento ou o fármaco no mercado interno.

A respeito da quebra de patentes, tem-se o exemplo do medicamento para a Hepatite C chamado sofosbuvir, da empresa transnacional Gilead. O Instituto Nacional da Propriedade Industrial outorgou o pedido de patente de um medicamento para a Hepatite C chamado sofosbuvir, da empresa transnacional Gilead. No entanto, a empresa detentora da patente está contestando o pedido de quebra, pois o

medicamento genérico produzido no Brasil sairá com valores bem mais acessíveis aos cofres públicos, pois são distribuídos aos pacientes pelo Sistema Único de Saúde. E dessa forma Lino:

O sofosbuvir é um antiviral que tem uma eficácia de 95% no tratamento da hepatite C, contra apenas 50% de sucesso registrado com o tratamento anterior. Este ano, o Ministério da Saúde anunciou um plano para erradicar a doença até 2030, e o novo tratamento passou a ser aplicado a todos os pacientes, em vez de apenas os mais graves, como era feito antes. O problema é o custo: o tratamento com o sofosbuvir chega a custar R\$ 35 mil por paciente e há quase 700 mil pessoas afetadas pela doença no País. Em julho, a Gilead ofereceu o remédio a R\$ 140,40 por comprimido, contra R\$ 34,80 do genérico a ser produzido pelo consórcio Farmanguinhos/Blanver. Atualmente, o Ministério da Saúde paga R\$ 28.241,00 pela combinação sofosbuvir/daclatasvir da Gilead. A proposta nacional custaria R\$ 6.160,00. Como a meta para 2019 prevê o tratamento de 50 mil pessoas, a diferença implicaria em uma economia de R\$ 1,1 bilhão para o ministério. (LINO, 2018).

O pedido da “quebra de patente” deste medicamento é de suma importância, e de extrema urgência, pois conforme o relatado existem milhares de pacientes infectados necessitando desta medicação. A quebra dessa patente é uma forma evidente da garantia a direitos fundamentais estabelecidos e presentes na nossa Carta Magna de 1988.

Com todo o exposto acima, é evidente que este medicamento é imprescindível na cura da hepatite C, evitando a possibilidade de evolução para cirrose e câncer, salvando milhares de vidas, e dessa forma, não deverá haver um monopólio sobre ele. Afinal, se está tratando de vidas humanas, e a efetivação de direitos fundamentais.

## **Indústria Farmacêutica no Brasil**

A indústria farmacêutica é responsável pela fabricação, distribuição e comercialização de seus produtos, que é realizada após anos de pesquisa, envolvendo milhões de dólares em P&D. Com esses altíssimos investimentos, e anos de estudos, no momento em que um medicamento é descoberto, elas receberão os *royalties* para que outras empresas usem a sua fórmula, que é preservada pela patente.

O Brasil também sofreu com os reflexos da globalização, e da influência das indústrias farmacêuticas transnacionais, e é por esse motivo, que a Diretoria e o Conselho Consultivo da Sociedade Brasileira de Química, está se readequando aos:

desafios contemporâneos, agravados pela globalização, com o objetivo de contribuir para a formulação de políticas de Ciência e Tecnologia (C&T) no domínio da Química, vem elaborando propostas e documentos, entre os quais se destacam os Eixos Mobilizadores em Química e Química sem Fronteiras, para melhorar, em todos os níveis, a formação do profissional

químico e aumentar a competitividade do país no setor Químico. (PINTO; BARREIRO, 2013, p. 1557-1560).

Atualmente, para que sejam superados e vencidos esses desafios, é necessário a colaboração conjunta entre os empresários da área, do governo e das instituições de pesquisa (academia). Essa união já resultou em bons frutos pois, no momento em que o governo brasileiro estabeleceu parcerias entre entes públicos e privados (PPPs), houve a consolidação da indústria farmacêutica brasileira. (PINTO; BARREIRO, 2013, p. 1557-1560).

Muito embora tenha havido esse fortalecimento das farmacológicas, com a implementação da lei que instituiu a comercialização de genéricos no Brasil, as empresas brasileiras estão apenas importando os princípios ativos da Índia e da China, e não investem em P&D. Dessa forma, “as empresas estão limitadas a formular e embalar estes princípios ativos que importam”, e com essas importações aumentam o déficit na balança comercial brasileira. (PINTO; BARREIRO, 2013, p. 1557).

A indústria farmacêutica além de fabricar os seus produtos, é a responsável pela sua comercialização, que é realizada após anos de pesquisa, envolvendo milhões de dólares em P&D.

Como já relatado acima, o setor farmacêutico mundial é um dos setores industriais mais inovadores e lucrativos que existe, e é por esse motivo que as transnacionais de medicamentos investem pesado em P&D, o que não ocorre com as empresas nacionais. (PINTO; BARREIRO, 2013, p. 1559).

Com o objetivo de aumentar a produção de fármacos, e conseqüentemente os lucros, as empresas estrangeiras e também as brasileiras estão se organizando em grupos, ou seja, estão ocorrendo fusões, onde algumas empresas compram as outras. Mas resumindo, os proprietários são os grandes empresários do ramo de medicamentos e fármacos:

Outra das características do setor farmacêutico é a qualificação acadêmica dos pesquisadores em funções de P&D em síntese orgânica, e a expertise de seus profissionais químicos e engenheiros químicos em adaptarem as etapas de síntese de bancada para o escalonamento primário, indispensável para qualquer tecnologia de síntese multietapas em maior escala. A necessidade contínua em inovar do setor industrial farmacêutico impõe ambiente competitivo que demanda alta capacitação profissional, razão pela qual as Big Pharmas têm elevado número de doutores atuando em seus quadros de P&D, sendo parte significativa de sua força de trabalho<sup>5</sup>. Por outro lado, poucas são as empresas farmacêuticas brasileiras que têm pessoal deste nível de qualificação entre seus colaboradores. Mesmo essas quando os têm é em número reduzido em relação ao total de colaboradores contratados. (PINTO; BARREIRO, 2013, p. 1557).

Ainda, com a implementação da lei dos genéricos (Lei 9.787/99), a sociedade brasileira teve acesso a medicamentos mais acessíveis, com menor preço, mas de qualidade e eficiência incontestáveis.

No momento em que o medicamento ou princípio ativo tem sua patente expirada, o mercado brasileiro tem a possibilidade de produzir o medicamento ou o

fármaco no mercado interno. Com base nessas afirmações os autores Pinto e Barreiro (2013) apresentam a Tabela a seguir demonstrando os medicamentos e fabricantes que tiveram as patentes expiradas em 2012, bem como as transnacionais fabricantes dos medicamentos e seus faturamentos.

A tabela abaixo mostra a importância da quebra de patentes, ou da quebra compulsória dos medicamentos, para que possam ser produzidos com custos mais acessíveis. E foi isso o que aconteceu no Brasil, com a lei que liberou da produção de medicamentos genéricos, possibilitando o alcance a toda população.

**Tabela 1.** Fármacos que observaram o vencimento do período de proteção patentária em 2012, nos principais mercados, com nomes fantasia e genérico e total de vendas mundiais em 2010

| Marca <sup>R</sup> | Nome         | Empresa    | Vendas 2010 (US\$ 1000) |
|--------------------|--------------|------------|-------------------------|
| Seroquel           | Quetiapina   | AZ         | 6800                    |
| Lexapro            | Escitalopram | Lundbeck   | 2300                    |
| Provigil           | Modafanila   | Teva       | 1100                    |
| Plavix             | Clopidogrel  | Sanofi/BMS | 8900                    |
| Singulair          | Montelucaste | Merck      | 5500                    |
| Actos              | Pioglitazona | Takeda     | 4300                    |
| Diovan             | Valsartana   | Novartis   | 4100                    |

AZ = Astra-Zeneca; BMS = Bristol-Meyers Squibb.

Fonte: (PINTO; BARREIRO, 2013).

E como havia sido previsto e citado anteriormente, o mercado de medicamentos está em expansão no mundo todo, e não seria diferente no Brasil, onde o mercado varejista de medicamentos cresceu vertiginosamente nos últimos anos, sendo que, o rendimento da área farmacêutica e drogarias atingiu somente em 2012 a cifra de 49,6 bilhões de reais. E todos os indicadores da área afirmam que nos anos seguintes o faturamento ultrapassou e continua ultrapassando os 100 bilhões de reais.

No entanto, na década de 80, devido as crises econômicas existentes, houve pouco investimento no setor farmacêutico, o que provocou sua paralização, e conseqüentemente uma diminuição considerável em investimentos no setor farmacêutico.

Pelo fato dá indústria brasileira necessitar da importação de insumos do mercado externo, para a produção de medicamentos, o crescimento das farmacêuticas foi mais lento nos anos 90, e os investimentos em P&D muito aquém do necessário para o desenvolvimento da indústria farmacêutica nacional. Existe uma parceria entre universidades, laboratórios e entes federais para o desenvolvimento de pesquisa. No entanto, há falta de definição em relação as políticas públicas de estímulo a indústria nacional, embora a liberação de produção de genéricos tenha aquecido o mercado interno significativamente. (BRITO; PONTES, 2001).

Em relação aos medicamentos genéricos, estes são reconhecidos pelo seu princípio ativo, que pode ser manipulado após a conclusão do prazo de vigor da patente do medicamento.

No tocante as indústrias nacionais de medicamentos, se têm vários exemplos como a EMS, que é uma instituição de capital exclusivamente nacional, e, é referência em medicamentos há mais 45 anos no Brasil e no exterior. Foi a primeira farmacêutica a fabricar os genéricos, e a exportar produtos para a Europa, inclusive aplica 6% de seu faturamento anula em P&D. (BRITO; PONTES, 2001).

Dessa forma, se pode concluir que a indústria farmacêutica nacional teve duas fases bem específicas. O primeiro ciclo foi de hegemonia absoluta das transnacionais, que dominaram até o final da década passada. O segundo ciclo representa a evolução e progresso das empresas brasileiras de medicamentos genéricos que, em um espaço curto, alcançaram a hegemonia de vendas de medicamentos. (BRITO; PONTES, 2001).

Dentre as maiores indústrias farmacêuticas brasileiras com capital nacional destacam-se os laboratórios da Neo Química, União Química, Aché, Biolab e Legrand..

Dessa forma, há ainda muito a ser feito para que as empresas brasileiras possam investir em P&D tanto quanto as empresas transnacionais de medicamentos. É necessário que as empresas nacionais não fiquem adstritas somente a importação de matéria prima, ou seja, dos intermediários avançados para a produção dos fármacos, ou na quebra de patente para a produção dos genéricos. (PEREIRA, 2017, p. 127). É necessário um maior investimento e incentivos do Governo Federal para que o país possa ocupar um lugar de evidência no panorama farmacêutico mundial. (BRITO; PONTES, 2001).

Com a aprovação da Lei de Patentes, com o apoio das indústrias farmacêuticas transnacionais (proteção a patente de fármacos das transnacionais), houve um refreamento da industrialização de medicamentos no Brasil, pois se tornou mais apropriado importar o medicamento finalizado, do que se produzir no país. No entanto, países como a Índia foram mais cautelosos quanto a Lei de Patentes, e prudentemente aprovaram a lei somente 10 anos depois do Brasil, tornando-se a potência farmacêutica que é atualmente.

Com e evolução da sociedade e do comércio, foi somente neste século XXI onde o direito industrial obteve evidência em relação as patentes, bem como dos direitos inerentes a propriedade de quem detinha a patente, tendo ocorrido no Brasil a ruptura de exclusividades referentes a antivirais fabricados por transnacionais de medicamentos. Esse rompimento deu-se no período dos anos 2000 (PASSOS, 2015).

## **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RELAÇÃO COM A QUEBRA DE PATENTES**

O Direito Fundamental, bem como a justiça constitucional em Estado de Direito coroado por uma corte suprema, tem por finalidade incumbir e garantir a hegemonia e a exequibilidade dos direitos destacados na constituição. Para isso, em conformidade com as propriedades e os procedimentos legalmente estabelecidos e alteráveis de Estado para Estado, a jurisdição constitucional soberana apura em se,

na possibilidade de sobrevirem transgressões ou desconsiderações aos direitos fundamentais, essas contrariedades são ou não inconstitucionais. E é dessa forma que há uma fiscalização no sentido de se resguardar esses direitos, inerentes muitas vezes, a própria dignidade da pessoa humana. (ALEXY, 2008, p. 25).

A relação dos direitos fundamentais e a quebra de determinadas patentes de medicamentos asseguram um tratamento digno, justo e igualitário a todos que necessitarem.

De acordo com tudo o que foi colocado acima, se faz necessário agora fazer a conexão e a materialização que há na quebra compulsória de medicamentos, e a garantia a Direitos Fundamentais previstos em lei.

O Direito Fundamental, bem como a justiça constitucional em Estado de Direito coroado por uma corte suprema, tem por finalidade incumbir e garantir a hegemonia e a exequibilidade dos direitos destacados na constituição. Para isso, em conformidade com as propriedades e os procedimentos legalmente estabelecidos e alteráveis de Estado para Estado, a jurisdição constitucional soberana apura em se, na possibilidade de sobrevirem transgressões ou desconsiderações aos direitos fundamentais, essas contrariedades são ou não inconstitucionais. E é dessa forma que há uma fiscalização no sentido de se resguardar esses direitos, inerentes muitas vezes, a própria dignidade da pessoa humana.

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filosofia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional. (ALEXY, 2008, p. 25).

Como existe uma nomenclatura composta dos direitos fundamentais, a dificuldade legal vinculada a essas prerrogativas é, principalmente, um dilema relativo as perspectivas e pontos de vistas das concepções do direito positivo. Nesse sentido, ele não cria dúvidas em relação a interpretação relativamente a Ciência do Direito em geral. Entretanto, uma breve apreciação relacionada a demanda em relação aos direitos fundamentais da Lei Maior germânica exterioriza que a controvérsia com relação aos direitos humanos e dos direitos dos cidadãos, apesar de ter alcançado outra especificidade, em consequência de sua efetividade “como direitos diretamente vinculantes, não perdeu em agudeza nem em profundidade.” (ALEXY, 2008, p.25). E é nesse contexto que Alexy coloca:

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso pode ser percebido com grande clareza nos conceitos dos direitos fundamentais à dignidade, à liberdade e à igualdade. Se a eles forem adicionados conceitos sobre os fins do Estado, a estrutura da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, chega-se a um sistema

de conceitos que abarca os conceitos-chave do direito racional moderno, 8 complementado pelo princípio do Estado Social, que expressa as exigências dos movimentos sociais dos séculos XIX e XX. (2008, p.26).

E neste contexto, se comprova que os direitos fundamentais vinculados em lei, subordinam integralmente as forças estatais, caracterizando a desobstrução da metodologia jurídico frente os princípios morais, janela que é plausível e capaz de tornar-se legítima “por meios racionais.” (ALEXY, 2008, p.26).

O fator determinante deste enfoque, é entender e determinar qual seria a decisão precisa, clara e justa em um caso concreto, em relação ao direito positivado, pois em causas polêmicas, a resolução a essa indagação pressupõe convicções e juízos do julgador. “A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação e racional dos juízos de valor.” (p.36).

Novais preocupou-se em abordar um dos assuntos mais herméticos em matéria constitucionalista, principalmente na conexão que se consolida entre o Estado de Direito, Democracia e os Direitos Fundamentais, levando em consideração principalmente o seu conteúdo jurídico, especificamente no que concerne a concretização eficaz dos direitos fundamentais levando em consideração a norma jurídica de porte constitucional.

Abordamos neste capítulo um dos temas mais complexos do constitucionalismo, o da relação que se estabelece entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, não quando esses conceitos são utilizados de forma simples retórica ou numa perspectiva política, mas antes quando são tomadas a sério no seu conteúdo jurídico, designadamente no que respeita à efetividade dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas de valor constitucional. (NOVAIS, 2012, p.16).

Novais se aprofundou no transcurso do Estado de Direito ao Estado Constitucional, deparando-se com a harmonização na hegemonia dos direitos fundamentais, ao encontrarem-se em posição elevada dos direitos fundamentais e estruturalmente soberanos na constituição. (NOVAIS, 2012).

Concentrando-se em conectar a idealização dos direitos fundamentais como trunfos a um possível conflito ou inquietação entre esses direitos e o poder popular, entre o Estado de Direito e democracia, visto que os poderes constituídos estão impossibilitados de dispor ilimitadamente dos direitos fundamentais, pois estão conectados a aqueles. (NOVAIS, 2012).

A idealização de direitos como trunfos consiste na salvaguarda de todos os direitos fundamentais do cidadão contra limitações fundamentais ou fundamentalmente resultantes de tentativas de preceitos de concepções ou de doutrinas amparadas sincronicamente na guarida de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. É uma fórmula singularmente apropriada à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou coletividades na qual a precariedade e demais

adversidades do século XXI, não lhes possibilita, a oportunidade de interferir nas escolhas governamentais, e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais. (NOVAIS, 2012). E diante de todo o exposto, é inegável que a quebra compulsória de medicamentos (quebra de patentes), é uma necessidade a garantia de direitos fundamentais a saúde, pautados na Carta Magna de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria dos Direitos Fundamentais tratada tanto por Alexy e Novais entre outros, é seguramente um dos assuntos primordiais em relação a direitos fundamentais, pois contempla a importância primordial desses direitos no ordenamento jurídico. No entanto, ainda subsistem profundas disputas acerca de questões centrais da teoria dos direitos fundamentais. Levando em consideração sobretudo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ALEXY desenvolve uma teoria geral dos direitos fundamentais da Constituição Germânica, cujos pontos centrais são uma teoria dos princípios e uma teoria sobre a estrutura dos direitos subjetivos.

A teoria dos princípios é uma teoria axiológica livre de suposições insustentáveis. A teoria da estrutura dos direitos subjetivos faz com que as múltiplas relações entre direitos fundamentais possam ser construídas de forma precisa. A partir dessa base são tratados os principais problemas da dogmática dos direitos fundamentais. A parte final da obra é dedicada ao papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. ALEXY demonstra que a positivação dos direitos fundamentais, aos quais todos os poderes estatais estão vinculados, significa uma abertura do sistema jurídico diante da Moral.

O presente artigo se desenvolveu sob o tema associado à influência das empresas farmacêuticas transnacionais, mediante *lobby* em sede de iniciativa legislativa nacional com interesses na defesa de patentes industriais de autorização de registro dos medicamentos.

Para tanto, como problema de pesquisa se levantou a seguinte questão: o *lobby* da indústria farmacêutica transnacional em sede de processo legislativo altera o teor de propostas legislativas sobre fármacos e medicamentos e, conseqüentemente as políticas públicas correlatas?

