

# DIREITOS HUMANOS:

evolução, cultura e sociedade

Claudia Karina Ladeia Batista  
Etiene Maria Bosco Breviglieri  
Mário Lúcio Garcez Calil  
[ORGANIZADORES]

# Direitos Humanos: evolução, cultura e sociedade

Obra financiada



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento  
do Ensino, Ciência e Tecnologia do  
Estado de Mato Grosso do Sul.

 **Pedro & João**  
editores



**Claudia Karina Ladeia Batista  
Etiene Maria Bosco Breviglieri  
Mário Lúcio Garcez Calil  
(Organizadores)**

# **Direitos Humanos: evolução, cultura e sociedade**

© **Copyright dos autores**

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos dos autores.

---

**Claudia Karina Ladeia Batista; Etiene Maria Bosco Breviglieri; Mário Lúcio Garcez Calil (Orgs)**

**Direitos humanos: evolução, cultura e sociedade.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2018. 331p.

**ISBN. 978-85-7993-530-5**

1. Direitos humanos. 2. Evolução dos direitos humanos. 3. Unidade Universitária de Paranaíba/MS. 4. Autores. I. Título.

CDD – 340

---

**Capa:** Andersen Bianchini

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

**Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil);  
Nair F. Gurgel do Amaral (UNIR/Brasil); Maria Isabel de Moura  
(UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil);  
Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil)



**Pedro & João Editores**

[www.pedroejoaoeditores.com.br](http://www.pedroejoaoeditores.com.br)

13568-878 - São Carlos – SP

2018

## **Dedicatória**

A todos os estudiosos dos direitos humanos, nosso reconhecimento. A todos os ativistas pelos direitos humanos, nossa gratidão. A todas as vítimas de violação dos direitos humanos, nosso compromisso e nossa voz.



## SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b>	11
Fernando de Brito Alves	
<b>APRESENTAÇÃO</b>	15
Os Organizadores	
<b>EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER: uma retrospectiva histórica</b>	23
Aires David de Lima Rilker Dutra de Oliveira	
<b>EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS NO ENSINO JURÍDICO SUL-MATO-GROSSENSE: possibilidade ou utopia contra a violência no estado?</b>	51
Tânia Eliete Alves Garcia Angela Aparecida da Cruz Duran	
<b>A CULTURA DO “JEITINHO BRASILEIRO” E A FORMAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS</b>	77
Elisabeth Maria de Mendonça Silva	
<b>MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS ALTERNATIVOS PARA A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DE LITÍGIO E A PROMOÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL</b>	91
Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém Daniele Silva Lamblém Tavares	

<b>(DES)AVANÇOS NA LIMITAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b>	<b>109</b>
Juliano Gil Alves Pereira Lanaira da Silva	
<b>O DIREITO PROCESSUAL E OS DELINEAMENTOS NECESSÁRIOS PARA ALÉM DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA</b>	<b>127</b>
Juliano Gil Alves Pereira Lanaira da Silva	
<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA: NOVAS DIRETRIZES JURÍDICAS E SOCIAIS DAS RELAÇÕES FAMILIARES</b>	<b>151</b>
Léia Comar Riva	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E SOCIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA</b>	<b>173</b>
Léia Comar Riva	
<b>O “PROBLEMA” DA IMIGRAÇÃO: MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS</b>	<b>201</b>
Mário Lúcio Garcez Calil Carlos Malta Leite Luana Pereira Lacerda	
<b>O CINEMA E O ENSINO DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES A PARTIR DO FILME "TROPA ELITE 2"</b>	<b>215</b>
Mário Lúcio Garcez Calil Carlos Malta Leite Raquel Cristina Ferraroni Sanches	

<b>DOCÊNCIA E PESQUISA UNIVERSITÁRIA: O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO NO ENSINO JURÍDICO</b>	<b>239</b>
Raquel Rosan Christino Gitahy Claudia Karina Ladeia Batista	
<b>DIREITOS HUMANOS E A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS SURDAS</b>	<b>255</b>
Mariane Della Coletta Savioli Garzotti De Araujo Raquel Rosan Christino Gitahy Adriana Aparecida de Lima Terçariol	
<b>ESTRATÉGIAS DE CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DO MIGRANTE: Nova Lei de Migração</b>	<b>269</b>
Ana Carla Sanches Lopes Ferraz Claudia Karina Ladeia Batista Etiene Maria Bosco Breviglieri	
<b>RAÇA: Marcador Social da Diferença e Marco Jurídico Antidiscriminatório</b>	<b>285</b>
Tiago Vinicius André dos Santos	
<b>SISTEMAS SOCIAIS ABERTOS E OS POVOS INDÍGENAS</b>	<b>307</b>
Marília Rulli Stefanini	



## PREFÁCIO

É com satisfação invulgar que recebi o convite do Prof. Dr. Mario Calil para prefaciар esse texto sobre “Direitos humanos: evolução, cultura e sociedade”, que é organizando por si, pela Profa. Dra. Claudia Karina Ladeia Batista e pela Profa. Dra. Etiene Maria Bosco Breviglieri.

O livro é marcado por um profundo ecletismo, e aborda temas relacionados com os direitos das mulheres; educação em direitos humanos; direito de família; migração, imigração e multiculturalismo; questões raciais; pessoa com deficiência; e ainda guarda espaço para debater o ensino jurídico, e as questões criminais e de processo civil.

Não nos resta dúvida de que os direitos humanos sejam, hoje, um tema global, e na medida em que o rol dos direitos fundamentais e o dos direitos humanos se aproximam, são reduzidas as razões para distingui-los.

Como já bem ponderou Vladimir Brega Filho, a distinção de direitos humanos e direitos fundamentais está no fato de que a primeira expressão é usada de forma recorrente em documentos do direito internacional, e possui um caráter intertemporal e transnacional, de modo que *“tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceira gerações”*<sup>1</sup>, enquanto que os direitos fundamentais costumam corresponder aos direitos consagrados pelos textos constitucionais<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 72

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35-36

Nesse mesmo sentido Canotilho escreve que “[...] as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”<sup>3</sup>.

Os direitos humanos seriam o conjunto de faculdades e instituições que em cada momento histórico, concretizam exigências de dignidade, liberdade, e igualdade, que são reconhecidas indistintamente, e de forma positiva, pelos ordenamentos nacionais e internacionais.<sup>4</sup>

O processo de construção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, compreendido como história da cidadania, foi duplo: de fusão geográfica, na medida em que a história da cidadania é uma história nacional; e separação funcional, quando as instituições das quais dependiam os direitos se desligaram e deixaram de funcionar de forma íntima a determinados grupos para ter conotação geral.