O *lobby* como mecanismo usado pelos grupos de influência, ou grupos de pressão, age sobre os tomadores de decisão, e, participa de forma indireta, nos processos de elaboração de políticas públicas dos Estados.

A Sociedade é a representação de vários grupos heterogêneos, mas com interesses comuns, tais como segurança, saúde, empregos, moradias. A sociedade de forma organizada, vai formar grupos de pressão, que vão utilizar de vários meios como coleta de informações, estatísticas, confecção de pesquisas com o intuito de exercer a influência sobre os tomadores de decisões. A pressão direta sobre o parlamentar, é o último estágio de ação do *lobby*.

Estes grupos de pressão que usam o *lobby* como meio de atingir seus propósitos, podem ser com fins lucrativos ou sem fins lucrativos. Os com fins lucrativos, representam os grupos empresariais e seus interesses pecuniários nas

legislações, enquanto que os sem fins lucrativos, representam uma comunidade ou a sociedade propriamente dita, nos projetos que sejam direcionados para a coletividade.

Embora haja projeto de Lei em análise na Câmara dos Deputados, no Brasil ainda não existe uma legislação para regulamentar a atividade do *lobby*, e por isso, sua ação ainda carrega uma interpretação ilícita ou ilegal.

Na relação do *lobby* e democracia, é fundamental e imprescindível entender que o *lobby* é um instrumento democrático de representação de interesses de uma coletividade. O *lobby* é uma atividade legal, e a visão que o *lobby* proporciona ao tomador de decisões, amplia o efetivo instrumento democrático na tomada de decisões.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros, 5. ed. Alemã, 2006.

BERRÓN, Gonzalo; GONZÁLEZ, Luz (orgs). **A Privatização da Democracia: Um Catálogo da Captura Corporativa no Brasil**. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://www.vigencia.org/catalogo/vigencia-2016/>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BERRÓN, Gonzalo; GONZÁLEZ, Luz. O *lobby* e a força da indústria farmacêutica no Brasil. **Carta Capital**, 2016. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/o-lobby-e-a-industria-farmaceutica-no-brasil>. Acesso em: 20 Maio 2018.

BRITO, Ana Cristina Facundo de; PONTES, Daniel de Lima. **A indústria farmacêutica**. Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), 2001. Disponível em: <http://docente.ifrn.edu.br/albinonunes/disciplinas/quimica-experimental/industria-quimica/cap-6>. Acesso em: 18 Fev. 2019.

LINO, Geraldo Luís. O INPI e a polêmica do sofobuvir. **Jornal Solidariedade Ibero-americana**, Rio de Janeiro, Caderno Ciência e Tecnologia. Disponível em: <https://msiainforma.org/o-inpi-e-a-polemica-do-sofobuvir/>. Acesso em: 12 dez. 2018.

MANCUSO, W. P.; GOZETTO, A. C. O. *Lobby*: instrumento democrático de representação de interesses? **Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**, Ano 8, Número 14, 1º semestre de 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/321202857\\_Lobby\\_instrumento\\_democratico\\_de\\_representacao\\_de\\_interesses](https://www.researchgate.net/publication/321202857_Lobby_instrumento_democratico_de_representacao_de_interesses). Acesso em: 15 Maio 2018.

MAYER, L. H. What is this 'Lobbying' that We are so Worried About? **26 Yale Law & Policy Review**, p. 485-566, 2008. Disponível em: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/186/](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/186/). Acesso em: 15 Maio 2018.

MELLO, Patrícia Campos. Farmacêutica tenta barrar genérico da hepatite C no Brasil: Produção do medicamento no Brasil geraria uma economia de R\$ 1 bi ao governo federal em 2019. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 set. 2018. Disponível

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. Ed. Coimbra. 2012.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. **Revista de Informação Legislativa Brasília**, Brasília, ano 42, nº 168, outubro/dezembro, 2005. Disponível em:  
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496900/RIL168.pdf>. Acesso em: 15 Maio 2018.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, 2012.

PAFFARINI, Jacopo; ROSENFELD, Luis; STAFFEN, Márcio Ricardo (orgs). **Transnacionalismo, Globalização e Direitos Humanos**. Itajaí: UNIVALI, 2015.

PASSOS, Najla. **A polêmica receita da Bancada do Medicamento no Congresso**. Brasília: Repórter Brasil, 2015. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2015/12/a-polemica-receita-da-bancada-do-medicamento-no-congresso/>. Acesso em: 21 jan. 2019.

PINTO, Angelo C.; BARREIRO, Eliezer J. Challenges of the Brazilian pharmaceutical industry. **Quím. Nova**, São Paulo, v. 36, n. 10, p. 1557-1560, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-40422013001000012&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422013001000012&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 21 dez. 2018.  
<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-40422013001000012>.

RADAELLI, Vanderléia. A Nova Conformação Setorial da Indústria Farmacêutica Mundial: redesenho nas pesquisas e ingresso de novos atores. **Revista Brasileira de Inovação**, Rio de Janeiro-RJ, v. 7, n. 2, p. 445-482, 2008. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648971>. Acesso em: 05 set. 2017.

SAKAMOTO, Leonardo. **Lobby da indústria farmacêutica põe direito a saúde na UTI**. Blog do Sakamoto, 2015. Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2015/12/12/lobby-da-industria-farmacutica-poe-direito-a-saude-na-uti/>. Acesso em: 07 jul. 2017.

## A TEORIA DA LEGISLAÇÃO DE MANUEL ATIENZA APLICADA AO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.654/2012 <sup>102</sup>

*Victória Karoline da Luz Silveira*<sup>103</sup>

*Adalberto Narciso Hommerding*<sup>104</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa busca tecer considerações acerca da discussão teórica sobre a Teoria da Legislação desenvolvida por Manuel Atienza, para tanto, pauta-se na ideia de que tal sistemática contribui significativamente para a produção de uma legislação racional decorrente de uma política legislativa adequada. Pretende-se demonstrar que para Atienza a racionalidade legislativa deve atender aos níveis de racionalidade linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. Posteriormente, Atienza, acrescentou um nível transversal de meta-racionalidade: a razoabilidade (R6). Com base nessa perspectiva, o presente estudo quer analisar a racionalidade da Lei nº 12.654/12, legislação que implementou no sistema penal brasileiro a previsão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal. Daí os seguintes questionamentos: a norma penal em análise está atingindo a finalidade e os objetivos para os quais foi criada? O Direito Penal atual apresenta uma alternativa para os riscos sociais modernos? A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa é basicamente bibliográfica. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, de modo a

<sup>102</sup> Pesquisa institucional desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado, área de concentração em Direitos Especiais. Linha de pesquisa: Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos (Linha II), da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo.

<sup>103</sup> Advogada - OAB/RS 126.094. Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais. Linha de pesquisa: Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - PDPG consolidação estratégica 3 e 4, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo. Membro do Grupo de Pesquisa A efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas – Linha II. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI, Campus de Santo Ângelo/RS, na linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES/ PROSUC; Especialista em Direito Público pela Faculdade Legale - FALEG/SP; Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus São Luiz Gonzaga/RS (2021); E-mail: viictoriadaluzs@hotmail.com

<sup>104</sup> Possui graduação em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (1993), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e pós-doutorado em Direito pela Universidad de Alicante, Espanha (2012). Atualmente é professor da URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo, na graduação e pós-graduação, inclusive Mestrado e Doutorado em Direito; professor palestrante nos cursos de preparação para Magistratura e Ministério Público na escola da AJURIS - Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul - e da Escola da FSMP - Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, respectivamente; professor palestrante convidado nos cursos de pós-graduação do IESA - Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo/RS e da UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Também é professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Tocantins, Palmas/TO, FAPLAN/Anhanguera, Universidade do Contestado (Caçador/SC) e FEMA, de Santa Rosa/RS, IMED, de Passo Fundo/RS. É Juiz de Direito na Comarca de Santa Rosa, no Estado do Rio Grande do Sul.

analisar brevemente o conceito de teoria da legislação, apresentado por Atienza, percorrendo seus elementos bases, bem como os níveis de racionalidade, e chegando à discussão final com foco na análise crítica da Lei nº 12.654/12 como alternativa dotada de eficiência e eficácia no auxílio à justiça e a redução da criminalidade.

**Palavras-chave:** Banco de Dados Genéticos; Racionalidade Legislativa; Teoria da Legislação.

## INTRODUÇÃO

O processo pelo qual se cria a norma não faz parte dos assuntos mais pautados no desenvolvimento dos estudos jurídicos. De regra, a preocupação maior se dá com a jurisprudência, com as decisões dos juízes, recebendo pouca atenção o estudo sobre a jurídica racionalidade da produção das leis. É importante, porém, compreender esse processo, entendendo que nele deve haver uma racionalidade. Na presente pesquisa, busca-se tecer considerações acerca da discussão teórica sobre uma Teoria da Legislação, apresentada especialmente a partir do pensamento do Professor Manuel Atienza, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, Espanha. Nesse sentido, a ideia de norma a ser trabalhada diz com a norma texto legal, como produto legislativo, tratada também como sinônimo de lei, produto da política e da atividade legislativa. Pretende-se também demonstrar que Manuel Atienza descreve os níveis de racionalidade sempre compostos de cinco elementos bases: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores. A racionalidade legislativa deve atentar, então, aos níveis de racionalidade linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético. A ideia é a de que se possa ter uma adequada aplicação do direito, faz-se necessária uma legislação racional, atendendo a tais níveis de racionalidade, oriundos de uma política legislativa adequada.

O Direito penal é o ramo que mais sofre com o descumprimento dos níveis de racionalidade. Essa reflexão decorre do fato de que o legislador brasileiro, por vezes cria leis, por força da política, pela pressão da mídia ou por outro motivo que não leve em consideração a racionalidade e efetividade, o que acaba gerando um sério problema aos aplicadores do direito diante dos casos concretos que lhes são colocados para solução. A produção da legislação no caso do Brasil não tem atendido a níveis adequados de racionalidade legislativa, pois muitas vezes elaborada com cunho populista, motivada pelo apelo insistente da mídia, muitas vezes influenciada pela economia de mercado. Em verdade, as leis penais brasileiras são sinônimo de “legislação simbólica”, cuja concretização normativa é deficiente.

Com base nessa perspectiva, o presente estudo quer analisar a racionalidade da Lei nº 12.654/21, legislação que implementou no sistema penal brasileiro a previsão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal. Daí os seguintes questionamentos: a norma penal em análise está atingindo a finalidade e os objetivos para os quais foi criada? O Direito Penal atual apresenta uma alternativa para os riscos sociais modernos?

A fim de desenvolver a temática proposta, a pesquisa é basicamente bibliográfica. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, de modo a analisar brevemente o conceito de teoria da legislação, apresentado por Atienza, percorrendo seus elementos bases, bem como os níveis de racionalidade, e chegando à discussão final com foco na análise crítica da Lei nº 12.654/12 como alternativa dotada de eficiência e eficácia no auxílio à justiça e a redução da criminalidade.

Conceitualmente, o processo legislativo é um conjunto de normas que regula a criação de outras normas. O desenvolvimento desse processo no Brasil não parece preocupado com a justificação científica da norma na produção legislativa, bastando a sua adequação aos procedimentos legais e constitucionais, e ao disposto nos regimentos internos dos parlamentos de cunho meramente procedimental.

Nesse sentido, o que parece prevalecer no cotidiano do Poder Legislativo brasileiro é uma espécie de “senso comum legislativo”, semelhante ao que Warat chamava de “senso comum teórico dos juristas” que deixa de considerar a contribuição que as conquistas contemporâneas da filosofia, da Hermenêutica Filosófica e da Sociologia do Direito poderiam dar ao processo de elaboração da lei. A produção legislativa, assim, torna-se direcionada à elaboração de leis com forte cunho populista, com forte apelo midiático, que tendem à colonização do Direito pelos imperativos sistêmicos da economia de mercado, dificultando a concretização normativa dos textos legais.

Daí a necessidade de uma discussão acerca da dogmática jurídica e da técnica legislativa. A Dogmática Jurídica, conforme explica Manuel Atienza, é o “núcleo” da expressão “Ciência do Direito”, vista de modo mais amplo, englobando também a Sociologia do Direito, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria Geral do Direito, etc. Ela parte das leis, normas legais, como uma realidade já apresentada, mencionando os problemas relacionados com a interpretação/aplicação das normas jurídicas. De outra forma, a “Ciência da Legislação” preocupa-se com a produção de tais normas jurídicas. (ATIENZA, 1997).

Dito de outro modo, a Dogmática Jurídica leva em consideração a interpretação do Direito também enquanto resultado e enquanto atividade, preocupando-se com o momento anterior à produção da norma, buscando entender o sentido desta, analisando a fase anterior da promulgação. Já a Ciência da Legislação trata da lei enquanto produto com características formais estabelecidas e com a finalidade de produzir efeitos no sistema jurídico e social. Distinta da Dogmática Jurídica, a Ciência da Legislação interessa-se pelo momento posterior, com intento de analisar os resultados produzidos e assim analisá-los como pressuposto essencial para enfrentar a tarefa de melhorar a legislação.

No que se refere aos destinatários tanto da Dogmática Jurídica como da Ciência da Legislação, também tratada como Técnica Legislativa, Manuel Atienza (1997, p. 18-19), ensina que:

A Dogmática Jurídica parte das leis como “dados”, ou seja, como “material preexistente” que deve ser usado para atingir melhor resultado da interpretação/aplicação do direito. Por isso se dirige aos aplicadores do Direito (Juízes, advogados, etc.). Já a técnica legislativa toma como dado as leis, normas jurídicas já existentes, juntamente com as necessidades sociais, as características especiais da linguagem do Direito, e, a partir daí, pretende

como resultado a otimização da produção das normas provenientes dos órgãos legislativos e administrativos.

A Teoria da Legislação, portanto, é uma ferramenta essencial capaz de fornecer as condições e possibilidades para uma boa prática da legislação. Na busca da correta aplicação do direito busca-se também uma produção legislativa adequada que leve a uma legislação racional. Para esse fim, Atienza apresenta um modelo composto de três fases: pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Esse processo funcionaria de forma circular, retro-alimentado, na medida em que o resultado de cada fase leva a uma operação posterior, mas que repercute na fase legislativa anterior até a edição da norma. (ATIENZA, 1997).

### **TEORIA DA LEGISLAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A SUA INFLUÊNCIA PARA A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI.**

De acordo com o modelo proposto por Manuel Atienza (1997), composto das fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, o surgimento de uma demanda social atua como marco inicial para a fase pré-legislativa e a apresentação de um Projeto de Lei é o seu marco final. A recepção do Projeto de Lei pela burocracia legislativa dá início à fase legislativa que se encerra com a sanção da lei. Por fim, a fase pós-legislativa tem início com a vigência formal da lei e se encerra somente quando há proposta de uma nova lei que a altera ou a revoga.

Ao tratar da aplicação do Direito, imprescindível se mostra ressaltar que ele não depende somente da aptidão interpretativa dos juízes. Interpretar e aplicar o direito vincula-se às possibilidades hermenêuticas dos juízes, o que passa, primeiramente, por produzi-lo adequadamente, obedecendo a uma racionalidade legislativa que, como ensina Atienza, deve consequentemente considerar os diversos níveis pelos quais se pode alcançar a racionalidade da lei: linguístico (R1), jurídico-formal (R2), pragmático (R3), teleológico (R4) e ético (R5), acerca do que se tratará a seguir. A racionalidade legislativa pode e deve ser acompanhada de uma boa dose de Direito como Integridade adotando-se coerência e integridade nos moldes de que defende Ronald Dworkin. (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Ao tratar do âmbito prescritivo-normativo dos níveis de racionalidade legislativa na Teoria da Legislação, salienta-se que tais níveis devem ser observados no processo legislativo, de modo que as racionalidades sirvam como um controle de legitimidade das decisões legislativas para além do mero cumprimento de formalidades da elaboração legislativa.

A Teoria da Legislação geralmente parte das normas já consagradas pelo legislador e se dispõe ao estudo das necessidades sociais, das peculiaridades linguístico-comunicacionais do discurso jurídico, da adequação das leis ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais, da observância aos fins declarados etc., com a finalidade de otimizar a produção das normas. Neste aspecto, a Teoria da Legislação se dirige prioritariamente aos políticos e técnicos da administração envolvidos diretamente com a questão da redação das normas. (HOMMERDING; LYRA, 2014).

A Teoria da Legislação desenvolvida por Manuel Atienza faz a distinção entre cinco níveis de racionalidade a serem observados no processo de legislação. Para Atienza é irracional toda lei que não satisfaça cada um dos níveis de racionalidade a seguir. São eles:

Racionalidade linguística ou comunicativa (R1), que envolve o emissor e o receptor, impondo-se o dever de transmitir, com fluidez e clareza, a mensagem legislativa; uma racionalidade jurídico-formal (R2), na medida em que a lei deve se inserir, de forma coerente e uniforme, num dado sistema jurídico; racionalidade pragmática (R3), uma vez que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito em lei; uma racionalidade teleológica (R4), pois a lei teria de alcançar os fins sociais declarados e a serem perseguidos; e, por fim, uma racionalidade ética (R5), uma vez que as condutas prescritas e a finalidade das leis devem passar pelo teste de uma justificação ética. (ATIENZA, 1997, p. 27-28).

Posteriormente, Manuel Atienza acrescentou um nível transversal de meta-racionalidade: a razoabilidade. (ATIENZA, 2013).

A racionalidade linguística ou comunicativa pressupõe que, em toda lei racional, o legislador, também chamado de emissor, deve ser capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final, também chamado de receptor de maneira clara e fluída.

Ocorre que, as leis, as vezes, não são plenamente racionais já neste primeiro nível, pois a identificação dos emissores e receptores de uma lei não é algo tão simples como possa parecer num primeiro momento e o mesmo ocorre com o ato de comunicação. Dentre outros pontos a serem observados, a complexidade das relações sociais modernas, a demanda por tipos abertos por um lado cria um ponto de tensão linguística permanente a ser resolvida pelo legislador no momento da elaboração normativa. (PAIVA, 2009).

Atento a tal situação, o legislador brasileiro editou a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis”, com o objetivo de atenuar tal problema. Dessa forma, no plano da racionalidade linguística (R1), o sistema jurídico se apresenta como um sistema de informação e comunicação, conferindo primazia à questão da linguagem.

A racionalidade jurídico-formal (R2) por sua vez demanda que toda nova lei deve se inserir harmoniosamente no sistema jurídico; deve se apresentar como uma ordem normativa coerente, sem lacunas e contradições, adequando-se a técnica legislativa. Cabe ao legislador observar critérios e normas validamente estabelecidas e estruturadas como um conjunto de normas do ordenamento jurídico de que a legislação irá fazer parte. No Brasil, as instâncias de controle legislativo previstas na Constituição da República limitam-se basicamente a considerações formalmente técnicas.