É curioso que em algumas versões clássicas chegou-se a atribuir períodos de formação de cada modalidade de direitos a um século diferente: os direitos civis no século XVIII, os políticos no XIX e os sociais no XX. Por óbvio que essa periodização não é deveras rígida, e cada contexto nacional encontrará um caminho para construção do seu repertório de direitos.

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 48

Quando, no XIX, a cidadania civil já era universal, os direitos políticos constituíam ainda privilégio aristocrático, os direitos políticos para a sociedade capitalista daquela época eram considerados produtos secundários dos direitos civis. É esse o contexto de desenvolvimento dos direitos fundamentais no liberalismo. Muito embora os diferentes direitos de determinado tipo tenham se desenvolvido, predominantemente, em momentos bastante distintos da história, é possível afirmar um entrelaçamento, sobretudo entre os dois últimos: os direitos políticos e os sociais.

Os direitos políticos podem ser considerados constitutivos dos direitos sociais. Com relação aos direitos sociais, originalmente, embora se tentasse ajustar a renda real às necessidades sociais e ao *status* de cidadão, no entanto, tratava-se das reivindicações dos pobres não como reivindicações de cidadãos, visto que aqueles que recorriam aos sistemas de proteção que se construíram – os indigentes – na prática, renunciavam a direitos civis de liberdade social, uma vez que deveriam ser internados em casas de trabalho e deveriam renunciar a quaisquer direitos políticos que possuísem (essa narrativa é a versão de Marshall<sup>5</sup> do que ocorreu efetivamente na Inglaterra, e, que segundo o relato de José Murilo de Carvalho<sup>6</sup>, foi replicado em uma versão mais tropical – e invertida – no Brasil).

Essas transformações no conceito, história, alcance e exigibilidade dos direitos dos direitos humanos podem servir a demonstração de que: 1) não se trata de um conceito unívoco e por isso designativo de um objeto certo, 2) o conteúdo dos direitos é histórico e por isso se “transforma” ao logo do tempo, embora determinados valores sejam perenes; 3) o problema da predicação de “direitos humanos” não é meramente semântico; 4) o direito,

---

<sup>5</sup>MARSHALL, Thomas H. *Citizenship and social class*. Cambridge, 1950.

<sup>6</sup>CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

como produto da cultura e encarnado na história dos povos, vive crises periódicas de experiência, de modo que o sentido dos direitos humanos precisa ser constantemente resgatado.

Dai a atualidade da coletânea, e por isso, debates como o do livro ora prefaciado, especialmente no nosso contexto atual de excepcionalidade política, devem ser encarados como uma elegia de resistência, daqueles que não se cansam de promover a cultura dos direitos humanos, da justiça e da inclusão.

Desejo a todos uma ótima leitura!

**Prof. Dr. Fernando de Brito Alves**

*Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica  
Universidade Estadual do Norte do Paraná*

## APRESENTAÇÃO

Como decorrência natural de sua natureza histórica, o estudo dos direitos humanos ultrapassa as questões meramente jurídicas. Sua evolução, desde a antiguidade até a pós-modernidade demonstram, cabalmente, sua eticidade, que não se pode resumir à leitura exegética dos dispositivos constantes dos tratados internacionais concernentes à temática.

Desse modo, por estarem os direitos humanos ligados à história, qualquer justificção envolvendo a matéria requer uma análise dessa natureza, de modo que não apenas retrocedam ao passado, mas, também, sejam abordados filosoficamente.<sup>7</sup>

A essa perspectiva adapta-se o prefácio desta obra coletiva, elaborado pelo Professor Doutor Fernando Brito Alves, coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), bem como um dos grandes constitucionalistas do Brasil, cujas pesquisas demonstram detido estudo da temática dos direitos humanos.

Nesse mesmo sentido é que a presente coletânea de trabalhos buscou organizar os capítulos, sob perspectiva multidisciplinar, de modo a que cada um dos vários campos do conhecimento abordados nos estudos a seguir mantivessem seus métodos e teorias em perspectiva.

Os estudos, porém, demonstram, claramente a interdisciplinaridade, já que todos relacionam mais de um ramo do conhecimento aos direitos humanos. Via de consequência, não seria exagero afirmar que, considerada em seu conjunto, trata-se de uma obra transdisciplinar, voltada à unidade do conhecimento acerca da temática.

---

<sup>7</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33.

Trata-se da perspectiva orientadora dos programas de Especialização em Direitos Humanos e de Mestrado em Direito da Unidade Universitária de Paranaíba da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, este, que ora se encontra em construção documental. Nesse mesmo sentido, o título da presente obra espelha uma das linhas de pesquisa constante dos referidos programas, bem como seus capítulos confirmam a relação acima afirmada.

Rilker Dutra de Oliveira e Aires David de Lima, ambos professores da graduação em Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Unidade Universitária de Paranaíba, no trabalho **“Evolução dos direitos da mulher: uma retrospectiva histórica”**, estudam o panorama mundial das transformações sociais e jurídicas ocorridas na temática, seus aspectos no Brasil colonial e a questão do gênero, apontando dificuldades e possíveis soluções para dissipar algumas situações de desigualdade.

Ângela Aparecida da Cruz Duran, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito, e Tânia Eliete Alves Garcia, especialista em direitos humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, no capítulo **“Educação para os direitos humanos no ensino jurídico sul-mato-grossense: possibilidade ou utopia contra a violência no estado?”**, partindo da premissa de que Mato Grosso do Sul se encontra entre os Estados nos quais mais ocorrem violações aos Direitos Humanos, buscaram investigar se as Instituições de Ensino Jurídico do Estado incluem, em seus conteúdos curriculares, a temática dos Direitos Humanos e da Educação para os Direitos Humanos, adequando-se, ou não à às diretrizes estabelecidas pela Resolução n.1 de 2012, do Conselho Nacional de Educação.

Elisabeth Maria de Mendonça Silva, professora assistente da Unidade Universitária de Paranaíba, na Graduação e na Especialização em Direito e doutoranda em Filosofia do Direito, no trabalho **“A cultura do ‘jeitinho brasileiro’ e a formação das**

**organizações criminosas**”, no qual analisa a formação cultural do brasileiro e sua miscigenação, frente ao estereótipo de “herói” encarnado em Macunaíma, sob a perspectiva da institucionalização do “jeitinho brasileiro”, e suas relações com as organizações criminosas.

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito, e Daniele Silva Lamblém Tavares, advogada e mestranda em Direito pela Função de Ensino Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM), no trabalho **“Mediação e conciliação como meios alternativos para a desconstrução da cultura de litígio e a promoção da pacificação social”** abordam os conceitos, as características, os princípios e as técnicas da mediação e conciliação, sob uma perspectiva interdisciplinar, na busca pela construção de uma experiência capaz de desconstruir a perspectiva de litigiosidade e de necessidade de judicialização das relações conflituosas.

Juliano Gil Alves Pereira, Professor do curso de graduação em direito da Unidade Universitária de Paranaíba e doutor em ciências jurídicas e sociais (UMSA), e Lanaira da Silva, Professora Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos discutem no capítulo **“(Des)avanços na limitação do poder jurisdicional no estado democrático de direito com o advento do novo código de processo civil”** a ponderação em Alexy e a importância da coerência e integridade, inovações previstas no Código de Processo Civil, como limitadoras da discricionariedade e livre convencimento do juiz e ferramenta apta a reduzir decisionismos e arbitrariedades.

Em parceria estabelecida no capítulo **“O direito processual e os delineamentos necessários para além da democracia representativa”** os professores Juliano Gil Alves Pereira e Lanaira da Silva discutem as mazelas da democracia representativa e a importância do processo como um instrumento de viés político,

capaz de contemplar as minorias não abarcadas pela democracia representativa.

Léia Comar Riva, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito, no capítulo **“Os direitos fundamentais da família: novas diretrizes jurídicas e sociais das relações familiares”**, investiga aspectos jurídicos e sociais fundamentais que circundam os estudos sobre a família na contemporaneidade.

Também Léia Comar Riva, no trabalho **“Direitos fundamentais individuais e sociais e o direito de família”** busca compreender questões atreladas aos direitos fundamentais, bem como seus efeitos e os diferentes institutos jurídicos que podem ser utilizados para efetivá-los no caso concreto para proteger a dignidade da pessoa humana, no contexto do direito de família.

Mário Lúcio Garcez Calil, Professor Adjunto da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito, professor colaborador no Programa de Mestrado em Direito da Função de Ensino Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM) e um dos organizadores da presente obra, Carlos Malta Leite, Doutor em Direito e Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul (aposentado) e Luana Pereira Lacerda, mestre em Direito e pesquisadora da Função de Ensino Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM), no capítulo **“O ‘problema’ da imigração: multiculturalismo e direitos humanos”**, partindo da perspectiva de que os direitos humanos foram inspirados nos ideais ocidentais de vida, igualdade e dignidade, que muitas vezes não coincidem as culturas de vários povos civilizados, tornando inevitável o “choque” entre culturas, buscam encontrar um “padrão hermenêutico” para os direitos humanos no contexto dos movimentos imigratórios, de modo a permitir a convivência pacífica entre as culturas.

Mário Lúcio Garcez Calil e Carlos Malta Leite, ao lado de Raquel Cristina Ferraroni Sanches, pró-reitora de graduação e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Função de

Ensino Eurípides Soares da Rocha (UNIVEM), no trabalho **“Cinema e o ensino dos direitos humanos: reflexões a partir do filme “Tropa de Elite 2”**, estudam as possíveis relações entre os Direitos Humanos e o Cinema e as suas possibilidades de “sintetização” da realidade e de exposição por intermédio da imagem e do som, a partir do filme “Tropa de Elite 2”.

Raquel Rosan Christino Gitahy, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito e Professora Permanente do Mestrado em Educação da Universidade do Oeste Paulista, e Claudia Karina Ladeia Batista, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito e uma das organizadoras da presente obra, no trabalho **“Docência e pesquisa universitária: o processo de construção do conhecimento no ensino jurídico”** estudam as consequências do fenômeno da massificação do número de cursos de Direito ofertados no país, as relações entre a grande quantidade formandos e a qualidade do ensino jurídico e a necessidade de formação humanista dos novos juristas, bem como sua influência na distribuição da justiça.

Além do referido trabalho, Raquel Rosan Christino Gitahy, ao lado de Mariane Della Coletta Savioli Garzotti De Araujo, Mestre em Educação e Docente de Atendimento Educacional Especializado na Prefeitura Municipal de Araçatuba e da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Birigui, e Adriana Aparecida de Lima Terçario, Professora da graduação em Pedagogia e dos Programas de Pós-graduação da Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP), no capítulo **“Direitos humanos e a educação das pessoas surdas”** estudam as mudanças ocorridas na educação das pessoas surdas, sob a perspectiva inclusiva, social, histórica e jurídica, especialmente no que se relaciona ao o respeito à língua brasileira de sinais como a língua oficial das pessoas com deficiência auditiva.

Também Claudia Karina Ladeia Batista, ao lado de Etiene Maria Bosco Breviglieri, Professora Adjunta da Unidade Universitária de Paranaíba e docente na Graduação e na Especialização em Direito e uma das organizadoras da presente obra, e Ana Carla Sanches Lopes Ferraz, advogada e professora da referida Universidade, no trabalho **“Estratégias de concretização de políticas públicas para a efetivação da dignidade do migrante: nova lei de migração”**, estudam as possibilidades das estratégias para a viabilização de políticas públicas voltadas ao migrante, com base em seu caráter social de amparo à dignidade das pessoas, a partir da Lei de Migração.

Thiago Vinícius André dos Santos, Professor colaborador da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e Doutor em Direito em Direitos Humanos, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no trabalho **“Raça: marcador social da diferença e marco jurídico antidiscriminatório”** analisa a pertinência de raça nos referidos marcos a partir da proteção do direito fundamental à igualdade racial no plano constitucional e infraconstitucional, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos.

Marília Rulli Stefanini, no capítulo **“Sistemas sociais abertos e os povos indígenas”**, analisa os sistemas e subsistemas abertos e as consequentes as trocas de elementos constitutivos entre indígenas e não indígenas, bem como o risco de ocorrência do fenômeno conhecido como aculturação.

O presente volume foi subsidiado pela Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia (FUNDECT), mediante convênio com a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), o que possibilitou a publicação da obra.

Apesar das agruras enfrentadas pelas entidades brasileiras de fomento à pesquisa, a FUNDECT, mediante hercúleos esforços de sua direção e de seus colaboradores, permanece no constante esforço de auxiliar os pesquisadores do Estado de Mato Grosso do Sul em sua árdua missão de construção e propagação do

conhecimento, o que faz com que mereça, estreme de qualquer dúvida, nossos mais sinceros e profundos agradecimentos.

Assim, os Organizadores agradecem ao notável prefaciador, aos colaboradores e à FUNDECT por possibilitarem a construção da presente obra coletiva, certos de que os trabalhos contribuirão grandemente para a pesquisa multi, trans e interdisciplinar na amplíssima temática dos direitos humanos, bem como para a concretização do projeto de mestrado em Direito para a Unidade Universitária de Paranaíba.

Paranaíba-MS, outono de 2018.