Nesse nível, se estará diante de uma irracionalidade quando a legislação de alguma forma contribuir para provocar erosões legislativas, não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito. A evolução da técnica legislativa, com o aprimoramento das redações textuais, mostra-se como alternativa para evitar tal irracionalidade no nível jurídico-formal. (ATIENZA, 1997).

Já a racionalidade pragmática (R3) vindica que toda conduta prescrita em lei deva ser passível de cumprimento por seus destinatários. Na perspectiva de ATIENZA (1997), a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado. Assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos.

No Brasil, essa racionalidade é resumida na lógica da “lei que pega” ou não, facilmente identificável. [...] Várias são razões levam ao fracasso de uma norma, existindo tanto questões subjetivas como falta de motivação dos destinatários (por ausência de uma sanção adequada, por exemplo) como fatores objetivos, como a ausência de meios (materiais, econômicos e tecnológicos) para o cumprimento da lei. (KURY, 2015, p.10).

Uma lei, então, mostra-se irracional quando se revela incapaz de influir no comportamento humano, não cumprindo com o cunho de motivar ou assegurar expectativas normativas, podendo culminar na desorganização legislativa. No combate a essa irracionalidade, uma alternativa que se apresenta é a do diálogo interdisciplinar com a ciência política, psicologia e também com a sociologia.

A racionalidade teleológica (R4) faz aporte à adequação entre os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei. Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico é considerado um meio para se alcançar o que se deseja. Para Atienza (1997), se os fins almejados estiverem justificados eticamente o que será observado no nível de racionalidade (R5), o direito deve perseguir tais fins de maneira eficiente.

Consequentemente, quando a lei não produz efetivamente os efeitos ansiados ou se destina a produzir efeitos não declarados, está-se diante de uma irracionalidade legislativa no nível da racionalidade teleológica.

Por fim, mas não menos importante está o nível da racionalidade ética (R5). Os valores éticos são ideias que permitem justificar os fins de uma medida legislativa. (ATIENZA, 1997). Dessa forma, a racionalidade ética pressupõe que todas as condutas tipificadas em lei devem ter seus fins justificados em valores socialmente compartilhados, tais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da justiça. Com isso, a validade da lei pleiteia simetria com os princípios morais e a irracionalidade ética pode ser vislumbrada quando a lei não é legítima, ou seja, quando a sua redação não se encontra de acordo com os princípios éticos e morais, perseguindo fins imorais e ilegítimos.

A esses cinco níveis de racionalidade, Atienza acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha especificado em seu modelo) –, qual seja a “razoabilidade”, assim entendida como a exigência de um equilíbrio na concretização das racionalidades analisadas anteriormente, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deva ser feito a um “custo razoável.” (ATIENZA, 2013). Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade.

Para Atienza, a racionalidade da argumentação jurídica, na interpretação, aplicação do Direito, exige um mínimo de racionalidade legislativa. Assim, a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, dessa forma, teria caráter unitário, aplicando-se tanto à produção quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas, também, de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo).

O processo de elaboração das leis é composto por interações entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores, presentes em cada um desses níveis conforme a natureza de cada nível, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5) e, por fim, a razoabilidade (R6).

## A (IR)RACIONALIDADE LEGISLATIVA DAS LEIS PENAIS

Assim como ocorre com todo o ordenamento jurídico brasileiro, as leis penais, da mesma forma, podem sofrer de irracionalidades no seu processo legislativo. No processo legislativo das leis penais, por exemplo, é possível constatar que a fase pré-legislativa possui papel de destaque, uma vez que influenciada diretamente pelos agentes sociais, como políticos, jornalistas, peritos, ou seja, atores que expõem questões sociais que demandam de algum tipo de intervenção legislativa.

Nesse sentido, por exemplo, ao observar a lei penal, ela será irracional do ponto de vista ético (R5) quando corrompida no seu conteúdo por não se ajustar a critérios ou princípios éticos morais do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Díez Ripollés (2003), propõe um modelo estrutural de racionalidade:

[...] Um modelo estrutural de racionalidade ético-penal deve responder a três decisões de política criminal: a) de manter a ordem social básica, evitando os danos mais perigosos e mais graves para os bens fundamentais à convivência social; b) de incidir sobre um dos fatores decisivos à produção de ditos atos lesivos (incidindo socialmente sobre as pessoas responsáveis); c) de neutralizar tais condutas mediante o controle social (e, ao depois, pelo controle penal).

Consoante esse modelo estrutural de racionalidade ético-penal, as três decisões de política criminal devem ser tratadas de forma que a ordem social permaneça estabilizada pelo controle social. Os princípios fundadores do Direito Penal contribuem, então, para que não ocorra irracionalidade legislativa, norteados e dando direcionamento ao legislador no processo legislativo.

Ripollés (2003) sustenta que o princípio da proteção serve como base para a delimitação dos conteúdos do Direito Penal; o princípio da responsabilidade serve como base para a responsabilização do indivíduo conforme o seu comportamento, e

o princípio da sanção serve como base para a cominação e aplicação de possíveis sanções diante de uma conduta reprimida e punível criminalmente. Para ele:

Os princípios de proteção dividir-se-iam no princípio de lesividade, que afeta as necessidades da convivência social externa, na medida em que a sociedade necessita de defesa; princípio da essencialidade ou fragmentariedade, já que o Direito Penal se reserva para prevenir condutas gravemente prejudiciais ou dotadas de danosidade social; princípio do interesse público, pois os comportamentos que reclamam intervenção penal são aqueles que afetam o sistema social como um todo; e, por fim, princípio de correspondência com a realidade, vedando a punição de comportamentos a atitudes morais já superadas. Já os princípios da responsabilidade dividir-se-iam: a) nos princípios da certeza e da segurança jurídica (exigência de um procedimento formal, a saber: a lei); b) no da responsabilidade pelo fato que ensina que não se devem punir meros pensamentos ou plano de vida do autor; c) princípio de imputação (deve haver uma conexão entre o sucesso e o comportamento da pessoa); d) princípio da culpabilidade (que pede contas ao processo de motivação que leva à tomada de uma decisão pelo seu autor; e e) princípio da jurisdicionariedade, isto é, do monopólio estatal da exigência da responsabilidade penal. (RIPOLLÉS, 2003, p. 109-111).

No que se refere aos princípios éticos, Ripollés esclarece que devem ser observados, no que tange à sanção, o princípio da humanidade da pena, vedando a aplicação de penas cruéis; deve o legislador se ater ao princípio teleológico, aplicando-se a penalidade estatal a partir de fins razoáveis; também o princípio da proporcionalidade das penas, o princípio do monopólio punitivo estatal, qual atribui a responsabilidade pela execução das penas impostas ao Estado devem ser observados. (RIPOLLÉS, 2003).

No âmbito da racionalidade ética legislativa das leis penais, a observância de todos os princípios constitucionais supracitados faz-se necessária para legitimar o controle penal e, do mesmo modo, estabelecer limites racionais ao direito estatal de punir. Em suma para o processo de análise da racionalidade ética no Direito Penal, os princípios morais desenvolvem um papel central.

A racionalidade teleológica (R4), por sua vez, deixa de estar presente à medida que os objetivos a serem perseguidos não tenham sido acordados no plano argumentativo do discurso, ou seja, não estão de acordo como critério democrático. Já em outro contexto a lei penal alcança tal racionalidade quando cumpre os seus objetivos sociais, atingindo os fins propostos e declarados.

No mais, conforme restou demonstrado no tópico anterior do presente trabalho, uma lei penal cumpre com o nível de racionalidade pragmática (R3) quando consegue influenciar ou interferir no comportamento humano, apresentando-se como uma lei que é atendida e cumprida pelas pessoas. Dessa forma, a irracionalidade pragmática na legislação penal (R3) surgirá quando não houver o cumprimento da lei pelos cidadãos, ou quando não houver a efetiva aplicação pelos órgãos que exercem o controle social. Outrossim, a ausência de tal nível de racionalidade permite que a lei não cumpra com os seus objetivos declarados, representando apenas o que se denomina de legislação meramente simbólica. (HOMMERDING; LYRA, 2014).

Percebe-se a análise dos níveis de racionalidade em ordem invertida ao apresentado anteriormente, tratando-se então da racionalidade jurídico-formal (R2) na lei penal brasileira. Pois, sofrerá deste nível de irracionalidade a lei que apresentar incoerências, sendo assim inconsistente e semeando insegurança jurídica. Por último, observa-se a racionalidade linguística (R1) como aquela que atribui ao sistema jurídico o dever de informação e comunicação capaz de transmitir a mensagem da lei ao destinatário final. A ausência de tal observação impede ou dificulta aos seus destinatários a transmissão dos conteúdos da lei que propicia seu cumprimento ou sua aplicação.

Quanto ao nível transversal de meta-racionalidade: a razoabilidade (R6), convém ressaltar que o autor ensaia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas têm “conteúdo variável”, e envereda por outro caminho, notadamente influenciado pelo raciocínio judicial, não pelo legislativo. E de fato deve-se reforçar que tais digressões sobre esses conceitos não constam de seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

Manuel Atienza entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico.

Por seu turno, entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade.

## **UMA ANÁLISE CRÍTICO-DESCRITIVA DA LEI Nº 12.654/2012 E OS NÍVEIS DE RACIONALIDADE LEGISLATIVA**

Conforme já exposto até o presente momento, a argumentação legislativa poderia ser base para a realização de uma atividade voltada a dar resposta aos questionamentos que surgem ao passar por cada um dos níveis de racionalidade. Se assim ocorresse, o processo legislativo poderia ser norteado pelas seguintes perguntas: A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? Análise referente ao R1; b) É sistemática? Passa-se ao R2; c) É eficaz? Avança-se ao R3; d) É efetiva? Analisa-se o R4; e) É axiologicamente adequada? Responde a racionalidade atribuída ao R5; é eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?) Analisa-se o R6.

Dito isso, quer-se então avaliar brevemente os níveis de racionalidade legislativa da Lei nº 12.654/2012 e os desdobramentos quase uma década depois de sua implantação. A escolha de tal marco normativo para análise deve-se ao fato que nele estão presentes, os elementos característicos da racionalidade legislativa do legislador brasileiro em matéria de direito penal e direito processual penal, permitindo através da arguição de tal dispositivo, identificar traços de uma legislação “reativa”

que fulgura esta seara penal, além de outras externalidades que limitam sua aplicação na realidade social brasileira.

A Lei nº 12.654/12 instituiu importantes inovações para a matéria de Direito Processual Penal brasileiro, a partir do momento em que previu essa nova modalidade de identificação criminal, qual seja, a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins criminais. A referida lei trata da identificação genética criminal e autoriza a coleta compulsória de material genético do acusado, para fins de prova, e do condenado, por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa cometido com grave violência, para fins de armazenagem em bancos de dados que tem por objetivo ajudar a elucidar crimes futuros. (BRASIL, 2012).

Esse tema tornou-se objeto de grande discussão no meio jurídico, político e social. A maior divergência ocorreu em torno da (in)constitucionalidade desta medida. O material divulgado pelo STF a respeito do assunto remete a seguinte ideia:

Reconhecida a existência de repercussão geral na alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação criminal e o armazenamento em bancos de dados de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos mediante extração obrigatória de DNA. Alertou-se que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Entendeu-se como necessário analisar a questão à luz da possível violação dos direitos da personalidade e do princípio da vedação à autoincriminação – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da Constituição Federal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p.02).

Assim, a partir da apreciação do estudo publicado pelo STF, tem-se que em relação ao Brasil, a utilização e criação de um banco de dados genéticos para fins de investigação criminal é assunto constantemente debatido, divergindo em opiniões doutrinárias, pois se discute a sua (in)constitucionalidade à luz dos princípios dispostos na Constituição de 1988, principalmente aqueles que se referem os direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação.

Ao aplicar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza e analisar os níveis de racionalidade legislativa da lei penal em questão, podemos considerar que ela apresenta irracionalidades. Inicia-se então, ponderando a racionalidade jurídico-formal (R2), a qual demanda que toda nova lei deve se inserir harmoniosamente no sistema jurídico, adequando-se a técnica legislativa. Outrossim, se está diante de uma irracionalidade quando a legislação de alguma forma contribui para provocar erosões legislativas, não atendendo aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico ou apresentando lacunas e contradições, afetando negativamente o sistema do Direito. (ATIENZA, 1997). Nesse sentido, então, a Lei nº 12.654/2012 apresenta contradições e se sujeita à existência de repercussão geral acerca da sua (in)constitucionalidade.

Quando submetida ao nível de racionalidade pragmática (R3) a lei também apresenta deficiência legislativa, uma vez que a racionalidade pragmática é medida pela adesão dos destinatários a lei imposta pelo Estado, sendo assim, o sistema jurídico é visto como um sistema de normas comportamentais e o objetivo é conseguir

que as leis sejam obedecidas pelos indivíduos. Conforme já referido, no Brasil, essa racionalidade é resumida na lógica da “lei que pega” ou não, sendo diversos os motivos que levam ao fracasso de uma norma, existindo tanto questões subjetivas ou fatores objetivos, como neste caso, a ausência de meios (materiais, econômicos e tecnológicos) para o cumprimento da lei.

A irracionalidade da lei no nível pragmático, pode ser ressaltada por uma pesquisa de autoria própria, onde pesquisou-se sobre as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 12/03/2013 a 30/12/2020. Foram encontradas apenas 8 (oito) decisões envolvendo a referida legislação em mais de 7 anos de vigência. Percebe-se que este é um número consideravelmente baixo em comparação a outros assuntos, isso ocorre em virtude de que os fatores objetivos como a precariedade de recursos econômicos e tecnológicos que por vezes inviabilizam a aplicação da lei penal.

Aqui, os pontos mais importantes no que tange ao não atendimento dos níveis de racionalidade. Submetendo a Lei nº 12.654/2012 à análise da racionalidade teleológica (R4), tem-se que tal nível se relaciona com os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei. Assim, quando a lei não produz efetivamente os efeitos queridos ou se destina a produzir efeitos não declarados, está-se diante de uma irracionalidade legislativa no nível da racionalidade teleológica.

É o que ocorre com a lei em análise. Uma vez que a lei não possa ser aplicada na realidade social do país, deixa conseqüentemente de produzir os efeitos e resultados pretendidos. O mesmo ocorre quando a sua introdução nas decisões judiciais se dá de forma lenta, como já visto anteriormente. A conduta em análise aqui, não se refere ao aplicador da lei que deixa de aplica-la, mas refere-se ao legislador, que produziu uma legislação deficiente em racionalidade teológica, abrindo margem para a insegurança jurídica e inúmeros questionamentos, tornando inviável o alcance da sua finalidade e o benefício da sociedade em geral.

Chega-se à análise do nível da racionalidade ética (R5). A racionalidade ética pressupõe que todas as condutas tipificadas em lei devem ter seus fins justificados em valores socialmente compartilhados, tais como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da justiça, sendo a única fonte do direito justificativa em termos éticos no Brasil a Constituição Federal.

Nesse sentido, a irracionalidade ética pode ser vislumbrada quando a lei não se encontra de acordo com os princípios éticos e morais, perseguindo fins imorais e ilegítimos. (HOMMERDING; LYRA, 2014). No que tange a tal observância, uma vez que a Lei nº 12.654 restou aprovada e promulgada, entende-se subjetivamente que a mesma corresponde aos valores éticos e morais da sociedade.

Percebe-se, no entanto, que ainda não há um consenso doutrinário sobre a (in)constitucionalidade da aplicação do banco de dados de perfis genéticos para fins de investigações criminais frente aos direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação e da presunção de inocência. Ressalta-se, também, que o tema é de repercussão geral no STF e se encontra para julgamento. E, neste momento, vislumbra-se a irracionalidade mais grave que se pode evocar em uma legislação, pois trata-se da violação de direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais aqui supracitados devem ser observados minuciosamente quando da criação e aplicação da legislação processual penal, como forma de orientação ao legislador e ao magistrado, para que os ditames constitucionais sejam ressaltados até mesmo na aplicação das penas e sanções. Esse vínculo existente entre a Constituição e o Direito Processual Penal demonstra a natureza garantidora das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos, intrínsecas ao processo penal. (SOUZA, 2003).

Quanto ao nível da racionalidade da razoabilidade (R6), pressupõe-se questionar: A lei alcança os cinco níveis de racionalidade a um custo satisfatório? A decisão tomada deve atingir o maior grau de racionalidade possível. Posta aqui está a necessidade de alcançar um equilíbrio razoável entre as exigências contrapostas que necessariamente tinham que ser consideradas para a tomada da decisão; e por fim, a decisão tomada e a sua aplicação ao caso concreto deve ser razoavelmente aceitáveis pela sociedade.

No mesmo sentido, uma legislação deve existir para atender problemas sociais existentes. No entanto, não raramente, o que se vê no Brasil é a criação de leis simbólicas, elaboradas com finalidades diversas que não resolvem os reais problemas da sociedade. O Direito Penal está se desacreditando. Os destinatários das normas penais não mais as temem, o processo legislativo tornou-se uma “fábrica de penas” que, diuturnamente, produz novas leis penais e novos tipos, além de aumentar penas em abstrato, como a dizer: “se não respeitam a Lei Penal, aí vai uma pena maior!”. Esse processo instrumentaliza o Direito Penal e o torna simbólico: existe, mas não tem eficácia. (LYRA, 2015, p. 178).

A partir do momento em que uma legislação é criada como forma de exteriorizar poderes do Estado, identificado com fins e valores protegidos, sem que a respectiva lei produza algum resultado prático aos casos concretos, está-se diante de uma lei plenamente simbólica. A legislação simbólica possui vários efeitos sociais, dentre eles o de convencer as pessoas e determinados grupos sociais de que o direito reivindicado está garantido. Utilizando-se da norma como uma forma de confortar e tranquilizar a população. Também a criação da norma moral pelo legislador faz com que haja o apoio das instituições sociais. (HOMMERDING; LYRA, 2014).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto até aqui é que se faz necessário ressaltar a importância da aplicação de uma Teoria da Legislação da maneira pensada por Manuel Atienza. A legislação penal simbólica pode ser evitada se analisada no seu processo de produção, a fase pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Do mesmo modo, se observadas as interações necessárias entre os editores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores. E, por fim, se observados os cinco níveis de racionalidade, constituídos pela racionalidade linguística (R1); a racionalidade jurídico-formal (R2); a racionalidade pragmática (R3); a racionalidade teleológica (R4); a racionalidade ética (R5) e, por fim, a razoabilidade (R6).

Explicitados, cada um dos níveis de racionalidade propostos pelo modelo desenvolvido por Atienza (1997), é possível analisar e afirmar se determinado projeto

de lei, ou uma determinada lei aprovada e sancionada, cumpre com os requisitos de racionalidade, ao mesmo passo que se pode identificar as prováveis irracionalidades nela contida. Assim sendo, uma lei será racional quando transmitir uma mensagem fluída e objetiva, destacando seus fins, com sanções passíveis de serem cumpridas pelos seus destinatários, integrando-se harmoniosamente ao ordenamento jurídico e sendo fundamentada eticamente a partir da Carta Magna brasileira.

Com base na perspectiva apresentada, o presente estudo visou analisar os níveis de racionalidade da Lei nº 12.654 de 2021, legislação que implementou ao sistema penal brasileiro a previsão da coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal. Outrossim, fez-se pertinente realizar o seguinte questionamento: A norma penal em análise está atingindo a finalidade e os objetivos para os quais foi criada? O Direito Penal atual apresenta uma alternativa para os riscos sociais modernos?

A fim de responder a problemática proposta, analisou-se brevemente o conceito de teoria da legislação, apresentado por Aienza, percorrendo seus elementos bases, bem como os níveis de racionalidade e chegando à discussão final com foco na análise crítica da Lei nº 12.654/12 como alternativa dotada de eficiência e eficácia no auxílio a justiça e a redução da criminalidade.

Sendo assim, restou demonstrado que não houve o atendimento a todos os níveis de racionalidade durante a elaboração da Lei nº 12.654/2012, e as deficiências na aplicação do diploma legal provavelmente decorrem desse déficit. Uma vez dotada de irracionalidade nos níveis jurídico-formal (R2), pragmático (R3), teleológico (R4), ético (R5) e razoável (R6), reputa-se como pontos mais importantes aqueles que se referem ao não atendimento dos níveis de racionalidade teleológica (R4), relacionando-se com os fins pretendidos pelo legislador e os fins efetivamente alcançados pela lei, uma vez que a lei não possa ser aplicada na realidade social do país, deixa conseqüentemente de produzir os efeitos e resultados pretendidos.

Além disso, merece destaque a presença da irracionalidade ética (R5) e da irracionalidade da razoabilidade (R6), que podem ser vislumbradas quando a lei não é legítima ou quando a sua redação não está de acordo com os princípios éticos e morais. Ainda, quanto a Razoabilidade (R6), a lei por vezes não alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, que necessariamente devem que ser consideradas na decisão; o que a torna inaceitável pela sociedade. Percebe-se que sobre a Lei nº 12.654/12 ainda não há um consenso doutrinário sobre a (in)constitucionalidade da aplicação do banco de dados de perfis genéticos para fins de investigações criminais frente aos direitos da personalidade, bem como ao princípio da vedação da autoincriminação e da presunção de inocência. E, neste momento, vislumbra-se a irracionalidade mais grave que se pode evocar em uma legislação, pois refere-se possivelmente da violação de direitos fundamentais.

Ressalta-se, no entanto, que os princípios constitucionais devem ser sempre observados minuciosamente quando da criação e aplicação da legislação processual penal, como forma de orientação ao legislador. Esse vínculo existente entre a Constituição e o Direito Processual Penal demonstra a natureza garantidora das tradicionais liberdades públicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos, intrínsecas ao processo penal.

Entende-se dessa forma, que a referida lei não pode ser considerada uma legislação jurídica racional, mas, sim, uma legislação que possui aplicação “razoável”, pois é aplicada em situações em que não seria aceitável adotar uma decisão estritamente racional ou quando se alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, de modo a atender a necessidade momentânea da sociedade.

A sociedade moderna, contudo, dotada de um ambiente multicultural, diversificado e pluralista, requer a adoção de uma Dogmática Jurídica, de uma Ciência da Legislação e de uma Teoria da Legislação. A aplicação de uma adequada Teoria da Legislação pode representar grande contribuição ao desempenho dos legisladores na elaboração das leis penais, visando tutelar os direitos fundamentais positivados e produzir efeitos no âmbito das demandas sociais.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **A model for the analysis of legislative reasoning**. Conferência apresentada no International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation. Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 setembro 2019. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Decreto 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 mar. 2013**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **CODIS brochure**. Disponível em:  
<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: 23 out. 2021.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoria de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

KURY, P. A Racionalidade Legislativa na Lei 7.492/86: Uma análise crítica no âmbito dos efeitos e das garantias dos Direitos Humanos. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 3, n. 1, 28 jan. 2015. Disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/article/view/149>. Acesso em: 11 nov 2021.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PAIVA, Luis Guilherme Mendes de. **A Fábrica de Penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2015.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS**. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa5Coletademaaterialgenticoparafinscriminais.pdf>. Acesso em 19 out. 2021.

## A AUTONOMIA DA CIÊNCIA JURÍDICA E O PENSAMENTO PACIFISTA DE HANS KELSEN

Laura Mallmann Marcht<sup>105</sup>

Gilmar Antonio Bedin<sup>106</sup>

**Resumo:** O legado científico de Hans Kelsen foi um marco para teoria jurídica contemporânea, dado o grau de maturidade que atingiu durante o século 20. Com efeito, o problema norteador deste artigo é o seguinte: em que medida as obras de Hans Kelsen contribuíram para a autonomia da ciência jurídica e para a paz internacional? Tem-se como hipótese que o legado do jurista austríaco é essencial para o desenvolvimento da Teoria do Direito, principalmente por ter sido um positivista pacifista que acreditava fortemente no direito internacional. Com efeito, na primeira seção serão analisadas as contribuições da teoria pura do direito, e, em seguida, o pacifismo idealizado em seus escritos. Para a persecução do estudo, foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo.

**Palavras-chave:** Ciência do Direito; Direito Internacional; Direitos Humanos; Hans Kelsen; Pacifismo.

### INTRODUÇÃO

Hans Kelsen, na mesma esteira de pensamento idealista que Immanuel Kant, elabora uma teoria na qual o objetivo principal é atingir a paz em nível global, através de uma cidadania mundial. Além de ser um teórico do Estado e do Direito, Kelsen dedicou-se aos estudos da lógica jurídica, tendo pertencido ao Círculo de Viena. Reconhecido por ser o jurista do século XX, nasceu em Praga, em 1881, fazendo parte de uma família de origem judaica. (MÉTALL, 1976). Aos quatro anos de idade, sua família mudou-se para Viena – capital do Império Austro-Húngaro –, onde realizou seus estudos e fixou raízes. (KELSEN, 2011b; MÉTALL, 1976). Foi jurista por nove

<sup>105</sup> Doutoranda em Direito, com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela URI/SAN. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado em Direitos Humanos – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bacharela em Direito pela UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Tutela dos Direitos e sua Efetividade, coordenado pelo Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra (URI/SAN), bem como pesquisadora voluntária do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus). Professora e Advogada (OAB/RS). E-mail: laura.marcht@hotmail.com

<sup>106</sup> Pós-Doutor pelo Instituto de Estudios Avanzados da Universidade de Santiago de Chile (IDEA/USACH). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor permanente dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/SAN). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus). E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

anos na Corte constitucional austríaca. Não por acaso, à época, foi o intelectual por detrás da Constituição democrática da Áustria de 1920. (FERRAZ JÚNIOR, 1982; MÉTALL, 1976). Durante a Primeira Guerra Mundial, fora reintegrado ao exército, e, posteriormente, integrou o Ministério da Guerra. Mais tarde, Kelsen mudou-se para a Alemanha, aceitando o convite para trabalhar na Universidade de Colônia.

Ao tornar-se Chanceler do Reich em 1933, Hitler cria a Lei de Restauração do Funcionalismo, a qual inicia o processo de exclusão de quaisquer servidores públicos que não fossem alemães puros. (KELSEN, 2011b; LUCAS; BEDIN, 2015). Kelsen, por ser um defensor dos princípios democráticos e de origem judaica, foi um dos primeiros professores a ser demitido. (LUCAS; BEDIN, 2015). Primeiramente, mudou-se para Suíça. Com a deflagração da Segunda Guerra Mundial, o filósofo foi obrigado a exilar-se nos EUA, trabalhando na Universidade de Berkeley, Califórnia, local em que faleceu em 1973. (FERRAZ JÚNIOR, 1982; MÉTALL, 1976). As obras do jurista austríaco foram um marco para teoria jurídica hodierna. Isso porque esta, ao longo do século 20, atingiu um grau maior de maturidade. (LUCAS; BEDIN, 2015).

Nesse sentido, o problema norteador desta pesquisa é o seguinte: em que medida as obras de Hans Kelsen contribuíram para a autonomia da ciência jurídica e para a paz internacional? Tem-se como hipótese que o legado deste jurista é essencial para o desenvolvimento da Teoria do Direito, principalmente por ter sido um positivista que acreditava fortemente no direito internacional, bem como no pacifismo. Com efeito, na primeira seção serão analisadas as contribuições da teoria pura do direito, e, em seguida, o pacifismo idealizado em seus escritos. No que se refere à metodologia adotada para a realização deste artigo, por meio da técnica da pesquisa bibliográfica, o método selecionado foi o hipotético-dedutivo, pois a sobredita hipótese será ao final falseada. Para além, esta investigação é do tipo exploratória, de abordagem qualitativa, sendo que cada capítulo corresponde a um dos sobreditos objetivos específicos, respectivamente.

## AS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES ACERCA DA TEORIA PURA DO DIREITO

A obra *Teoria Pura do Direito* (1998), de 1934, da autoria de Hans Kelsen, foi um marco para o positivismo jurídico<sup>107</sup>. O núcleo central do denominado positivismo jurídico maduro – do qual o autor é o expoente – encontra-se alicerçada em duas teses: “[a] a ciência do Direito é uma ciência exata e rigorosa e [b] a validade do Direito é independente de sua justiça ou injustiça.” (LUCAS; BEDIN, 2015, p. 217). No que tange à primeira tese, este positivismo defende que o cientista jurídico deve afastar quaisquer considerações morais – valorativas –, para garantir que sejam consideradas apenas questões de cunho jurídico. Indagar sobre os valores de

---

<sup>107</sup> O positivismo jurídico preocupa-se em compreender quais as condições de validade e obrigatoriedade do Direito – dimensão ontológica –, ao mesmo passo em que o jusnaturalismo preocupa-se com a justiça no âmbito desta ciência – dimensão deontológica (LUCAS; BEDIN, 2015). Talvez esta seja a principal diferença entre os postulados de Kant e Kelsen. A teoria deste pode ser considerada a melhor expressão do positivismo analítico da teoria jurídica contemporânea (BODENHEIMER, 1994).

determinado direito não é função do cientista. Resta para este apenas verificar a validade, bem como sua aplicabilidade.

Já sobre a segunda tese, o afastamento de critérios de justiça contribui para a aplicação daquele direito que foi posto conforme a norma hipotética fundamental – a Constituição Federal –, e não daquele Direito ideal – que deriva de Deus, do cosmos, e afins. Daí deriva a discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição. Para o primeiro, a guarda caberia a um tribunal constitucional capaz de exercer o controle de constitucionalidade das leis. Para o segundo, a responsabilidade seria do Presidente do Reich, portanto, daquele que decide sobre o estado de exceção. Por esse motivo, Kelsen foi o criador do Tribunal Constitucional e da teoria do controle de constitucionalidade – sendo estas, quem sabe, suas principais contribuições para o ramo do Direito Constitucional.

O principal objetivo da sobredita obra, nesse contexto, foi a proposição de princípios e métodos para a Teoria do Direito. (FERRAZ JÚNIOR, 1982). *Teoria Pura do Direito* (1998) é de grande relevância pois pode ser considerada uma das maiores sistematizações científicas da ciência do Direito, assim como foi a *Crítica da Razão Pura* (2001) de Kant, para a filosofia de um modo geral. (LUCAS; BEDIN, 2015; SALMORÁN; 2005). Kelsen (1998, p. 7), nesse sentido, buscou “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.” Entre as principais contribuições teóricas desta obra destacam-se: “a superação da chamada dogmática jurídica tradicional; b) definição do método para a ciência do Direito; c) delimitação do objeto da ciência do Direito.” (LUCAS; BEDIN, 2015, p. 230).

Ao elaborar a *Teoria Pura do Direito*, Kelsen foi de encontro a dogmática jurídica tradicional – compreendendo a jurisprudência analítica do modelo da *common law*, a jurisprudência dos conceitos germânica e a escola da exegese francesa. (COELHO, 1983). À vista disso, a obra kelseniana pode ser considerada um marco para o dogmatismo positivista e logicista do direito atual. (COELHO, 1983). Isso porque o autor entendia que para que o direito fosse autônomo, seria necessária a “libertação de todos os elementos que lhe são estranhos.”<sup>108</sup> (WARAT, 1983, p. 27). Danilo Zolo (1998, p. 307) afirma que a paixão platônica que Kelsen tinha pelo neokantismo “instalou nele uma preocupação metodológica quase obsessiva”<sup>109</sup>. Isto permitiu ao autor, delimitar um conhecimento científico puro acerca do direito (LUCAS; BEDIN, 2015). O objetivo de Kelsen resta claro ao exigir que o objeto de uma teoria jurídica diga respeito, apenas, ao direito que é posto “com base em categorias próprias (normativas) que não sejam derivadas de outras disciplinas, nem se encontrem envoltas por juízos políticos, pretensões ideológicas, obscuridades metafísicas ou pseudo-categorias descritivas.” (WARAT, 1983, p. 32). Desse modo, é possível afirmar que o filósofo austríaco elabora uma nova Teoria Geral do Direito.

<sup>108</sup> De acordo com Edgar Bodenheimer (1994, p. 322, tradução nossa), “Direito e Estado devem ser entendidos em sua realidade jurídica pura, e as disciplinas estranhas, como psicologia, sociologia e ética, devem ser eliminadas da Ciência jurídica.”

<sup>109</sup> Tradução nossa. Texto original: “instilled in him an almost obsessive methodological concern”.

Quanto a definição do método para a ciência jurídica, este é o chamado método descritivo. De acordo com Kelsen (1998, p. 51, grifos do autor), “*proposições jurídicas* [*Rechtssatz*] são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica [...] dada ao conhecimento jurídico, [...] devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.” Logo, são proposições descritivas sobre as normas jurídicas que estão em vigor. Já as normas jurídicas [*Rechtsnorm*] não são juízos, ou seja, “enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência.” (KELSEN, 1998, p. 51). Estas normas são criadas pela comunidade jurídica para prescrever condutas humanas que devem ser seguidas. É a partir desta distinção que Kelsen defende que a função da ciência jurídica é unicamente descritiva, ou seja, deve apenas descrever as normas jurídicas que estão em vigor. Isto é importante pois, desse modo, há a separação da incumbência da autoridade jurídica – que aplica ou cria as normas – para o encargo do cientista propriamente dito – que descreve estas normas. Entende-se por doutrina “um conjunto de proposições descritivas de normas.” (COELHO, 2001, p. 7). À vista disso, a norma que é posta pela autoridade tem natureza prescritiva, ao passo que a proposição jurídica – advinda da doutrina – tem caráter descritivo. (COELHO, 2001).

No que se refere à delimitação do objeto da ciência do Direito, tem-se como recorte o Direito Positivo. (KELSEN, 1998). O objeto daquela, em outras palavras, é formado por prescrições estabelecidas *para os e pelos seres humanos*. (WALTER, 1999). É a partir dessa discussão, que sua matriz kantiana se revela. Isso porque a noção de norma em sua teoria tem como base a distinção existente entre o ser e o dever-ser. A consciência humana percebe as coisas como são<sup>110</sup>, “tal coisa é, ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático” (KELSEN, 1998, p. 4-5), ou, ainda, vê as coisas como devem ser<sup>111</sup>, “algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma.” (KELSEN, 1998, p. 5). Por essa razão, as normas conferem ao comportamento humano prescrições do dever-ser. (FERRAZ JÚNIOR, 1982). Exemplifica-se:

Nestas duas proposições: a *porta será fechada* e a *porta deve ser fechada*, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é e, no segundo caso, como algo que deve ser. A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato. (KELSEN, 1998, p. 5, grifo nosso).

Uma vez que aquela conduta que é não é a mesma que deve ser, “para que uma norma valha, a vontade do autor é apenas uma condição, mas não a razão essencial.” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 136). Se para o autor “o ser do Direito é um dever ser, ou seja, [...] a realidade jurídica é uma realidade normativa.” (LUCAS;

<sup>110</sup> Como, por exemplo, a “mesa é redonda” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 135).

<sup>111</sup> “A mesa deve-se redonda” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 135).

BEDIN, 2015, p. 235), há diferença entre o mundo natural – do ser –, e o mundo jurídico – do dever ser. Além disso, é importante a distinção que Kelsen traça entre a eficácia e a validade do Direito. É que “uma norma jurídica não é somente válida quando é inteiramente eficaz, isto é, quando é aplicada e observada, mas também quando é eficaz apenas até certo grau. Deve sempre existir a possibilidade da sua ineficácia, ou seja, a possibilidade de não ser aplicada.” (KELSEN, 1998, p. 62). Desse modo é possível aferir que o Direito, para Kelsen, não pode ser sinônimo de justiça. É a partir dessas premissas que o austríaco tentou conferir ao Direito “um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas; e de dar ao jurista uma autonomia científica.” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 135).

A teoria kelseniana parte do pressuposto que existe um sistema jurídico apenas, o que significa que há uma única hierarquia normativa – tanto para o direito externo quanto para o direito interno. (ZOLO, 1998). Portanto, a ciência do Direito é uma ciência pura de normas que as investiga de acordo com uma ordem hierárquica, a partir da norma hipotética fundamental – *grundnorm*.<sup>112</sup> (KELSEN, 1998). Para descrever o objeto da ciência jurídica, para o autor, é necessário que se indague sobre a validade das normas do ordenamento jurídico em pauta. Ao realizar este exercício, a Constituição “deve forçosamente *pressupor* a existência de uma norma fundamental, que imponha observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas.” (COELHO, 2001, p. 12, grifos do autor). Por essa razão, a norma fundamental é hipotética<sup>113</sup> – e não positiva – pois “prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica.” (COELHO, 2001, p. 12).

Luigi Ferrajoli (2015, p. 49) compreende que tanto Kelsen, quanto Norberto Bobbio são autores que forneceram para o direito uma concepção puramente formal de democracia, uma vez que o conceito de validade para eles, está ligada, intrinsecamente, “ao velho paradigma legislativo do Estado de direito.” Muito embora a teoria da norma hipotética fundamental tenha causado muitas discussões entre os teóricos do direito por sua contradição, antes de Kelsen, não havia quaisquer critérios jurídicos para determinar se certo ordenamento jurídico era formalmente válido ou não. Isto fica evidente pelo fato de que as Constituições modernas podem ser compreendidas apenas como documentos políticos que declaravam intenções, pois a elas não era reconhecida qualquer *status* de normatividade. (FISCHER, 2014). É com o flagelo das duas grandes guerras do século XX que este cenário muda. (COPETTI NETO; FISCHER, 2013).