**Claudia Karina Ladeia Batista**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (graduação e especialização em Direito)

**Etiene Maria Bosco Breviglieri**

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (graduação e especialização em Direito e Letras)

**Mário Lúcio Garcez Calil**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (graduação e especialização em Direito)



# EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER: uma retrospectiva histórica

Aires David de Lima<sup>1</sup>  
Rilker Dutra de Oliveira<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

É indubitável que a condição social da mulher veio, ao longo desse último século, em especial, num processo de transformação significativo, positivamente. Na década de 60, do século XX, a Revolução Feminista, contribuiu, sobremaneira, com essa evolução, tanto no aspecto social, quanto no aspecto jurídico.

Mesmo que ainda exista a desigualdade entre homens e mulheres, de modo mais saliente, em alguns países e em situações pontuais, devido, principalmente, à questão cultural e religiosa, pode-se afirmar, seguramente, que hoje as mulheres têm, de forma mais acessível, o direito aos estudos, a garantia da efetividade dos direitos trabalhistas, o direito de votar, etc.

Os fatos históricos mais impactantes, como as guerras mundiais, também foram fatores que impulsionaram a inclusão da mulher no mercado de trabalho, pois com a ausência da figura masculina, aliada à limitação da efetiva participação do homem como principal gestor e mantenedor da família, devido aos conflitos mundiais, colocaram a mulher como partícipe na função de arrimo do lar, ou, em alguns casos, a única pessoa responsável pelo sustento da família.

---

<sup>1</sup> Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. *E-mail*: airesnpj@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Docente contratada do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. *E-mail*: rilker.dutra@bol.com.br

Com tais transformações e direitos assegurados, outras “batalhas” surgiram. A mulher, ainda que empregada, na qualidade de trabalhadora, cidadã com direito à voto, e cada vez mais escolarizada, vem promovendo, dia após dia, protestos, pleitos, projetos, políticas públicas, dentre outras ferramentas, com a finalidade de efetivar suas conquistas. Há, constantemente, uma “luta feminina” para colocar-se em situação equânime a dos homens, especialmente no que tange o aspecto salarial.

Assim, os discursos contrários, tipicamente machistas, tendem a esvaír-se, tornando-se, a cada dia, sem legitimidade. Agora, vê-se a mulher de forma polivalente, múltipla, pois, além de trabalhar fora, cuidada casa, dos filhos, do marido e, ainda, encontra tempo para se cuidar.

No presente trabalho verificar-se-á acerca de um panorama mundial, onde será relatado, de forma sucinta e introdutória, um pouco dessa transformação social e jurídica.

Também, abordar-se-á sobre aspectos do Brasil colonial e a questão do gênero, apresentar-se-á as legislações principais que foram criadas com a finalidade de efetivar os direitos da mulher, assim como, também, ao final, apontar-se-á as dificuldades e possíveis soluções para dissipar certas desigualdades, com enfoque na cultura, condição social e jurídica da mulher neste País.

O presente trabalho está justificado pelo elevado grau de importância do assunto no cenário acadêmico e social, sendo que as fontes para sua fundamentação são bibliográficas e virtuais, com base em artigos científicos e revistas especializadas.

## **1. PANORAMA MUNDIAL: breve histórico**

O primeiro relato da existência da mulher data da criação do mundo, em que o Criador, próximo de encerrar sua obra, viu o homem, solitário, sendo que todos os demais animais havia de ambos os sexos e, assim, concluiu:

Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma auxiliadora que lhe seja idônea[...]. Então, o Senhor Deus fez cair pesado sono sobre o homem, e este adormeceu; tomou uma das suas costelas e fechou o lugar com carne. E a costela que o Senhor Deus tomara ao homem, transformou-se numa mulher e lhe trouxe, e disse o homem: Esta, afinal é osso dos meus ossos e carne da minha carne; chamar-se-á varoa, porquanto do varão foi tomada. Por isso, deixa o homem pai e mãe e se une à sua mulher, tornando-se os dois uma só carne. (BÍBLIA, GENESIS, 2: 18-24).

Muitos podem questionar a razão de ter sido retirado uma costela ao invés de qualquer outra parte do corpo do homem, ou até mesmo ter sido feita do barro, como o próprio homem, no entanto, as explicações a este fato são apenas meras especulações. No que diz respeito à retirada da costela de Adão e sua transformação em Eva, muitas conotações são dadas a este episódio, sendo que até o momento os especialistas ainda não chegaram a um consenso.

Buscando fontes hebraicas de onde originou a palavra “costela”, bem como a polissemia que poderia ser traduzida, **Giovanni Ibba, professor de hebraico, em resposta a estes questionamentos, concluiu:** “A referência à costela, mais que ao flanco, não teria mostrado, em todo caso, uma suposta inferioridade da mulher com relação ao homem. Este é um problema que surgiu na época moderna.” (IBBA, apud OGGI, 2017). E, após detida análise, o especialista adverte:

Para a nossa mentalidade, traduzir como ‘parte’ ou ‘flanco’ poderia inspirar uma interpretação do episódio mais atenta à **igualdade dos gêneros**, enquanto a ‘costela’, ao contrário, se prestaria a uma interpretação que poderia ser usada por parte de quem sente aversão pelas mulheres. Está claro que, no antigo Israel, pelo menos no que diz respeito às fontes bíblicas, **não existe declaração alguma de inferioridade da mulher com relação ao homem** (cf. Gn 1, 26-27) e, portanto, o versículo em questão não pode ser forçado neste sentido. (IBBA, apud OGGI, 2017, grifos nossos).

Assim, nos primórdios, pelos elementos colhidos na Bíblia, não temos base para infirmar a igualdade de gênero, muito embora algumas interpretações, interesseiras e oportunistas, subjugaram as

mulheres em um primeiro momento e, em poucas partes do mundo, estas conseguiram se libertar completamente dessas amarras.

As origens da pseudo superioridade masculina se perde no tempo, Coulanges (1975) ao discorrer sobre a religião doméstica, em algumas civilizações antigas, tais como a Indiana, Africana e Roma antiga, encontrou um ponto em comum, qual seja, o pai sendo o patriarca e sacerdote da família, com esta atribuição passadas aos seus descendentes do sexo masculino, senão vejamos:

Essa religião só podia propagar-se pela geração. O pai, gerando a vida a seu filho, transmitia-lhe, ao mesmo tempo, com a vida, sua crença, seu culto, o direito de manter o fogo sagrado, de oferecer o banquete fúnebre, de pronunciar as fórmulas de oração. A geração estabelecia esse vínculo misterioso entre o filho que nascia para a vida e todos os deuses da família [...].(COULANGES, 1975, p. 32).