Diversamente de outros autores, o filósofo defendia que o direito não deveria ser visto como um valor ou um fato social, mas sim, como uma norma – o que foi encarado por muitos como uma redução do objeto do Direito<sup>114</sup>. Contudo, a intenção

<sup>112</sup> Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2001, p. 10-11), “a norma hipotética fundamental é categoria kelseniana criada para solucionar a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas”.

<sup>113</sup> Em *Teoria Geral da Normas* (1986), obra póstuma do autor publicada em 1981, Kelsen revê sua teoria, referindo tratar-se de uma ficção (COELHO, 2001). É que o jurista reconhece o paradoxo que criou. Isso porque se a norma não corresponde a nenhum ato de vontade concreto, não há como existir norma (COELHO, 2001).

<sup>114</sup> Para além, a obra kelseniana foi acusada de ser demasiadamente liberal, fascista, bem como “uma manifestação de bolchevismo crasso” (LUCAS; BEDIN, 2015, p. 236). Por defender a neutralidade da norma fundamental, bem como a separação entre o que é moral, político do que é propriamente jurídico, Kelsen reconheceu o direito nazista como legítimo e válido, ainda que este fosse imoral e injusto do

de Kelsen não foi de ignorar outros aspectos do Direito, pois o reconhecia como um fenômeno complexo. A teoria kelseniana buscava, pois, escolher um desses aspectos multifaciais para conferir autonomia ao jurista. (FERRAZ JÚNIOR, 1982). Posteriormente, muitos autores se adaptaram às suas ideias e tentaram, de outro modo, dar continuidade ao seu trabalho, sendo possível citar: “Robert Walter, na Áustria, Norberto Bobbio, na Itália, Ulrich Klug, na Alemanha, Roberto José Vernengo, na Argentina, Fuller, nos Estados Unidos.” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 134). Ainda que Kelsen tenha sido mal interpretado por teóricos, é inegável sua contribuição para a especificidade da Ciência Jurídica em Sentido Estrito e para a Teoria Geral do Estado.

## O PACIFISMO EM HANS KELSEN

A obra *A paz pelo direito* (KELSEN, 2011a) é, também, de grande relevância para o movimento pacifista. Esta traça estratégias para buscar uma paz universal e estável entre os Estados. (ZOLO, 1998). Conforme Kelsen (2011a, p. 12), o progresso social só será possível quando for criada “uma organização internacional que impeça com eficiência a guerra entre as nações do mundo”, pouco importando a opção pelo socialismo ou pelo capitalismo, pela autocracia ou pela democracia. Para o jurista, “todo Estado é um Estado de Direito.”<sup>115</sup> (BODENHEIMER, 1994, p. 325). Por essa razão, é necessário que a ordem jurídica internacional se aperfeiçoe de forma constante, ainda que lentamente. O direito internacional para ele é, sem dúvida, a chave para a efetivação da paz mundial. Kelsen inicia sua obra arguindo se a paz se caracteriza pela força ou pelo direito, e responde que “a paz é um estado caracterizado pela ausência de força.” (KELSEN, 2011a, p. 3). Contudo, em uma sociedade civil, a anarquia – que exprime a ausência irrestrita de força – é inconcebível. Essa ressalva se dá, pois, a paz é garantida através dos meios de coerção, uma vez que “a característica essencial do direito como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio comunitário da força.” (KELSEN, 2011a, p. 3). E é o Estado moderno, enquanto ordem social, que utiliza deste monopólio.

O austríaco rememora a ideia da paz perpétua kantiana, bem como a noção de uma “cidadania mundial” para atingir seu objetivo. (ZOLO, 1998). Contudo, diversamente de Kant, que acredita na criação de uma federação de Estados em detrimento de um Estado de Direito em âmbito mundial, Kelsen (2011a) entende que para garantir a paz internacional – através do término do fenômeno da guerra – é necessário que sejam unidos todos os Estados independentes, ou, ainda, o mais próximo disso, para concentrar em apenas um Estado mundial, os meios de poder – portanto, os seus exércitos. Para isso, seria necessário que todas as nações que fizessem parte deste governo e renunciassem as suas forças armadas em prol do todo. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam ser centralizados nesta única entidade. (VIEIRA, 2021). É que o jurista austríaco acredita que se as nações

---

seu ponto de vista (FERRAZ JÚNIOR, 1982). Este fato fez com que Kelsen fosse acusado, injustamente, de defender o regime nazista.

<sup>115</sup> Tradução nossa. Texto original: “Todo Estado es un Estado de Derecho”.

estivessem unidas através de um parlamento global e fossem membros de uma federação mundial poderosa, a paz entre os Estados estaria assegurada.

À vista disso, só seria possível “criar uma união internacional de Estados, não um Estado federativo.” (KELSEN, 2011a, p. 12). Por isso a resposta para o problema da paz está no direito internacional, pois não pode um Estado em particular, exceder-se perante os outros. Kelsen (2011a, p. 11) elucida que embora esta ideia possa parecer ilusória, isto não significa que é inatingível, isso porque é possível a realização do projeto de um Estado mundial, “mas somente depois de um longo e lento desenvolvimento que equalize as diferenças culturais entre as nações do mundo, principalmente se esse desenvolvimento for promovido pela consciência política e o trabalho educativo no campo das ideias.” Não por acaso, o autor alerta que para chegar até este resultado é necessário que haja um longo processo histórico. (ZOLO, 1998). Isso porque Kelsen (1989) acredita que é temporária a divisão da humanidade em Estados. É que o jurista compreende a noção de *civitas maxima* como unidade jurídica que organiza o mundo, sendo esta o núcleo central do direito internacional que defende o pacifismo como o antagonismo do fenômeno do imperialismo. (KELSEN, 1989). É que o autor compreende estes dois termos como antitéticos, “que considera orientada pacifistamente a doutrina monista que faz o ordenamento estatal depender do ordenamento internacional e imperialista a doutrina oposta.” (BOBBIO, 2003, p. 158).

Para a efetivação desse Estado, Kelsen esbarra em alguns problemas de ordem prática. Fato é que criar um Estado mundial demandaria das nações consideradas mais poderosas a desistência deste *status*. (VIEIRA, 2021). Isto significaria para estes Estados o seu desarmamento e a renúncia do jogo de poder: “em outras palavras, é difícil imaginar que os Estados Unidos ou a Rússia, em nome da paz, renunciariam aos seus exércitos e materiais bélicos.” (VIEIRA, 2021, p. 250). Kelsen rejeita tanto a teoria do contrato social – em tese, um pacto entre soberanos que optaram pela paz –, quanto a teoria do domínio forçado – que entende como a raiz dos Estados os conflitos em que os vencedores subjugarão os perdedores à rendição. O contrato social, para formar uma comunidade pacífica, necessitaria de poder para impor à sociedade a ordem constituinte vigente. (KELSEN, 2011a). Quanto à segunda teoria, o autor entende que “é muito improvável que qualquer domínio forçado de seres humanos possa produzir um estado de paz relativamente duradouro sem um consentimento mínimo da parte do povo subjogado.” (KELSEN, 2011a, p. 7).

Isso ocorre porque “o direito é uma organização da força.” (KELSEN, 2011a, p. 7). Contudo, a criação da organização é apenas um dos últimos passos a serem dados na concepção kelseniana. É que o autor compreende que antes é imprescindível que se crie um tribunal internacional – ou seja, um poder judiciário de nível internacional – que, por seus vereditos imparciais, tenha conquistado a confiança universal dos governos. (KELSEN, 2011a; ZOLO, 1998).

Para além da criação deste tribunal internacional, Kelsen (2011a, p. 65) defende a responsabilização individual “das pessoas que, como membros de governo, violaram o direito internacional recorrendo à guerra ou provocando-a.” O autor rememora o princípio da guerra justa – *bellum justum* – para dizer que qualquer guerra que não tenha o caráter de resposta, ou, ainda, de reação a um dano, é ilícita e constitui uma violação do direito internacional. (KELSEN, 2011a). Desse modo, a

guerra pode ser lícita quando for utilizada como resposta ou defesa a um ato internacional ilícito – seja como represália, reparação ou retaliação –, e praticada por aquele que foi vítima deste ato, ou, ainda, com a ajuda de outros Estados que tentam ajudar a nação vitimada, através da via militar. (ZOLO, 1998). Qualquer ato que vá para além dessas exceções da *iusta causa belli*, a guerra é considerada como internacionalmente ilícita. (ZOLO, 1998). A responsabilização individual, nesse contexto, serviria para evitar que ocorresse injustiças em caso de responsabilização coletiva pela deflagração de uma guerra injusta. Em outros termos, aquela visa a proteger os cidadãos que nada contribuíram para a eclosão da guerra ou, ainda, que não possuíam meios capazes para impedi-la. (VIEIRA, 2021). Kelsen, à vista disso, apresenta hipóteses nas quais há exceções no âmbito da responsabilidade coletiva<sup>116</sup> para corroborar a sua tese da responsabilização individual.

Para que haja a punição daqueles que foram responsáveis moralmente pela guerra – como foi o caso do Tribunal de Nuremberg<sup>117</sup> – estes devem estar de acordo com o *jus cogens*, ou seja, “é necessário levar em consideração que os atos pelos quais os indivíduos culpados devem ser punidos são atos de Estado, isto é, de acordo com o direito internacional geral, atos do governo, ou realizados por ordem do governo ou com sua autorização.” (KELSEN, 2011a, p. 74). Muito embora o ato de Estado deva ser imputado a este e não ao indivíduo, o Estado é uma ficção jurídica, e todos os atos que são praticados por ele são realizados por indivíduos. Ainda que este sujeito não seja punido, a sua responsabilidade é pressuposta. Kelsen (2011a) aponta que uma alternativa eficaz para o julgamento desses indivíduos é a criação de um tribunal internacional de jurisdição compulsória, através de um tratado internacional no qual a maioria das nações são signatárias. Isto se demonstraria efetivo pois “afastaria divergências em relação à jurisdição competente para julgá-lo, já que concentraria a competência quanto a essa matéria. (VIEIRA, 2021, p. 254-255). Para evitar um sentimento de injustiça e revanchismo – e, desse modo, evitar novos conflitos –, o filósofo austríaco defende uma justiça internacional na qual todos os beligerantes sejam obrigados a enviar seus criminosos para o sobredito tribunal internacional – que deve ser, necessariamente, imparcial. (VIEIRA, 2021).

Assim como Kant vislumbrou uma espécie de liga entre as nações, Kelsen propôs em *A paz pelo direito* (2011a) uma Liga Permanente para a Manutenção da Paz (LPMP), apresentada no Anexo I da referida obra<sup>118</sup>. A LPMP é composta pelos seguintes órgãos: uma Assembleia; um Secretariado; uma Corte; e um Conselho. O autor buscou na experiência da Liga das Nações, a forma de organização para a Assembleia e para o Conselho. Este projeto incorporou certas inovações se comparada à Sociedade das Nações formada após a Primeira Guerra Mundial. (ZOLO, 1998). Kelsen atribuiu o fracasso desta ao Conselho, que era, ao seu ver, a maior lacuna do projeto. (ZOLO, 1998). De certo modo, o austríaco, na LPMP, previu

<sup>116</sup> O autor apresenta hipóteses no direito internacional geral – como é o caso da pirataria em alto mar – e no direito internacional privado.

<sup>117</sup> Kelsen criticou severamente as decisões e os procedimentos adotados no Tribunal de Nuremberg, pois entendia que esta foi uma forma de perpetuar a sede de vingança daqueles que venceram a guerra (ZOLO, 1998). Isso porque Nuremberg julgou apenas os crimes nazistas, e não os crimes de guerra praticados pelos soldados das nações vencedoras. Por esta razão, o autor defendia que apenas se ambos os lados da guerra se sujeitassem a mesma lei, a justiça internacional estaria resguardada.

<sup>118</sup> A LPMP foi proposta e publicada em 1944, logo, antes da criação das Nações Unidas (ZOLO, 1998).

a instituição de membros permanentes – sendo esta proposição uma questão política –, um privilégio que deveria ser estendido a determinadas nações, quais sejam: os EUA, a URSS, o Reino Unido, e, por fim, a China. (KELSEN, 2011a; ZOLO, 1998).

A intenção de Kelsen, com isto, é que se “as quatro importantes potências serem consideradas garantidoras do pacto tornaria improvável que ele fosse gravemente violado.” (KELSEN, 2011a, p. 61). A partir disso, fica evidente como a teoria kelseniana defende a igualdade formal entre os Estados, não só enquanto princípio, mas enquanto um ideal ético. (ZOLO, 1998). Como consequência, quanto maior o poder – e aqui inclui-se o militar – concedido para esta organização, maiores são as chances desse poder ser “exercido somente para a manutenção do direito.” (KELSEN, 2011a, p. 62). É que o autor não esconde o fato de que a maior dificuldade da realização da LPMP seria a centralização dessa força policial, isso porque seria necessário que todos os Estados membros suprimissem suas soberanias<sup>119</sup>, desarmando – total ou parcialmente – seus exércitos. (ZOLO, 1998).

São duas as teses centrais do pacifismo legal kelseniano. A primeira é derivada da influência kantiana, na qual Kelsen acredita que a paz mundial, outrossim, poderia ser atingida através do cosmopolitismo. O Estado mundial já referido, é o meio pelo qual o uso da força é centralizado – justamente para evitar seu uso. Por essa razão, o pacifismo de Kelsen pode ser encaixado “dentro da tradição do cosmopolitismo clássico e cristão como reproposta em termos Iluministas de Wolff e Kant.”<sup>120</sup> (ZOLO, 1998, p. 319). A segunda tese central diz respeito a este cosmopolitismo que é judicial. Isto quer dizer que a paz somente seria atingida por meio de um terceiro – imparcial, superior e com força policial –, ou seja, um tribunal internacional que operasse acerca de questões entre os Estados. (ZOLO, 1998). Nesse contexto, o otimismo do filósofo resta evidente.

Contudo, não há como garantir que as nações estejam no caminho para a concentração de seus poderes em apenas uma autoridade supranacional. Pelo contrário, constata-se que as diferenças culturais, a pluralidade étnica, os sentimentos de pertencimento nacional, são justamente os maiores impasses para a confiança internacional. É que a desconfiança “pode transformar-se em hostilidade para aqueles que temem que o projeto cosmopolita expresse tendências de uma hegemonia insatisfeita do mundo Ocidental.”<sup>121</sup> (ZOLO, 1998, p. 320). Esse temor advém daqueles que afirmam que o cosmopolitismo é apenas uma doutrina contrária a processos hodiernos como a globalização – em todas as suas dimensões.

Danilo Zolo (1998), contudo, refere que há um paradoxo na teoria kelseniana. É que o autor reivindica ideias anti-imperialistas e o próprio pacifismo como o fim último do direito – a partir da ideia da paz por meio deste –, ao mesmo passo em que

---

<sup>119</sup> Por essa razão, o conceito de soberania, para Hans Kelsen “é a manifestação da validade e da eficácia do ordenamento jurídico, que é o que determina o modo de exercer o poder e os seus limites. E esse ordenamento poderia ser limitado apenas pelo Direito Internacional.” (DEMARCHI; WLOCH, 2017, p. 815). Além disso, este conceito deveria “ser radicalmente transformado. É esta a revolução da consciência cultural da qual, primeiramente, precisamos.” (KELSEN, 1989, p. 469, tradução nossa).

<sup>120</sup> Tradução nossa. Texto original: “into the tradition of classical and Christian cosmopolitanism as reproposed in Enlightenment terms by Wolff and Kant.”

<sup>121</sup> Tradução nossa. Texto original: “may become hostility in those who fear that the cosmopolitan project expresses unquenched hegemonic tendencies by the Western world.”

assume a guerra legal como condição de possibilidade para o sistema internacional, dada sua posição monista<sup>122</sup>. Portanto, é contraditório que o pacifismo kelseniano deva perpassar, obrigatoriamente, por uma teoria que legitime a guerra como meio lícito. (VIEIRA, 2021). “É nessa tentativa de transplantar para o 'caos' do século XX e propor para a humanidade a ideia clássica, cristã e iluminista de harmonia universal que reside o fascínio e a fragilidade do internacionalismo de Kelsen.”<sup>123</sup> (ZOLO, 1998, p. 323-324). Muito embora o filósofo tenha recebido diversas críticas em razão dos pontos controversos de sua teoria – que, até mesmo o autor chegou a admitir posteriormente –, o jurista foi assertivo no que diz respeito à crise dos Estados nacionais e do sistema soberanista westfaliano. (ZOLO, 1998). Com efeito, resta necessário que os Estados relativizem o elemento soberano, para efetivar, de fato, direitos humanos e um cenário de paz duradoura.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra kelseniana para o Direito é, de fato, muito relevante. Isso porque faz-se necessário que as nações relativizem suas soberanias em prol de questões que envolvam direitos humanos. Entretanto, parece um tanto quanto longínqua a ideia da criação, de fato, de um Estado mundial que concentre as forças armadas – desarmando, inclusive, as maiores potências globais que lutam, incansavelmente, para atingir o *status* de potência hegemônica.

A confiança excessiva de Kelsen nas sanções penais internacionais, no que tange à responsabilização individual por crimes de guerra e atos de Estado, são questões que, paulatinamente estão evoluindo no âmbito das relações internacionais. Desse modo, o jurista austríaco demonstrou-se muito à frente de sua época, inovando em diversos âmbitos da ciência jurídica, principalmente no que se refere a autonomia do Direito, a partir da cisão daquilo que é Direito e Ciência Jurídica em Sentido Estrito.

Não por acaso, outros autores foram influenciados por Hans Kelsen e propuseram olhares distintos acerca da matriz teórica da paz por meio do direito. Dessa forma, a hipótese desta investigação verificou-se positiva, posto que para o autor, a problemática da paz e sua resposta encontra-se resguardada pelo Direito Internacional – e não nos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta renúncia de poder pode parecer um tanto quanto utópica. Entretanto, o otimismo kelseniano é um ideal ético que as nações deveriam perseguir em prol da paz e dos direitos humanos.

---

<sup>122</sup> A teoria kelseniana vai de encontro com a doutrina dualista uma vez que o filósofo “não admite que possam existir duas ordens jurídicas independentes, já que, além da ordem jurídica internacional fundamentar as esferas de validade dos ordenamentos nacionais e poder limitar a validade material, os próprios dualistas admitem que, uma vez aprovada internamente, o Direito Internacional tem vigência para o Estado, o que demonstra que *existe apenas uma ordem jurídica geral.*” (DEMARCHI; WLOCH, 2017, p. 813-814, grifo nosso). E o monismo, por sua vez, possui duas vertentes – as quais Kelsen julga ambas defensáveis –, dividindo-se na defesa da primazia do direito nacional, bem como na primazia do Direito Internacional (DEMARCHI; WLOCH, 2017).

<sup>123</sup> Tradução nossa. Texto original: “It is in this attempt to transplant into the 'chaos' of the twentieth century and to propose for the whole of mankind the classical, Christian and Enlightenment idea of universal harmony that the fascination and the fragility of Kelsen's internationalism lie.”.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O problema da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorençini. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoria del derecho**. Traducción de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. Apresentação. In: WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O Paradigma Constitucional Garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 409-421, jul./dez. 2013.

DEMARCHI, Clovis; WLOCH, Fabrício. As Contribuições de Norberto Bobbio e de Luigi Ferrajoli à Soberania de Hans Kelsen. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Itajaí, v. 22, n. 2, p. 805-825, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10996>. Acesso em: 22 out. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 3, n. 4, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17161>. Acesso em: 07 nov. 2023.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011a.

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignacio C. Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011b.

KELSEN, Hans. **Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale**. Contributo per una dottrina pura del diritto. Milão: Giuffrè Editore, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCAS, Douglas Cesar; BEDIN, Gilmar Antonio. O Positivismo Jurídico Maduro e o Projeto de Construção de uma Teoria Pura do Direito: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen. *In*: GELAIN, Itamar Luís (Org.). **Uma introdução à filosofia do direito**. Ijuí: Editora Unijuí, 2015.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen: Vida y Obra**. Traducción de Javier Esquivel. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

SALMORÁN, Rolando Tamayo Y. Hans Kelsen - In Memoriam. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, México, v. 55, n. 243, 2005. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61388/54096>. Acesso em: 13 out. 2023.

VIEIRA, Bruno Lopes. O Pacifismo Cosmopolita de Hans Kelsen. *In*: FELDHAUS, Charles; PEREIRA, Camila Dutra; TREVISAN, Diego Kosbiau; BRITO, Evandro Oliveira de; OLIVEIRA, Wesley Felipe de. (Orgs.). **Temas em teorias da justiça III: o direito internacional em debate**. Guarapuava: Apolodoro Virtual Edições, 2021.

WALTER, Robert. **La doctrina Del Derecho de Hans Kelsen**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

ZOLO, Danilo. Hans Kelsen: International Peace through International Law. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 9, issue 2, p. 306-324, mai. 1998. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/9/2/306/350854>. Acesso em: 18 dez. 2021.

## A LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tamires Eidelwein<sup>124</sup>

Osmar Veronese<sup>125</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa tem o objetivo de indagar a legitimidade do Poder Judiciário brasileiro, mais especificamente o papel do Supremo Tribunal Federal na concretização de direitos de minorias. Como hipótese, consideramos que a Suprema Corte Brasileira atua de modo que protagoniza a judicialização da política, porém, não necessariamente adota uma postura ativista, mas sim complementar, diante da omissão do Poder Legislativo e Poder Executivo na garantia dos direitos fundamentais, direitos de minorias e Direitos Humanos. Na primeira seção, será abordada a escolha do sistema judiciário brasileiro por uma democracia constitucional. Na segunda seção, serão analisadas brevemente o caso do STF e os modelos de comportamento judicial. Nas seguintes, trataremos da Supremacia da Constituição ao passo que abordamos o protagonismo judicial diante da inércia dos demais poderes. A escolha desse tema é justificada pelo compromisso que o Estado democrático de Direito tem em promover os direitos sociais e individuais, com o objetivo de desenvolver a cidadania, embasada em valores como a democracia, a igualdade, a solidariedade, a liberdade, respeito à diversidade. Para tanto, utilizamos a técnica de pesquisa bibliográfica, o método escolhido é o hipotético-dedutivo. Ademais, este estudo é de natureza exploratória, com abordagem qualitativa. Os procedimentos adotados incluem revisão bibliográfica e análise documental.

---

<sup>124</sup> Doutoranda em Direito - área de concentração em Direitos Especiais -, com bolsa integral PROSUC/CAPES, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/SA). Mestra em Antropologia pelo Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal do Piauí/PPGAnt-UFPI, com bolsa integral da CAPES. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Uninovafapi. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela ESA/PI/Uninovafapi. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Taquari/RS (UNIVATES). Advogada OAB/PI 17.335. Atualmente é membro do Grupo de Pesquisa: Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas. E-mail: tamidarosa@gmail.com

<sup>125</sup> Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales pela Universidad de Valladolid/Espanha (2011), com diploma revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2012). Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998). Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (1991) e em Tecnologia Agrônoma, Modalidade Cooperativismo, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1986). Professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (1999), integrando o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito. Procurador da República, Ministério Público Federal (1997). Líder do Grupo de Pesquisa "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG/Mestrado e Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. E-mail: osmarveronese@gmail.com

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Direito Constitucional; Protagonismo Judicial; Direitos Humanos; Supremacia da Constituição.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, destacamos que o estudo sobre a judicialização da política e protagonismo judicial abordado aqui tem origem de discussões realizadas pessoalmente com os professores (BENTO, 2014; SILVEIRA, 2022) no âmbito de trocas em aulas e grupo de pesquisa, momentos compartilhados em que discutimos o papel do judiciário dentro do Estado Democrático de Direito e a nossa responsabilidade como juristas e pesquisadores na defesa e promoção dos Direitos Humanos em vários aspectos. Inclusive focamos nesta escrita nossas inquietações sobre o papel do poder judiciário no fenômeno da judicialização das relações sociais e dos direitos das minorias.

Assim, visamos investigar a legitimidade do Poder Judiciário brasileiro, com foco no papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos das minorias. Como hipótese, consideramos que a Suprema Corte atua como protagonista na judicialização da política, assumindo uma postura complementar, no lugar de ativista, isso diante da omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo na proteção dos direitos fundamentais, dos direitos das minorias e dos Direitos Humanos.

Na primeira seção, abordaremos a opção do sistema judiciário brasileiro pela democracia constitucional. Na segunda seção, analisaremos sucintamente o caso do Supremo Tribunal Federal e os modelos de comportamento judicial. Nas seções subsequentes, trataremos da Supremacia da Constituição, destacando o protagonismo judicial vivenciado a partir do próprio Direito Constitucional Brasileiro. A escolha desse tema se justifica pelo compromisso do Estado democrático de Direito em promover os direitos sociais e individuais, visando o desenvolvimento da cidadania fundamentada em valores como democracia, igualdade, solidariedade, liberdade e respeito à diversidade.

Para alcançar tais objetivos, empregamos a técnica de pesquisa bibliográfica, adotando o método hipotético-dedutivo. Além disso, este estudo possui uma abordagem exploratória, com enfoque qualitativo. Os procedimentos incluem revisão bibliográfica e análise documental, proporcionando uma análise adequada sobre a temática proposta.

Além disso, a pertinência deste tema se evidencia considerando nosso envolvimento tanto na prática quanto na teoria dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à nossa dedicação à promoção dos Direitos Humanos em âmbito comunitário. Nossa inclinação para a militância nesse domínio surgiu há vários anos, impulsionada por diversas experiências pessoais, profissionais e acadêmicas convergentes. Estas vivências permitiram-nos compreender a importância da dignidade da pessoa humana e a urgência na defesa dos direitos fundamentais pelos cidadãos, visando a construção e consolidação do Estado Democrático de Direito.

Assim, diversas experiências proporcionaram uma visão abrangente das problemáticas e potencialidades dos Direitos Humanos na contemporaneidade,

derivadas tanto de atividades profissionais quanto acadêmicas, incluindo participação em eventos e grupos de estudos sobre a história e filosofia dos Direitos Humanos. Diante desse contexto, almejamos dar continuidade a pesquisa de tese de doutorado de modo a contribuir para este campo do conhecimento jurídico, através da investigação de decisões específicas do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, o tema da interrupção da gravidez no Brasil.

Por fim, acreditamos que, partindo da perspectiva dos direitos fundamentais, podemos lançar luz sobre este tema polêmico, ainda obscurecido pela ideologia, intolerância e fanatismo político. Este empenho de pesquisa visa enriquecer o debate, oferecendo análises fundamentadas nos Direitos Humanos que possam colaborar para uma compreensão mais aprofundada das questões que estão em evidência atualmente no Brasil.

## **POR UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Na análise de Montesquieu (1966) acerca do Poder Judiciário, o juiz é concebido como um mero repetidor da legislação, ou seja, juiz “Boca da lei”. Essa perspectiva foi importante em seu momento histórico, tendo em vista que representou uma ruptura com o antigo modelo monárquico, no qual todas as atividades estatais estavam subordinadas à vontade do monarca. Assim, o papel do judiciário seria o de “repetir a letra da lei”, visando assegurar o princípio da “igualdade de todos os cidadãos perante a lei”, fornecendo, assim, serviços jurisdicionais imparcialmente, sem favorecimentos entre as partes e de modo independente do governo. No entanto, essa teoria se revela insuficiente para explicar o protagonismo judicial vivenciado pelo sistema judicial brasileiro atualmente.

Importante, lembrarmos aqui que as concepções modernas de indivíduo sobre a liberdade e igualdade conduziram à superação das desigualdades que observamos hoje. Logo, no século XVIII, alcançamos a igualdade civil, o direito de ir e vir, e o direito à propriedade. No século XIX, a igualdade era presumida pelo exercício tanto de direitos civis quanto de direitos políticos (como o sufrágio - direito de voto), e no século XX, a busca por igualdade social levou o Estado a intervir para corrigir as disparidades. Nesse contexto, o acesso à justiça não apenas consagra os direitos em documentos, mas também os efetiva na prática. Quando discutimos a estabilidade e os limites do abuso no âmbito estatal, o federalismo emerge como uma solução contra a concentração de poder e um governo propenso à ditadura, contrário aos direitos individuais. Isso porque o poder judiciário, ao ser independente dos demais poderes, detém a capacidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos.

Nesse sentido, a Artigo 78, presente nos "Artigos Federalistas", de Hamilton, destaca a importância da autonomia e independência dos tribunais, em uma Constituição limitada. Desse modo, o poder legislativo não deve aprovar decretos leis, ou atos administrativos que possam resultar em perda de direitos civis ou ações semelhantes. Assim, para restringir tais práticas e preservar direitos humanos, os

tribunais têm a responsabilidade de invalidar todos os atos que violem os direitos expressos na Constituição.

Enfim, podemos dizer que cada democracia constitucional adota modelos diversos para conter o poder político. Como, por exemplo, os sistemas parlamentaristas, privilegiam a supremacia do parlamento, ou seja, a primazia do parlamento, que considera o judiciário como um mero prestador de serviços. Apesar de o judiciário britânico e estadunidense operarem sob constituições mais genéricas, o modelo presidencialista estadunidense, com sua ênfase na supremacia constitucional, gerou uma das magistraturas mais ativas globalmente. Portanto, podemos considerar que essa atuação pioneira influenciou transformações sociais e impulsionou mudanças culturais, inclusive no nosso sistema judiciário brasileiro.

Prosseguindo, o Brasil inspirado no sistema estadunidense, adotou um sistema presidencialista federativo, caracterizado por um judiciário robusto e uma Constituição extensa e detalhada. Nesse cenário, a prerrogativa do Estado é manter a supremacia da Constituição, ao passo que procura harmonizar um processo legislativo proporcional, a separação de poderes, o sistema multipartidário, a estrutura política federal e a responsabilidade do judiciário em controlar a constitucionalidade das leis de maneira propositiva. O protagonismo judiciário brasileiro desempenha duas funções principais: efetivo poder político e prestação de serviços com o controle judicial de questões políticas como regra e o exercício de autocontenção pelos tribunais como exceção.

O fenômeno da judicialização da política emerge da disseminação global do poder judiciário, resultando de um processo duplo marcado pela ascendente influência do direito e de seus agentes no âmbito político. Este desenvolvimento pode ser interpretado, como uma ampliação da esfera de atuação dos tribunais e juízes, que passaram a exercer influência em decisões políticas, bem como, pela disseminação de métodos judiciais de tomada de decisão para além das cortes tradicionais, que abrange áreas como mediação, arbitragem, juizados especiais e a "juridicização" da política. (BENTO, 2014).

Dessa forma, a judicialização da política representa um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis por parte do sistema judiciário, configurando uma transferência do poder decisório que antes residia no executivo e legislativo para os magistrados das instâncias judiciais, exemplificado, por exemplo, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que discutem de modo efetivo os Direitos Humanos de minorias, como o casamento homoafetivo, as ações afirmativas, a interrupção voluntária da gravidez, a criminalização da homofobia, entre outras. Afirmamos que a referida "criatividade judicial" não é intrínseca à atividade jurisdicional, mas diante do nosso contexto social ela é considerada aceitável.

Isso porque, tal protagonismo judicial compreende dois elementos principais: uma nova disposição dos tribunais em aumentar as questões sobre as quais devem deliberar jurisprudencialmente, de modo a prevalecer uma hermenêutica jurídica focada nos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e efetiva articulação aos Direitos Humanos; e o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar procedimentos semelhantes aos judiciais em suas decisões. Esse processo torna-se viável devido a causas associadas a questões estruturais, como a emergência da democracia em nações anteriormente autocráticas. Neste ponto,

podemos incluir países com democracias em consolidação; regimes políticos que garantem a separação de poderes, a utilização dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição, entre outros fatores.

## **MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL E O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Embora não seja o foco nesta pesquisa, é válido mencionar aqui que o estudo de modelos de comportamento judicial, por sua vez, ocupa-se a entender a atuação dos juízes nos tribunais, ou seja, a investigação do padrão de conduta judicial que aborda a atuação dos juízes nos tribunais. Então, os modelos atitudinal e estratégico de comportamento dos tribunais têm origens nos Estados Unidos, mas podem oferecer uma perspectiva mais sofisticada para entender o fenômeno da política judicial no Brasil. (BENTO, 2014). E suma, dentro dos quadros analíticos da ciência política estadunidense, há uma preferência pela adoção dos modelos atitudinal e estratégico na análise do comportamento dos tribunais, visto que são mais adequados de compreender o uso político dos tribunais e suas reações quando provocados.

A fim de elucidar os modelos, salientamos que a distinção entre esses dois modelos reside na capacidade dos juízes de implementar, por meio de suas decisões, suas preferências políticas ou jurídicas. O modelo atitudinal destaca a independência dos julgadores, protegidos por prerrogativas funcionais como a vitaliciedade do cargo e a irredutibilidade dos vencimentos, permitindo-lhes julgar praticamente sem levar em consideração o contexto político em que estão inseridos. Já o modelo estratégico dá prioridade às relações institucionais entre os julgadores, os órgãos do Estado e grupos sociais relevantes. Assim, a partir dessas interações, surgem forças capazes de influenciar a forma como o julgador toma suas decisões, retirando sua independência em relação ao contexto político. De acordo com Bento (2014), a escola atitudinal, emergiu nos Estados Unidos, tendo expoentes como Segal e Cover (1989), e surgiu para explicar o aumento no número de decisões não unânimes na Suprema Corte no final da década de 1940, quando mais de quarenta por cento das decisões, em média, passaram a ser não unânimes.

Assim sendo, a abordagem analítica visa compreender as divisões internas do tribunal, examinando individualmente os juízes. Na sequência, Segal e Cover desenvolveram um índice de liberalismo ideológico, fundamentado na análise de artigos de jornais publicados pelos futuros juízes da Suprema Corte. E, ao correlacionar esse índice com a orientação ideológica de seus votos, identificaram uma forte ligação nos domínios da política econômica e dos direitos civis.

Entretanto, conduzindo esta abordagem para o nosso contexto brasileiro, de acordo com a cientista política Juliane Bento (2014) a aplicação do modelo atitudinal no Brasil era questionável, uma vez que as nomeações para o Supremo Tribunal Federal estavam cada vez mais vinculadas às carreiras jurídicas, com uma redução proporcional de casos envolvendo experiência política prévia. Portanto, o discurso gerado era apolítico, fundamentado na neutralidade inerente ao conhecimento técnico, e as ações desinteressadas refletem a distinção entre política e direito. Isso porque, a autora (BENTO, 2014) se baseou nas nomeações até o governo Dilma,

momento em que o aspecto técnico dos ministros nomeados estava tendendo a prevalecer em detrimento das considerações do perfil ideológico dos juízes. Obviamente, não queremos descartar que existiu e existe um aspecto ideológico nas nomeações, mas naquela época, a orientação ideológica não parecia ser um fator determinante para nomeação. Porém, nos últimos anos com a polarização ideológica do país a orientação político e ideológica dos nomeados a Suprema Corte, tem estado ao primeiro plano das considerações dos presidentes, incumbidos de nomear, e dos grupos de pressão.

A bem da verdade, o que nos importa aqui é o fato de que o Supremo Tribunal Federal é constitucionalmente provocado a se pronunciar sobre questões apresentadas a ele, e nessas circunstâncias, é possível afirmar que o tribunal deve utilizar estratégias processuais informais para evitar lidar com temas particularmente delicados, permitindo que se abstenha sem comprometer a imagem pública de imparcialidade que mantém. Nesse ponto de reflexão, o modelo atitudinal revela-se inadequado para ilustrar a realidade brasileira, enquanto o modelo estratégico oferece uma explicação mais robusta ao priorizar as relações institucionais entre os julgadores, outros órgãos do Estado e grupos sociais relevantes. A partir dessas interações institucionais, emergem elementos capazes de influenciar a maneira como o julgador toma suas decisões, retirando sua independência em relação ao contexto político. Nesse sentido, pressupõe-se que o comportamento dos juízes não é apenas resultado de suas convicções legais e políticas, pois eles têm a capacidade de agir estrategicamente, calculando a oportunidade de levar a julgamento determinada causa quando possa ser decidida de acordo com suas preferências. Assim, a fim de encontrar alguma explicação para o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal, enfatizamos que um “pressuposto assumido pelo modelo estratégico é o de que os juízes têm uma preferência prévia sobre o resultado do julgamento, mas que pode ser preterida em detrimento de outra solução para evitar uma derrota ou uma retaliação.” (ARAÚJO, 2017, p. 54).

## **A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: MAS E OS NOSSOS DIREITOS SOCIAIS QUEM GARANTE?**

O tópico concernente à judicialização da política e ao ativismo judicial está intrinsecamente vinculado ao papel preponderante dos tribunais, suscitando reflexões sobre a nova função do poder judiciário diante das provocativas situações que enfrenta. Essas questões consideram as transformações sociais e as crescentes demandas sociais que o ordenamento jurídico positivo não consegue abarcar adequadamente. De forma semelhante, o tema da judicialização das relações sociais ganha destaque, especialmente ao se observar a carência de políticas públicas para viabilizar plenamente o exercício da cidadania no contexto brasileiro.