E ressalta bem o fato de que apenas a descendência masculina detinha o direito de dirigir o culto doméstico ao asseverar:

Mas é preciso atentar, como particularidade, no fato de esta religião doméstica só se transmitir de linha masculina à linha masculina. Este fato resulta, sem dúvida alguma, da ideia de geração, tal como os homens a conceberam. A crença das eras primitivas, como a encontramos nos vedas, de que restam vestígios por todo o direito grego e no romano, foi a de o poder reprodutor residir exclusivamente no pai. Só o pai possuía o princípio misterioso de ser e transmitia essa centelha de vida. E deste antigo conceito se partiu até por vir como regra que o culto doméstico passasse sempre de homem para homem; a mulher só participava desse culto por intermédio de seu pai ou de seu marido e, depois da morte destes não recebia a mesma parte que o homem no culto e nas cerimônias do banquete fúnebre. Daqui resultam, ainda, outras consequências muito graves, no direito privado e na constituição da família [...]. (COULANGES, 1975, p. 32).

Podemos inferir que esse privilégio conferido ao homem de dirigir o culto doméstico se devia ao fato deste ser o guardião da família, em uma época em que religião, ainda que rudimentar, era um dos maiores instrumentos de coerção, somados ao fato de que a

força física, em primeiro momento, também era um fator decisivo nas contendas, sendo que, biologicamente, o sexo masculino, de regra, gozava dessa superioridade. Nesse sentido, podemos perceber que:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares [...]. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada*[...]. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 24-25, grifo dos autores).

Assim, nas primeiras épocas o Estado era inexistente, logo não havia um ente a emanar leis, a força física era que decidia as questões, sendo elementar supor que a justiça delas era algo desconhecido nesse primeiro estágio do direito. Sobre o assunto, conclui Coulanges (1975):

O antigo direito não é obra de um legislador; o direito, pelo contrário, impôs-se ao legislador. Na família teve a sua origem. Nasceu ali espontaneamente e inteiramente elaborado nos antigos princípios que a constituíram. Derivou das crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva desses povos e exercendo domínio sobre as inteligências e sobre as vontades. (COULANGES, 1975, p. 68).

Desta forma, não se pode negar a influência da religião na constituição dos costumes e elaboração das leis, sendo que sua força atravessou continentes. No Brasil, podem ser percebidas as tradições que nos fazem rememorar antigas culturas ligadas aos povos antigos, acima citados, e que ainda não se encontram, de todo, sepultadas, conforme se explica no próximo assunto.

## 2. BRASIL-COLÔNIA E A QUESTÃO DO GÊNERO

A descoberta do Brasil pelos portugueses se deu em 1500, como são retratados os acontecimentos pelos historiadores. A imensidão da área com que os descobridores se depararam bem como a qualidade do solo, somado aos recursos naturais e minerais, em um primeiro momento, deslumbraram a Coroa.

Diante de todos estes atrativos oferecidos pelo “Novo Mundo” os Lusitanos se viram ofuscados. Somente em meados do século XVI, começou-se a caminhar para uma colonização, que, na América do Sul, muita mais representava uma “exploração”.

Como exemplo desse novo horizonte, que estava se descortinando aos olhos dos colonizadores, uma nova e confusa realidade se apresentava. A família constituída nos moldes europeus teve que se adaptar a uma nova realidade no Brasil, conforme se vê:

Casamento, [...] praticamente não havia. Pelo menos na forma como se entendia na Europa. Homens e mulheres viviam em concubinato, amasiados, ou sob diversas outras variantes da vida em comum. Ainda no século XVIII, o índice de concubinatos era altíssimo: alcançava 80% dos casais na Bahia, mais de 70% no Rio de Janeiro e em torno de 50% em São Paulo. Apenas entre as classes mais abastadas havia casamento convencional [...]. (ALVES, 1994).

Nesse compasso, pode-se dizer que a mulher brasileira foi se descobrindo e se reinventando ao longo desses últimos cinco séculos em uma crescente e progressiva luta, pelo reconhecimento de seus direitos e espaço na sociedade.

Um resgate histórico dá conta que a dicotomia que estigmatizava a mulher nos primeiros séculos da época do Brasil-Colônia, ainda pode ser vista em algumas regiões do País, pois, nesse período, assim era definida a mulher:

Ou era a ‘santa mãezinha’ ou a ‘prostituta’, como classifica Mary, para quem essa duplicidade ainda existe. ‘O arquétipo dessas duas mulheres ainda é muito forte, na sociedade moderna’. De qualquer forma, já não é tão difícil

fugir à pecha de mulher da rua, pois no passado nem ser casada resolvia: era preciso parecer casada, ou seja, vestir-se, falar e portar-se como tal. Nada de decotes ou panos diáfanos sobre os seios. Nada de mostrar os dedos do pé, muito eróticos. Nada de perfume ou maquilagem. Era vaidade condenável tanto sorrir demais e mostrar dentes bonitos, como sorrir de menos para não mostrar dentes ruins. Ficar à janela era coisa de ‘mulher melancólica’.  
(ALVES, 1994, grifos da autora).<sup>3</sup>

Os relatos acima dão conta das amarras, que até hoje as mulheres lutam para se libertar, uma vez que se trata de uma cultura arraigada por séculos, muito embora se possam ver as iniciativas que demonstram que certos paradigmas estão sendo quebrado. Rodrigues conta que:

No sistema das Ordenações (Liv, V, Tít. 36, § 1º, e 95, § 4º), não praticava ato censurável aquele que castigasse criado, ou discípulo, ou sua mulher, ou seu filho, ou seu escrevo. [...] a possibilidade de castigar a mulher, foi revogada pelo Código Criminal. Mas [...]em virtude do poder marital, compete ao marido o ‘direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas ações pela vontade dele em tudo que for honesto e justo’. (RODRIGUES, 2004, V.6, p. 120, grifo do autor).

Com a cultura acima, a mulher:

[...]entrincheirou-se no próprio lar — ao qual[...] estava de certa maneira presa. Aí, foi adquirindo conhecimentos muito específicos: sobre doenças, ervas curativas, o parto, o aborto e, enfim, sobre o seu próprio corpo. Não admira que isso lhe tenha valido, muitas vezes, a qualificação de ‘feiticeira’ ou ‘bruxa’, pois esses conhecimentos contrapunham-se aos dos médicos, em particular, e aos dos homens, em geral. (ALVES, 1994, grifos da autora).

---

<sup>3</sup> A historiadora acima citada se trata de Mary Del Priore<sup>3</sup>, professora e pesquisadora da USP, dá aulas regulares como convidada na Universidade de Sorbonne, em Paris, e seu trabalho, hoje, tornou-se referência importante para o movimento feminino no Brasil e é uma profunda pesquisadora da história da mulher no Brasil-Colônia. Cf. ALVES, Januária Cristina. O lado feminino do Brasil colonial: a vida das mulheres no século XVI. **Super interessante**, Publicado em 31 mar 1994. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/o-lado-feminino-do-brasil-colonial-a-vida-das-mulheres-no-seculo-xvi/>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Pelo relato acima perceber-se que a mulher nunca se conformou com a condição que a sociedade forçou a lhe impingir. Dentro do próprio lar, buscou seu espaço e reconhecimento e o domínio de certos saberes empíricos fez com que certos atrativos ganhassem notoriedade, pode-se citar como exemplo a atuação das parteiras, amplamente afamadas em todas as regiões do País e até mesmo hoje a única assistência em localidades esquecidas pelos rincões do Estado. Nesse contexto, relata Priori:

[...]levantar dados para provar, entre outras coisas, que a divisão dos papéis femininos começou naquele período. 'Até o final do século XVII, a mulher exerceu todos os papéis simultaneamente. Hoje ela se sente dividida, cheia de culpas e medos de ser a mãe, a esposa, a profissional, a amante'. Entender por que se encontram nessa situação, ajudaria as mulheres a assumirem novas posturas, voltando a ser inteiras, acredita a historiadora.(ALVES, 1994, grifos da autora).

Socialmente, procura-se demonstrar a situação da mulher nos primeiros séculos do descobrimento, o que, segundo Priore, justifica, em parte, a atual condição da mulher no Brasil.

A legislação brasileira durante o período colonial deve ser analisada, uma vez que Portugal que detinha o poder de emanar as leis durante este período e, além da legislação, impunha, também, suas crenças e costumes ao novo continente. Assim:

A construção da sociedade brasileira como (...) teve como característica fundamental a organização da vida social a partir de pressupostos jurídicos vigentes nas metrópoles. Uma constatação dessa afirmação pode ser percebida observando-se a história do Direito Penal Brasileiro, o qual desde a chegada dos portugueses em 1500 até a Independência em 1822 - na ausência de um referencial próprio - era o mesmo que vigorava em Portugal, baseado num primeiro momento nas Ordenações Manuelinas e posteriormente no Livro V das Ordenações Filipinas. (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 65).

Posicionamento corroborado por Gonçalves, ao tratar da legislação em vigor durante o Brasil-Colônia, que afirma o seguinte:

[...] vigoraram as Ordenações Filipinas. Com a Independência, ocorrida em 1822, a legislação portuguesa continuou sendo aplicada entre nós, mas com a ressalva de que vigoraria até que se elaborasse o Código Civil. (GONÇALVES, 2003, p. 7).

Assim, para que se compreender a legislação vigente no Brasil nos primeiros séculos da colonização, tem-se que retroceder ao que sucedia em Portugal, mesmo antes do descobrimento do Brasil. Desse modo:

Se realizarmos uma rápida reconstituição do histórico da convergência entre o legal e o tradicional na cultura social e jurídica de Brasil e Portugal, veremos que a gênese dessa relação tem início mesmo antes da chegada dos portugueses ao Brasil, ocasião em que vigorava em Portugal um conjunto de leis denominado Ordenações Afonsinas; leis essas mandadas compor por D. João I, e que foram construídas sob a forte influência do direito romano e do direito canônico, sendo sua conclusão datada de 1446. (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 65).

No entanto, sucediam-se os reis, a legislação também era revista. Desta forma:

Com a chegada ao trono de D. Manoel, o venturoso, este monarca, pretendendo dotar Portugal de uma legislação mais eficiente, incumbiu juristas conceituados de apresentarem uma versão mais aprimorada das Ordenações Afonsinas, o que ocorreu somente em 1512. Esse Código sofreu outra grande revisão, a qual após concluída ensejou sua publicação em 1521 com a denominação de Ordenações Manuelinas. (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 65).

Os autores acima demonstram o deslinde da legislação portuguesa ao dizer que:

O código que sucedeu as Ordenações Manuelinas foi fruto do desejo de Felipe II, rei da Espanha, que reinava também em Portugal com o nome de Felipe I, de reestruturar o código manuelino e outras leis antigas, dando-lhes uma versão mais aprimorada. Nessa ocasião novamente foram convocados juristas conceituados para proceder outra revisão constitucional cujo resultado final foi o código publicado em 1603 sob a denominação de Ordenações Filipinas. (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 65).

Alguns aspectos destes Códigos, sendo que, como ressaltado, muitas concepções dos anteriores eram preservadas e que nesse esboço é digno de nota, conforme segue:

[...] relacionado à vida doméstica, que está presente nas Ordenações Filipinas e que migrou dos códigos anteriores e ainda produz conseqüências foi a relação de propriedade e total submissão da mulher ao homem. O texto legal assinala de forma absolutamente clara a maneira com que constringe a todos, homens e mulheres, a um comportamento que reproduz e reafirma a condição de desigualdade de gênero. (SOUZA; BRITO; BARP, 2009, p. 65).

A dificuldade de se organizar uma legislação própria foi imensa, devido às amarras que dificultava a autonomia com a Colônia, no entanto, sobre a tentativa de impulsionar um novel legislativo, tem-se o seguinte:

A Constituição de 1824 referiu-se à organização de um Código Civil, sendo que em 1865 essa tarefa foi confiada a Teixeira de Freitas, que já havia apresentado, em 1858, um trabalho de consolidação das leis civis. O projeto então elaborado denominado 'Esboço', continha cinco mil artigos e acabou não sendo acolhido, após sofrer críticas da comissão revisora. (GONÇALVES, 2003, p. 7).

Após a empreitada acima, que não vingou, muitas outras tentativas foram feitas, no entanto, foi Clóvis Beviláqua que deu cabo a esta tarefa. É o que será visto no próximo item.

### **3. CÓDIGO CIVIL DE 1916**

Apenas com a Proclamação da República e a indicação do jurista Clóvis Beviláqua "foi o projeto do Código Civil por ele elaborado, depois de revisto, e encaminhado ao Presidente da República, que o remeteu a Congresso Nacional, em 1900 [...]. Aprovado em janeiro de 1916, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917."(GONÇALVES, 2003, p. 7).De acordo com Dias, corroborando o entendimento acima, relata:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. (DIAS, 2018).

O Código Civil de 1916 foi um avanço na legislação brasileira, uma vez que a legislação civil era considerada, na época, a mais importante, ao ponto até mesmo da Lei de Introdução ao Código Civil, hoje denominada, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) acompanhar referido diploma.

O referido Código foi “[...] elogiado pela clareza e precisão dos conceitos, bem como por sua brevidade e técnica jurídica [...]” (GONÇALVES, 2003, p. 8). Muito embora os atrativos acima, dignos de reconhecimento, não lhe faltaram críticas, já que:

[...]o referido Código refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, em grande parte ultrapassadas, baseadas no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito de propriedade e da liberdade de contratar. (GONÇALVES, 2003, p. 8).