Desde o processo de redemocratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconheceu e consolidou um conjunto de direitos antes negados aos cidadãos, conferindo ao Poder Judiciário um papel fundamental na vida republicana e no exercício da cidadania. Contudo, a mera previsão de direitos fundamentais, como

saúde, educação, moradia e trabalho, não é suficiente sem a efetiva realização desses direitos no cotidiano dos cidadãos.

Nesse cenário, é plausível afirmar que grande parte das demandas apresentadas nos tribunais atualmente está relacionada à busca, no Judiciário, por respostas e soluções para questões cada vez mais comuns, em virtude da falta do Estado na implementação de políticas públicas. Em outras palavras, o poder judiciário é frequentemente convocado para resolver conflitos originados diretamente da inadequação do Estado na execução de políticas públicas.

Ressaltamos que diariamente o Poder Judiciário, tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Estadual, é provocado para suprir demandas de direitos sociais fundamentais que estão prescritos na Constituição Federal de 1988, mas na prática não são garantidos pelo Estado. Ou seja, nossa bela Carta Magna possui garantias que visam assegurar condições dignas de vida e promover a igualdade social, direitos previstos, especialmente nos artigos que abordam os direitos e garantias fundamentais, na Seção II do Capítulo II da Constituição. Dentre eles, citamos alguns dos principais direitos sociais fundamentais: o direito à educação como um dever do Estado e da família, garantindo o acesso à educação básica obrigatória e gratuita; o direito à saúde é assegurado, cabendo ao Estado a promoção de políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde; o direito ao trabalho, ou seja, resguarda direitos trabalhistas, “hoje tão precarizados”, mas está positivado que temos direito ao trabalho, à remuneração justa, à proteção contra despedida arbitrária, ao seguro-desemprego, entre outros.

O direito à moradia digna é mencionado, estabelecendo que todos têm direito a condições de vida adequadas. Porém, há meses vivenciamos populações ribeirinhas desabrigadas no Estado do Rio Grande do Sul, sendo que o “remédio constitucional” dado pelo Estado é um abrigo provisório e doações de roupas, móveis. Entretanto, nada se fala de justiça social e direito à moradia. Ademais, nada menos importante de citar os direitos da seguridade social, com a garantia de direitos como aposentadoria, pensão por morte, auxílio-doença, entre outros; o direito à cultura e ao lazer é mencionado, assegurando o acesso à cultura, à participação nas artes e à fruição do lazer, mas precisamos lutar pela efetividade da Lei Paulo Gustavo. E, por fim, o direito à assistência social é garantido, assegurando o atendimento às necessidades básicas em situações de vulnerabilidade.

Esses são apenas alguns exemplos, e a Constituição Federal abrange uma variedade de direitos sociais fundamentais, refletindo o compromisso do Estado brasileiro com a promoção da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Vale ressaltar que a efetivação desses direitos depende da implementação de políticas públicas e da atuação do Estado em diversas áreas.

Logo, embora tenhamos uma gama de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, é imperativa a implementação de políticas públicas para concretizá-los. Dessa forma, destaca-se a pertinência dos ensinamentos do jurista de Direito Constitucional, José Joaquim Gomes Canotilho, acerca do “constitucionalismo dirigente”. Esse conceito refere-se ao fenômeno em que a Constituição impõe ao legislador deveres positivos em relação aos direitos fundamentais garantidos

constitucionalmente, destacando a necessidade de ação concreta para a efetivação desses direitos.

Para Canotilho, uma constituição com viés dirigente é aquela que delinea um plano de metas, ou seja, a trajetória que a evolução política, respaldada por uma constituição específica, deve seguir. Em termos mais simples, o texto constitucional estabelece um esboço para o Estado e delinea as direções para realizar normas relacionadas ao avanço social, econômico e político, as quais devem ser adotadas pelos órgãos estatais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O PROTAGONISMO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

É válido afirmar que a Constituição Federal de 1988 contém normas programáticas incorporadas ao texto constitucional e que devem ser atendidas pelo poder público. Isso se manifesta, por exemplo, na criação de políticas públicas sociais, concretizando normas constitucionais voltadas para o desenvolvimento social, econômico e político do Brasil. Além disso, a Constituição ao prever as diversas normas garantidoras de direitos sociais, individuais e coletivos, trata-se de normas diretivas, ou seja, normas programáticas consideradas "abertas" e que devem ser concretizadas por meio de políticas públicas e iniciativas do poder público, incluindo os poderes executivo e legislativo.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição cidadã, expressa em seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Isso inclui a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais. Novamente, salientamos, trata-se de normas programáticas que demandam implementação pelo poder público.

Contrapondo-se a isso, frente à inércia do poder legislativo e executivo na efetivação de direitos, observa-se o fenômeno da judicialização das relações sociais, resultando no destaque dos tribunais e na consolidação do Poder Judiciário como o guardião das promessas feitas pelos constituintes originários. (GARAPON, 1996). Hoje, todos os olhares estão voltados para o Supremo Tribunal Federal no Brasil, uma vez que o tribunal é instado a se posicionar tanto em relação à judicialização da política quanto em relação a demandas sociais emergentes.

O Supremo Tribunal Federal interpreta o sentido das leis e de outros atos normativos com o objetivo de julgar em conformidade com a Constituição Federal. Logo, o protagonismo da nossa Suprema Corte não é contrário às instituições democráticas, ou seja, "tal fenômeno faz parte do jogo político e tem papel de destaque na garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, os juízes e Tribunais devem atuar em consonância com a ordem constitucional pré-estabelecida; nem mais nem menos." (PRAZAK; SOARES, 2020, p. 219). Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal aplica uma hermenêutica jurídica constitucional, preenchendo lacunas legislativas e conferindo novos significados ao texto constitucional. (EIDELWEIN; MARCH, 2023). Atualmente, há uma ampla discussão

sobre o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro nas demandas contemporâneas que emergem na sociedade, uma vez que parte do poder judiciário busca uma expansão de seus próprios poderes processuais e dos efeitos de suas decisões.

Dessa forma, esse movimento proeminente do poder judiciário é denominado protagonismo judicial. Isso porque o poder judiciário desempenhou um papel fundamental na judicialização das relações sociais, evidenciando a intervenção direta do judiciário na formulação e execução das políticas públicas. Em outras palavras, o que se observa é "uma atuação ativa e vigorosa do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas para protegê-los [...], mas também para o avanço do processo social." (BARROSO, 2018, p.123). Pode-se afirmar que esse movimento coloca em discussão a própria relação entre os poderes, indicando um certo atrito entre os Poderes Executivo e Legislativo com o Poder Judiciário, os quais deveriam ser independentes e atuar de forma harmoniosa entre si.

Enfim, a temática da judicialização da política, das relações sociais e dos direitos das minorias tem sido pauta tanto de discussões acadêmicas quanto de mesas de bares, redes sociais, rodas de conversa, acirrando cada vez mais a polarização política no Brasil. Portanto, conforme já nos perguntamos em outras ocasiões, dispomos a seguinte indagação: pode o Supremo Tribunal Federal brasileiro interferir nas incumbências dos demais poderes?

Com a finalidade de confirmar nossa hipótese, qual seja, a Suprema Corte Brasileira protagoniza a judicialização da política, porém, não necessariamente adota uma postura ativista, mas sim complementar, diante da omissão do Poder Legislativo e Poder Executivo. Ademais, nesse sentido, enfatizamos a supremacia da Constituição Federal, e reforçamos, novamente, que o Brasil, influenciado pelo sistema dos Estados Unidos, adotou um modelo federativo presidencialista, caracterizado por um judiciário forte e por uma Constituição detalhada e extensa. Acrescentamos, ainda, que a nossa Constituição Federal é resultado de um processo de redemocratização do Brasil após o período de ditadura militar. Quando esmiuçamos as características da nossa Constituição Federal, podemos nos estender numa amplitude de temas, pois trata de questões detalhadas como meio ambiente, cultura, família, educação, saúde, ordem econômica e social, entre outros. Direitos garantias individuais fundamentais até questões sociais, econômicas e culturais, os quais irão refletir na proteção abrangente dos direitos de cidadania.

Além disso, reafirmamos as normas programáticas, ditas acima, que, estabelecem metas a serem atingidas pelo Estado em áreas como erradicação da pobreza, promoção do bem de todos, redução das desigualdades sociais e regionais, entre outras, bem como, em suma, citamos a organização dos poderes, a estrutura do Estado e as competências dos diversos órgãos governamentais são detalhadas de forma minuciosa, buscando estabelecer um equilíbrio harmônico entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse sentido, institucional temos previsto o processo legislativo, com a regulamentação das regras para a criação, discussão e aprovação de leis, bem como os mecanismos de controle e fiscalização. E, finalizando, alguns detalhes, sobre as emendas constitucionais, podemos afirmar que a própria Constituição define procedimentos rigorosos para a sua alteração, exigindo um processo mais complexo e formal para a aprovação de emendas constitucionais, o que contribui para uma "certa" estabilidade do nosso Direito Constitucional.

Por fim, todas essas características elencadas evidenciam o esforço do legislador constituinte em detalhar e abordar uma variedade de temas, lá no processo constituinte, o que reflete a complexidade da nossa sociedade brasileira e os anseios da época em que foi promulgada nossa Constituição. Assim, a extensão e o detalhamento também geram grandes desafios, como a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que visam a justiça social e a efetividade dos direitos humanos, inclusive de modo a considerar a realidade social, política e econômica das diferentes regiões do Brasil, tendo em vista que cada região possui suas particularidades.

Portanto, a incumbência do Estado é assegurar a supremacia da Constituição, buscando conciliar um processo legislativo proporcional, a separação de poderes, um sistema multipartidário, uma estrutura política federal e a responsabilidade do judiciário seria promover proativamente o controle de constitucionalidade das leis. Porém, como dito, o protagonismo do judiciário brasileiro desempenha duas funções primordiais: um efetivo poder político e a prestação de serviços, com o controle judicial de questões políticas como regra e o exercício de autocontenção pelos tribunais como exceção.

Por fim, quando nos questionamos se o protagonismo judicial é benéfico ou prejudicial para nossa democracia, destacamos as teorias que apoiam essa tendência, especialmente quando nós, enquanto sociedade, nos “apoiamos” na esfera do poder judiciário, para nos proteger interesses ameaçados por maiorias gananciosas ou tirânicas. Logo, nós enquanto sociedade reconhecemos, por um lado, que as ações do Supremo Tribunal Federal antecipam as políticas de direitos de minorias, como, por exemplo, a possibilidade do casamento homoafetivo, a discussão da interrupção voluntária da gravidez, a garantia das ações afirmativas, entre outras. Porém de outro lado, precisamos ter consciência de que se trata de um precedente judicial que pode garantir nossos direitos momentaneamente, afinal, um precedente judicial pode mudar futuramente, tudo depende da composição dos ministros da Suprema Corte, possibilitando uma insegurança jurídica e uma certa fragilidade nos direitos humanos conquistados judicialmente.

A exemplo disso, a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, no case *Roe v. Wae*, estabeleceu o direito da mulher de interromper a gestação sendo o aborto legalizado nos Estados Unidos após a referida decisão histórica de 1973. (EIDELWEIN, *et al.*, 2021). Entretanto, recentemente, a Suprema Corte mudou o precedente, possibilidade em que cada Estado irá legislar sobre o tema, e conseqüente tornou o aborto ilegal em diversos Estados.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Matheus Morais. **Comportamento Estratégico no Supremo Tribunal Federal**. 2017.106 f.Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, campus da Pampulha da Universidade Federal de Minas Gerais, 2017. Disponível em: <http://ppgcp.fafich.ufmg.br/defesas/300D.PDF>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. Saraiva Educação, 2018.

BENTO, Juliane Sant'Ana. Justiça e Política: convergência e conflitos. In: ROJO, Raúl Henrique [Org.]. **Por trás da Toga: magistratura, sociedade e política do Brasil de hoje**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jun. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

EIDELWEIN, T. .; EIDELWEIN SILVEIRA, G. .; CAVALCANTE MOURA, M. .; REGINA QUARESMA DA SILVA, D. The Judicialization of Abortion: And its descriminalization from a comparative perspective. **Revista Gênero e Interdisciplinaridade**, [S. l.], v. 2, n. 01, 2021. DOI: 10.51249/gei.v2i01.153. Disponível em: <https://www.periodicojs.com.br/index.php/gei/article/view/153>. Acesso em: 03 jun. 2023.

EIDELWEIN, Tamires. MARCH, Laura Mallmann. et al. POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ATIVISMO OU PROTAGONISMO JUDICIAL? In: MOSTRA INTERDISCIPLINAR DE LINGUAGENS E HERMENÊUTICA. Cruz Alta, RS. 2023. **Anais** da IV Mostra Interdisciplinar de Linguagens e Hermenêutica [recurso eletrônico] Organizadores: Vanessa Steigleder Neubauer. et al. 112 p. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2023/08/AnaisdaIVMostraInterdisciplinardeLinguagenseHermenutica5.d69301734dde44fda432.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HAMILTON. Artigo 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1966.

PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 3 jun. 2023.



CENTRO DE ESTUDIOS  
EN ANTROPOLOGÍA  
Y DERECHO



SILVEIRA, G. E.; EIDELWEIN, T. Estado de Direito e tipos de juiz: por uma tipologia ideal do ativismo judicial no Estado Constitucional. **Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, Rio Grande, RS, v. 4, n. 1, p. 36–72, 2022. DOI: 10.14295/rcn.v4i1.14078. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/cn/article/view/14078>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SEGAL, J. A.; COVER, A. Ideological values and votes of U. S. Supreme Court Justices. **American Political Science Review**, Washington, D. C., v. 83, n.2, jun. 1989, p.557-565.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE MEDIAÇÃO E CIDADANIA EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS<sup>126</sup>

*João Martins Bertaso*<sup>127</sup>

*Francielle de Azevedo*<sup>128</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a mediação e a realização da cidadania visando a construção de novas dinâmicas sociais. O ensaio aborda de forma articulada e indissociável a cidadania como realização do sujeito, a mediação como um modo de viver na diferença e no conflito e a democracia como organização da política em sociedades complexas, plurais e diversificadas. Em uma sociedade democrática, os conflitos são inerentes à diversidade de opiniões, valores e interesses que coexistem. Em sociedades multiculturais, de características local e global, nem localista tampouco universalista, de concepção holista e de uma pragmática afeita a tratar a igualdade e a diferença, a ideia de cidadania deve ser funcional para que possa albergar a diversidade de valores e de direitos culturais no âmbito de comunidades diferenciadas. Dessa maneira, e diferentemente do modelo nacionalista, cidadãos e cidadãs vão se possibilitando para operar a mediação e o diálogo intra, inter e transgrupal, a fim de conviver na interculturalidade. Caso contrário restaria prejudicado tanto o princípio da igualdade universal quanto o tratamento diferenciado, que considera as identidades específicas e distintas e que permite o reconhecimento do *outro*, do diferente.

**Palavras-chave:** Mediação; Democracia; Cidadania.

---

<sup>126</sup> O presente é vinculado ao grupo de pesquisa "Conflito, cidadania e direitos humanos", que integra à linha II de pesquisa do PPGDireito da URI, e resulta de uma etapa do desenvolvimento do projeto de pesquisa Cidadania e Intersubjetividade: as (im)possibilidades da cidadania solidária e translocal no século XXI.

<sup>127</sup> Pesquisador registrado no CNPq. Possui pós doutoramento pela UNISINOS. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina 2004). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998). Professor Pesquisador vinculado a URI - Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo-RS. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado - URI - Ângelo-RS. Líder do grupo de pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", vinculado ao CNPq. Atuou em programas de voluntariado pelo Projeto Rondon (1976-1985). Possui experiência em gestão do ensino do Direito. Desenvolve pesquisa em cidadania, direitos humanos e psicanálise.

<sup>128</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto sensu da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo. Bolsista /CAPES. Advogada. Pós Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus Santo Ângelo (2015). E-mail: fran.azevedo93@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

Em um contexto de crescente complexidade e diversidade de perspectivas e interesses, a realização da cidadania emerge como um dos pilares fundamentais para a construção de uma sociedade democrática robusta e inclusiva. Este artigo tem como objetivo central aprofundar a reflexão sobre a relação entre a mediação e cidadania, destacando a importância vital dessa relação de sinergia na promoção de novas dinâmicas sociais.

A cidadania, em uma sociedade democrática, é muito mais do que um mero status legal; é a expressão do envolvimento da cidadania na tomada de decisões que modelam uma comunidade de cidadania. Assim, a cidadania implica direitos e responsabilidades, e sua realização fortalece a democracia e a promoção de uma sociedade justa, fraterna e solidária. Quando cidadãos e cidadãs se engajam ativamente no processo de resolução de conflitos, por meio da mediação, eles não apenas contribuem para a solução de disputas, mas também se tornam agentes de mudança e construção da ordem social.

A mediação, ao oferecer um espaço de diálogo para o entendimento, permite que os cidadãos/ãs realizem sua cidadania na pragmática de suas vidas. De tal modo, participam diretamente na busca de soluções para os desafios que enfrentam, contribuindo para a criação de acordos baseados no entendimento mútuo. Mediar conflitos dessa forma, promove a autonomia individual e coletiva, capacitando-os a tomar as rédeas de questões que afetam suas vidas e comunidades. Isso fortalece a cidadania ao permitir que cidadãos/ãs influenciem ativamente nas condições de possibilidades da sustentabilidade do conviver coletivo.

Em uma sociedade democrática, a cidadania é o alicerce sobre o qual se constrói a igualdade, a justiça e a participação cívica. A mediação se torna uma ferramenta valiosa que possibilita concretização de uma sociedade de paz. Assim, este artigo, ao explorar as conexões entre mediação e cidadania, busca destacar a relevância de capacitar pessoas e coletividades a participarem ativamente na construção e no fortalecimento de suas comunidades, contribuindo para uma sociedade democrática mais inclusiva e harmoniosa.

## BREVES ASPECTOS SOBRE CONFLITO E MEDIAÇÃO

Pana Axel Honneth, a luta por reconhecimento tem como ponto de partida a necessidade de o sujeito se fazer reconhecido em sua identidade, o que exige relações saudáveis e respeitadas com o outro, e isso potencializa o reconhecimento mútuo. Quando falta o reconhecimento nas diferentes relações humanas, há a privação de direitos, e, portanto, esse não reconhecimento pode ser causado por um outro sujeito, pelo Estado ou pela comunidade. Desse modo, se estabeleceria as diferentes formas do conflito. É possível afirmar que o conflito resulta de um anseio de alguém em crise de reconhecimento.