As concepções consagradas no século XIX ainda, fortemente, presente no novel legislativo, fizeram o novo diploma estagnar, e em alguns pontos até mesmo retroceder no que tange às conquistas já angariadas pelas mulheres. Nesse contexto:

[...] só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. (DIAS, 2018).

Muito embora a boa intenção do legislador, por ser a assistência, em um primeiro momento, um instituto protetivo, não deixa de ser encarado, também, como desmerecedor da capacidade do gênero feminino. Nesse contexto, a pressão popular encontrou ressonância no legislativo da época. Para melhor compreensão, transcreve-se:

Muitas leis trouxeram modificações ao Código Civil de 1916, sendo o ramo do direito de família o mais afetado. Basta lembrar a Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a Lei n. 6.515/77 (Lei do divórcio) e as leis que reconheceram direitos aos companheiros e conviventes (Leis n. 8.971/94 e 9.278/96). A própria Constituição Federal de 1988 trouxe importantes inovações ao direito de família, especialmente no tocante a filiação [...].(GONÇALVES,2003, p. 8).

Algumas legislações serão analisadas, brevemente, nos itens que seguem, uma vez que, auxiliarão a compreender o atual panorama da normatividade brasileira. Relevantes conquistas angariadas na primeira metade do século passado não foram mencionadas na nota acima, mas é digna de relato, trata-se do direito ao voto, ainda que restrito. É o que será objeto de análise no tópico que se segue.

#### **4. DIREITO AO VOTO - CÓDIGO ELEITORAL PROVISÓRIO: Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 e legislações posteriores**

A representatividade das mulheres nos cargos eletivos era uma aspiração buscada há tempos. No entanto, nem sequer votar, durante a República Velha, elas podiam. Assim, ficava atravancada a promoção de políticas públicas que promovessem a igualdade.

Nesse contexto, após incessante luta “O direito das mulheres em escolher seus representantes foi garantido em 1932, através do decreto 21.076 do Código Eleitoral Provisório, após intensa campanha nacional.” (BRASIL, 2014).No entanto, esta participação feminina na escolha dos representantes era condicionada, em um primeiro momento, a algumas exigências:

[...] por permitir somente às mulheres casadas (com autorização dos maridos) e às viúvas e solteiras que tivessem renda própria, o exercício de um direito básico para o pleno exercício da cidadania. Em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas do Código Eleitoral, embora a obrigatoriedade do voto fosse um dever masculino. Em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres.(BRASIL,2014).

O cenário que estava se descortinando à frente, no que tange aos direitos reconhecidos às mulheres, era promissor. Assim, de acordo com a mesma fonte acima citada, em 2014 celebrava com alegria os 82 anos do direito ao voto às mulheres, reconhecendo, também, o progresso na sua representatividade aos cargos eletivos aos dizer que:

Com a consolidação da participação feminina nas eleições, a mulher passou a conquistar cada vez mais o seu espaço no cenário político brasileiro. Hoje, há mulheres em todos os cargos eletivos. Além da Presidência da República, exercem mandato duas governadoras, 11 senadoras, 45 deputadas federais e 134 deputadas estaduais. (BRASIL, 2014).

Os dados de 2014 mostram uma participação tacanha, no entanto, esperançosa, pois se comparada com outrora podemos ver significativo avanço. Nessa linha de raciocínio, pesquisas recentes, de acordo com dados do TSE<sup>4</sup> dão mostra do avanço no período compreendido de 2000 a 2016. Assim, no cargo de vereadora passou de 12,06% para 13,51%, no de Deputada Estadual/Distrital de 10,1% a 11,33%, de Deputada Federal de 5,56 para 9,94 e de Senadoras de 7,41 para 14,81. (BUENO, 2017). Outras conquistas foram se avolumando no que diz respeito à promoção da participação das mulheres nos pleitos eleitorais. Assim:

A Lei nº 9.100/1995, que regeu as eleições de 2006, trouxe uma grande conquista feminina ao determinar que pelo menos 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidatas mulheres. A Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) determinou que no pleito geral de 1998 o percentual mínimo de cada sexo fosse de 25%. Já para as eleições posteriores, a lei fixou em 30%, no mínimo, a candidatura de cada sexo.

Em 2009, a reforma eleitoral introduzida pela Lei nº 12.034 instituiu novas disposições na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) de forma a privilegiar a promoção e difusão da participação feminina na política. (BRASIL, 2014).

---

<sup>4</sup> Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

Estas iniciativas legislativas visam a uma igualdade também material, com representatividade significativa das mulheres nos cargos eletivos, pois ninguém melhor que os próprios interessados para lutarem e promover as políticas necessárias ao seu bem-estar.

Outra legislação que consagrou direitos às mulheres foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei 6.121/62), sendo uma verdadeira atualização do Código Civil de 1916 no que diz respeito aos direitos das mulheres. Serão analisados no próximo item o contexto em que o mesmo se insere e o que trouxe de novo na legislação pátria no que diz respeito à questão de gênero.

## **5. ESTATUTO DA MULHER CASADA**

Resgatando o enunciado em linha pretérita, Dias, após um apanhado da inferioridade jurídica que o Código de 1916 consagrara à mulher, adverte:

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 6.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família. (DIAS, 2018).

Nesse contexto, paulatinamente, a mulher foi vendo reconhecidos os direitos a que fazia jus. O Estatuto da Mulher Casada foi um marco importante na assunção desse novo paradigma, pois a libertava da autorização do marido para trabalho fora do lar, somado ao fato de que a mesma podia constituir seu patrimônio particular, o que lhe dava independência econômica e lhe proporcionava certa autonomia para decidir quanto ao relacionamento.

Rodrigues, rememorando a primeira edição de seu Direito Civil, - Direito de Família, nos conta que sua primeira edição se deu logo após a entrada em vigor da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada). Nessa época já se pôde pressentir que a legislação sinalizava por uma tendência de igualdade entre os componentes do núcleo familiar. Desse modo:

[...]demonstrando uma gradual emancipação da mulher, dentro do lar. Sua posição, de integral submissão no passado, tendia de há muito a se tornar de absoluta igualdade, pela substituição das regras que de qualquer modo a colocavam em situação inferior. (RODRIGUES, 2004, p. 118).

Conquista comemorada e recebida como entusiasmo, pois, paulatinamente, a mulher vinha avançando no reconhecimento de seus direitos. Assim, modificando uma série de artigos do Código Civil de 1916, em especial o artigo 248, que passou a dispor:

Art. 248. A mulher casada pode livremente:

I - Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);

II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou suprimento do juiz (art. 235, número 1);

III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285;

IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;

V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis;

VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra este lhe competirem;

VII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei.