O ambiente social em que o conflito ocorre também deve ser observado, “as facilidades e restrições, os encorajamentos e as retrações que ele gera em relação às diferentes estratégias e táticas de travar ou resolver conflitos, incluindo a natureza das normas sociais e das formas institucionais que o regulamentam”. Existem alguns ambientes sociais em que não há cultura de que se resolva conflitos de forma

cooperativa, não existem recursos ou facilidades desenvolvidos visando a resolução, o que por vezes acaba por agravar um conflito que poderia ser resolvido de maneira pacífica.

Quanto a estratégia e a tática empregada pelas partes no conflito, para Morton Deutsch (2004), deve-se analisar a capacidade de “influenciar as concepções dos outros sobre as próprias utilidades e inutilidades de alguém por meio de táticas que variam em dimensões como legitimidade-ilegitimidade, o uso relativo de incentivos positivos e negativos como promessas e recompensas ou ameaças e punições”. O referido autor frisa que “o conhecimento sobre processos como coerção, persuasão, chantagem, insinuação e sedução é tão importante para aqueles que aconselham pais como para aqueles que aconselham reis” (p. 32).

Os conflitos podem variar bastante e ocorrer das mais diversas formas, por diferentes razões, segundo Vasconcelos (2023) o conflito é “o dissenso latente, que se manifesta numa disputa”, e ele surge de “expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, portanto, algo natural – numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga”, e assim ocorre que “cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral”, visando “enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte”, o que acaba por estimular “as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum” (p. 20).

O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência (VASCONCELOS, 2023, p. 20).

No mesmo sentido, Deutsch (2004), afirma que o conflito possui muitas funções positivas, “previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social”. Referido autor frisa que o conflito pode ser agradável “na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade”, além disso, ele “demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual” (p. 34).

Há que se considerar “as relações interpessoais, com sua pluralidade e liberdade de expressão de percepções, sentimentos, crenças, direitos e interesses, ampliam as vivências de conflito”. Assim, “a negociação desses conflitos é um labor comunicativo cotidiano em nossas vidas. Nesse sentido, o conflito não tem solução”. Porém, podem ser resolvidas disputas pontuais e os “conflitos podem sempre ser transformados pelo modo como lidamos com eles” (VASCONCELOS, 2023, p. 20).

Quanto a mediação<sup>129</sup> é uma forma autocompositiva de solução de conflitos em que um terceiro imparcial – o mediador – atua como facilitador do diálogo para que as partes em litígio acabem construindo uma solução para o conflito. O mediador não sugere alternativas ao conflito, ficando essa tarefa aos mediandos.

Para atuar em uma proposta transformadora de mediação, segundo Warat, para formar um mediador é preciso levá-lo a um estado de mediação, ele deve estar mediado, ser a mediação. “Estar mediado é entender o valor de não resistir, de deixar de estar permanentemente em luta, tentando manipular em seu benefício a energia dos outros”. WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador I, p. 38.

Na Terapia do Reencontro Mediado a figura do mediador é essencial para que se atinja a humanização dos conflitos, uma vez que é ele quem facilita a interpretação dos mediandos, auxilia na retirada da carga negativa dos conflitos e no enfrentamento dos medos que o próprio conflito impõe as pessoas (WARAT, 2004e).

Já as práticas sociais de mediação geram autonomia são potencializadas da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a conviver com a diferença. Para Warat, falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integramos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores (WARAT, 2004e, p. 66).

Para Paiva (2014), a mediação indica, portanto, “o ato ou efeito de mediar, intercessão, intervenção, intermédio e interposição”, ela é “um procedimento pacífico de solução de conflitos ou uma forma amigável e colaborativa de gestão das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes”. Se traduz em “um procedimento em que não há adversários, no qual um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável” (p. 129).

Nesse sentido, em um primeiro momento, a mediação seria a realização com o outro dos próprios sentimentos. Sendo a mediação uma forma de viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros (WARAT, 2001, p. 33).

Com uma metodologia baseada no diálogo, na participação responsável e principalmente na autonomia dos envolvidos, a mediação se apresenta como um meio de realização da cidadania, autonomia, inclusão social, e também de direitos humanos. A forma de realizar a cidadania se dá pelo fato de que é estabelecida uma comunicação que facilita aos participantes reconhecerem as diferenças e a concretizar suas decisões (CACENOTE, 2015, p.51).

A mediação pode ser caracterizada como uma forma de interpretação do conflito, ou seja, ela é um processo que “facilita, com a ajuda de um mediador, a interpretação entre as partes, trabalhando segredos do que foi enunciado como

---

<sup>129</sup> Pode-se considerar quatro formas de mediar: narrativa, transformativa, avaliativa e facilitativa. Este trabalho se reporta à mediação transformativa.

pretensão”. Assim ela interpreta “a história do conflito, para produzir uma diferença, por seu reconhecimento em uma inscrição simbólica com o outro”. Contudo, a interpretação faz referência “à produção conjunta de uma diferença, longe de qualquer tentativa de dominação” (WARAT, 2004, p. 64).

A mediação também caracteriza-se pelo terceiro que ajuda. Esse tem que ser imparcial; isto é, um sujeito que unicamente tem poder de ajuda, não em poder para decidir o conflito. O poder do mediador é para criar espaços transacionais (um ‘entre nós’ afetivo - informativo que facilita as partes a tomarem decisões). A função do mediador não é a função do poder (decisório), é um discurso amoroso destinado a inscrever as pulsões no registro de Eros. O mediador não decide, unicamente ajuda a realizar a reconstrução simbólica que permitirá uma eventual resolução (transformação do conflito) efetuada pelas partes (WARAT, 2004, p. 64).

Ao facilitar “a comunicação entre os conflitantes, a mediação ganha importância como espécie do gênero justiça consensual, no qual as pessoas acabam se apropriando do poder de gerir seus próprios conflitos, ao contrário da jurisdição estatal”. A mediação não impõe as decisões, mas possibilita “às partes a busca de seus verdadeiros interesses e sua preservação através de um acordo” (GHISLENI, 2011, p. 47).

Assim, deve-se levar em conta “as variadas circunstâncias em que ocorre o conflito, sendo necessária a prévia identificação – em cada situação objetiva que se nos apresente – dos diferentes sentimentos, valores, expectativas e interesses envolvidos”. Veja-se que “os sentimentos, valores, expectativas e interesses expressam a prevalência de uma cultura de dominação ou de uma cultura de paz, num movimento pendular de variação de culturas”, o que depende “de circunstâncias estruturais e do nível de habilitação das pessoas no trato concreto dos seus conflitos” (VASCONCELOS, 2023, p. 34).

Para identificar esses sentimentos, valores e expectativas, Vasconcelos (2023), cita os tipos de cultura:

Sob uma cultura de dominação prevalecem a desigualdade, a hierarquia, a verticalidade de um elitismo hereditário ou simplesmente discriminatório, enquanto sob uma cultura de paz e direitos humanos prevalece o sentimento de igualdade, em relações fundadas na autonomia da vontade e tendencialmente horizontalizadas.

Sob uma cultura de dominação prevalecem a litigiosidade, a coatividade, o decisionismo, enquanto sob uma cultura de paz e direitos humanos destacam-se a persuasão, a negociação e a mediação.

Sob uma cultura de dominação prevalece o patrimonialismo, consubstanciado na apropriação privativa e excludente dos recursos disponíveis, enquanto sob uma cultura de paz e direitos humanos destacam-se o compartilhamento dos saberes e o emparceiramento na exploração dos recursos.

Sob uma cultura de dominação prevalece a competição predatória, enquanto sob uma cultura de paz e direitos humanos pratica-se uma negociação

cooperativa, com vistas aos interesses comuns, aos princípios, aos ganhos mútuos.

Sob uma cultura de dominação tende-se ao absolutismo, ao fundamentalismo, às crenças abrangentes, enquanto, sob uma cultura de paz e direitos humanos, princípios gerais são acolhidos como hipóteses na orientação de comportamentos e instituições democráticas, inspiradas em doutrinas razoáveis, com respeito às diferenças.

Sob uma cultura de dominação, as pessoas são prestigiadas e distinguidas por seus sinais exteriores de poder e riqueza, sendo discriminadas aquelas que não se enquadram nesse padrão, enquanto, sob uma cultura de paz e direitos humanos, busca-se premiar e reconhecer o ser humano em si e o meio ambiente saudável, afastando-se os preconceitos, rótulos e estereótipos (p. 34).

A importância do mediador se dá ao passo que eles sabem que “em situações de disputa, a atitude dominadora, em cada um dos mediados, tende, inicialmente, a se destacar”, e quando o entendimento é facilitado pelo mediador, “quando vão sendo saciados desejos e impulsos básicos e evidenciados os interesses e necessidades comuns – a atitude colaborativa vai sendo construída”. Assim, “as atitudes de imposição e de colaboração expressam, acima de tudo, estados emocionais e padrões relacionais, que podem ser alterados no processo de transformação do conflito, pela mediação” (VASCONCELOS, 2023, p. 34).

Ressalta-se que o mediador não é um juiz, também “não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados”, ele “não é um árbitro que emite um laudo ou decisão”, mesmo que o mediador possua conhecimento sobre o assunto que está sendo tratado “não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão”. O mediador deve apenas cuidar “do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses reais de cada uma das partes”, assim ele “conduz sem decidir”, fazendo com que “as partes participem ativamente na busca de melhores soluções” (GHISLENI, 2011, p. 49).

Desta forma, o mediador deve ajudar as partes para que elas possam celebrar acordos junto com seus corações, devendo evitar que as partes prometam somente com seus extintos práticos, ou com algum tipo de interesse. Sendo a mediação um processo de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade (WARAT, 2001, p. 37).

A mediação como processo que recupera a sensibilidade, ainda que leve ao crescimento interior na transformação dos conflitos e pretenda suprimir as neuroses e bifurcação entre a mente e os sentimentos, não pode ser percebida como uma mediação tântrica (WARAT, 2001, p. 38).

Com a sensibilidade presente na mediação, as partes deixam de sentir o conflito a partir de seus egos (que geralmente tornam os conflitos violentos e amargurados), mas sintam o conflito tendo por referência seus sentimentos, nesse sentido, “o ego e a mente são geradores dos conflitos interiores, instalando-os em nossa alma” (WARAT, 2001, p. 39).

## SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E CIDADANIA

É reconhecido que a Constituição Federal de 1988 incorpora a concepção de uma sociedade em constante evolução. Ela foi moldada com base em um conjunto de direitos fundamentais que têm como finalidade proteger, assegurar e promover valores democráticos, sustentando assim um Estado Democrático de Direito que é caracterizado pela sua natureza multiétnica, pluralista e multicultural, com a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre seus fundamentos. Nesse contexto social, político e jurídico, todas as normas e políticas estabelecidas devem, sem exceção, observar e incorporar os princípios democráticos do direito, com o objetivo de garantir efetivamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A democracia e seus princípios inerentes estão profundamente entrelaçados com os direitos humanos, e estabelecem que todas as decisões tomadas por representantes da sociedade devem ser plenamente acessíveis aos cidadãos/ãs que a animam, fomentando, assim, a participação ativa de todos, em um cenário de igualdade. Isso pressupõe que a participação, tanto das majorias quanto das minorias, deve ser precedida por um diálogo contínuo, visto que a vontade geral, conforme delineada por Rousseau, é uma expressão constante da coletividade de cidadãos (BERTASO, PRADO, 2017, p.63).

Dessa forma, pode ser considerada democrática qualquer atividade que permita o maior número de partícipes. Lilia de Moraes Sales entende como democrática “uma atividade ou instituto que inclua na participação política o exercício de direitos constitucionais a todos aqueles que, pela condição socioeconômica, foram excluídos”. Logo, uma sociedade democrática é determinada pelo envolvimento da cidadania na vida da cidade, no sentido mais alargado e abrangente de seu significado, a fim de viabilizar a cada um e a todos a participação paritária na proteção e no desfrute dos bens sociais (BERTASO, PRADO, 2017, p. 64).

Logo, a cidadania se torna parte fundamental da sociedade democrática. No que tange à concepção de cidadania, é imperativo considerar o embasamento teórico fornecido por Bertaso (2008), particularmente quando aplicado ao contexto das sociedades contemporâneas, que se caracterizam pela globalização e uma marcada diversidade multicultural.

Nas sociedades multiculturais, é essencial transcender a visão tradicional de cidadania como uma mera manifestação de identidade nacional, para abraçar uma compreensão que enxerga a cidadania como um agente mediador intercultural, tanto em seu âmbito interno quanto externo. Essa abordagem não se concentra na nacionalidade das pessoas, mas sim em seus direitos e dignidade. Deve-se, portanto, contemplar a noção de uma cidadania transcultural, uma vez que as diversas culturas, dadas suas múltiplas facetas e pluralidade, frequentemente apresentam potenciais conflitos significativos (BERTASO, 2008, p.11).

Neste sentido, a cidadania passa por um processo profundo de ressignificação, transcendendo amplamente as fronteiras geográficas estabelecidas pelos Estados-nação. Assim, se passa a perceber a cidadania sob a perspectiva da solidariedade, compreendendo-a não como uma mera identidade, mas como uma prática de direitos

humanos, apta a envolver o/a cidadão/ã em ambientes diversos, caracterizados por uma rica tapeçaria de culturas. Já que as diferenças, em especial, requerem o diálogo como meio essencial para promover a compreensão mútua entre todos os grupos socioétnicos que constituem essas sociedades.

Essa abordagem concebe a cidadania como inerente a um potencial de poder político que reside em todos os cidadãos. Como resultado, cada cidadão se torna um protagonista nas dinâmicas sociais. Torna-se evidente a necessidade premente de transcender a abordagem jurídicista da cidadania, que se desenvolveu no âmbito do Estado Liberal de Direito. Em sociedades complexas e multiculturais, torna-se imperativo superar a concepção legalista e territorial da cidadania.

Em estudos anteriores, aponta-se que tal ideia dimensionou e ideologizou a construção das condições de negação do outro, do estrangeiro, por (des)equiparação, desidratando e anulando, num só tempo, o potencial político do cidadão. Essa visão jurídicista de cidadania perdeu sua pertinência com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e a partir da criação de novos direitos elencados na Constituição Federal de 1988 (BERTASO, PRADO, 2017, p. 65).

Nesse contexto, a cidadania se materializa como uma prática ancorada nos princípios dos direitos humanos, no conhecimento e reconhecimento do outro, bem como na diversidade e pluralidade que constituem as sociedades atuais. Ela tem a tendência de reverter práticas sociais que historicamente geraram submissão, opressão, apatia política e obscurantismo cultural em sociedades com baixo potencial político, influenciando, assim, o controle exercido pelos poderes sociais, tanto públicos quanto privados.

O significado de cidadania está em constante evolução, vai além de um status jurídico e político, busca à inclusão de populações previamente excluídas, esquecidas e/ou invisibilizadas socialmente. Em outras palavras, todos os membros de uma sociedade devem ter a oportunidade de se tornarem cidadãos/ãs, independentemente de sua localização geográfica. Isso implica que todo ser humano, onde quer que esteja, deve ser considerado como parte integrante da comunidade de cidadania (BERTASO, PRADO, 2017, p. 65).

É nesse sentido, a mediação e a cidadania se entrelaçam na medida em que oportuniza o protagonismo e desenvolve a autonomia entre as partes, viabilizando novos paradigmas sociais e criando, assim, uma cultura de paz onde a sociedade de cidadania assume papéis de auto responsabilidade e constroem novas práticas e incrementando a dinâmica social.

## CONCLUSÃO

Ao término deste ensaio entre a mediação e a realização da cidadania em sociedades democráticas, confirma-se a relação indissociável entre ambas as categorias, pois atende a questão da interculturalidade nas democracias. E, além do potencial de autonomia que desenvolve, a cidadania e a mediação se potencializam para dar conta da diferença e da conflituosidade que provêm dessas relações intra,

inter e transgrupais, construindo, assim, novas práticas individuais e coletivas em sociedades complexas.

Em sociedades democráticas, multiculturais, plurais, complexas e diversificadas, a realização da cidadania se concebe numa relação sinérgica com o reconhecimento do outro, o outro no conflito.

Cidadania, democracia e mediação, no século XXI, remete às demandas por tratamento digno e respeito à autenticidade do sujeito/grupo, envolvendo reconhecimento público recíproco, ou seja, remete à questão do reconhecimento público das identidades individuais e coletivas, de suas autonomias e, em especial, ao direito humano à mediação.

Por esse motivo, a necessidade de uma abordagem articulada e não dissociada de ambos os conceitos: cidadania, democracia e mediação. A cidadania, não sendo uma identidade, passaria a função de mediadora intercultural.

A cidadania ativa e participativa é a espinha dorsal de uma democracia saudável, e a mediação se estabelece como uma ferramenta indispensável para fortalecer e efetivar essa realização.

Novas práticas individuais e coletivas fortalecem a autonomia das pessoas, capacitando-as, no plano ético, ao reconhecimento das regras e normas que regem e dão a sustentabilidade à convivência coletiva. Assim, a cidadania supera seu *status ficcional* para se tornar uma prática constante e participativa no tecido social. Esta transformação não apenas consolida a democracia, mas também fortalece os valores do diálogo, tolerância e respeito mútuo, fundamentais para a harmonia e inclusão em uma sociedade democrática.

Conclui-se que, ao abraçar a mediação como uma maneira de viver coletivo, a realização da cidadania, em sociedades democráticas, pode abrir o caminho para uma convivência mais equitativa, colaborativa e justa.

Este artigo, ao revelar essa intrínseca relação, visa estimular não apenas a reflexão, mas também a ação para o fortalecimento desses pilares fundamentais na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, onde a cidadania ativa seja um direito e um dever de toda a cidadania.

## REFERÊNCIAS

BERTASO, João Martins e PRADO, Keila Sim do. **Aspectos de Mediação Comunitária e Democracia**. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Issn Eletrônico 2175-049. 2017 *Novos Estudos Jurídicos*.

BERTASO, João Martins. **Os Direitos Humanos como política de cidadania**. In: Revista Direitos Culturais. No 5. Santo Ângelo: FURI, dez 2008, p. 11-16

CACENOTE, Ana Paula. **Mediação de Conflitos como forma de efetivação dos direitos fundamentais em sociedades complexas e multiculturais**. In: CERVI, Jackson Roberto; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; VERONESE, Osmar. Multiculturalidade e cidadania: olhares transversais. Campinas: Millennium Editora, 2015. Cap 2, p. 37 – 54.

DEUTSCH, Morton. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

GHISLENI, Ana Carolina. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed 34, 2009.

PAIVA, Rosangela Martins Alcantara Zagaglia. **Adolescente infrator**: as práticas restaurativas (mediação) e a nova Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/9287/1/Rosangela%20Zagaglia%20%20FINAL%20TOTAL.pdf>>. Acesso em 30 jul 2023.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. V. 1. Florianópolis: Habitus, 2001.

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

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Angra Impresiones, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social**: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.