O acima é apenas uma parte das conquistas que referido Estatuto trouxe às mulheres, o que na época, significou um grande avanço, tendo em vista o quadro de opressão em que viviam.

## 6. LEI DO DIVÓRCIO

Dias, nos conta que o caminho estava trilhado, as conquistas vinham se sucedendo a cada dia, o legislador sinalizava no sentido de promover, a cada momento, uma participação mais equitativa na vida social às mulheres. Nesse contexto:

O passo seguinte, e muito significativo, foi a Lei do Divórcio, aprovada em 1977. Para isso foi necessária a alteração da própria Constituição Federal, afastando o quorum de dois terços dos votos para emendar a Constituição. Passou a ser exigida somente maioria simples e não mais maioria qualificada. Só assim foi possível aprovar a Emenda Constitucional nº 9 que introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial. (DIAS, 2018).

O Código Civil de 1916 era enfático e o divórcio não compunha o rol das hipóteses em que se permitia o rompimento do vínculo matrimonial assim, [...] a redação de 1916 proclamava que o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges [...] (RODRIGUES, 2004, V.6, p. 202).

Por ocasião dos debates sobre a Lei do Divórcio, Rodrigues rememora que este era “[...] permitido, na época, em quase todos os países do mundo, mas não admitido entre nós” (RODRIGUES, 2004, V.6, p. 203).

O Divórcio nada mais fez do que dar juridicidade a uma situação que o tempo havia cristalizado, uma vez que, sem este instituto, o número de concubinatos no Brasil estava em ascendente escalada, sem falar daqueles que, para fugir da proibição legal, contraía casamento em outros países.

Uma mudança importante e digna de nota é o regime de bens, que na ausência de manifestação das partes passou a ser o de comunhão parcial ao invés da comunhão universal. É o que reza o artigo 50, item 7 da lei 6.515/77, que modificou o artigo 258 do

Código Civil de 1916, que passou a contar com a redação seguinte, senão vejamos: “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.”

O acima demonstra como a preocupação com as questões materiais interferem no direito de família, assim, o legislador quis evitar o famoso “golpe do baú”, uma vez que, havendo o divórcio, com o regime de bens anterior o patrimônio, necessariamente, deveria ser dividido.

A Lei do Divórcio constituiu em importante instrumento para a libertação das mulheres. Não é a Lei que desconstituiu a família e, acreditamos que ao contraírem o casamento de livre e espontânea vontade, ambos nubentes acreditaram que seria para toda a vida, no entanto, as contingências da vida em comum, muitas vezes, atrapalham os sonhos de namoro, assim, muitas vezes, a separação é a única opção viável. A Lei do Divórcio possibilitou a juridicidade desses fatos e, quiçá, a possibilidade de um novo relacionamento.

Apenas para finalizar a questão do divórcio, necessário se torna a menção sobre a modificação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 pela EC. 66/2010, que se trata de uma PEC sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que após aprovação em segundo turno na Câmara dos Deputados e Senado Federal, passou a vigorar em 13 de julho de 2010. Referida emenda promulga o divórcio direito no Brasil, sem exigência do lapso temporal ou prévia separação judicial.

## **7. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL**

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma juridicidade formal visando a promoção de uma igualdade também material. Relatos anteriores dão conta que o reconhecimento dos direitos das mulheres estão avançando em todos os sentidos, no entanto,

costumes e tradições antigas ainda persistem. Desta forma, reza o art. 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvida, um grande avanço na legislação brasileira, pois toda a legislação teve que se adequar, sendo muitas normas por ela não recepcionadas.

No direito de família algumas leis ganharam *status* constitucional, o que reforça sua autoridade, vindo também a inculcar novos valores visando elaboração de novas leis que pudessem dar operabilidade aos princípios nela encerrados.

Com a nova Constituição Federal e o Direito Civil carecer de reformas, tendo em vista a evolução da sociedade, em boa hora a legislação civil foi revista. Muito de seus dispositivos já haviam sofrido modificação por leis esparsas diante das modificações sociais ocorridas nesse último século.

Dias, ao comentar o novel jurídico assevera: “Talvez um dos grandes méritos do atual Código Civil, tenha sido afastar toda uma terminologia discriminatória, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação.” (DIAS, 2018). Importante destacar, assim, que os especialistas dão conta que o direito de família é o que sofreu mais acentuada mutação. Rodrigues, nesse ponto aduz:

[...] verifica-se estar ultrapassado o texto de 1916, mas não o sistema normativo que se lhe seguiu. E assim o texto superado já vinha merecendo nova leitura e interpretação pelas modificações introduzidas pela Constituição Federal e pela legislação esparsa posterior, de tal sorte que [...], o Direito de Família já se apresentava como um regramento contemporâneo, próximo às expectativas da sociedade. [...] o Código Civil de 2002 apresenta-se na parte destinada ao direito de família como aglutinador das

significativas inovações legislativas e conceituais a respeito desse ramo do direito que, a partir da Constituição federal, como visto, tem-se mostrado extremamente dinâmico. (RODRIGUES, 2004, V.6, p. 15).

No entanto, de acordo com Dias, algumas manifestações discriminatórias ainda persistem no atual Código Civil, senão vejamos:

Persiste o tratamento discriminatório no inc. I do art. 1.736, ao admitir que as mulheres casadas possam escusar-se da tutela. O dispositivo é inconstitucional por tratar desigualmente o homem e a mulher, já que não é assegurado ao marido igual possibilidade. Às claras que tal prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido. Ou seja, a mulher não tem a liberdade de aceitar a tutela, tanto que o simples fato de ser casada a autoriza a declinar do encargo. (DIAS, 2018).

Malgrado algumas omissões e más interpretações, o Código Civil atual representou um significativo avanço e, se não foi mais igualitário com relação às mulheres, deve-se a uma constatação esboçada em linhas pretéritas, qual seja: a falta de representatividade das mulheres nos cargos eletivos, pois, se estas se fizessem presentes durante os debates que resultaram na Lei n. 10.406/2002, e que, por conseguinte, instituiu o Código Civil vigente, com certeza, algumas falhas, nesse sentido, teriam sido evitadas.

## **8. LEI MARIA DA PENHA**

A violência doméstica em desfavor da mulher é um fenômeno repleto de nuances que têm gerado inúmeras discussões teórico-filosóficas e questões éticas e políticas, especialmente no Brasil, onde surgiu uma lei especial ao caso.

Conforme Maders (2014), a Lei 11.340/2006 passou a ser conhecida, popularmente, como Lei Maria da Penha, devido à história de vida da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes. Ela sofria inúmeras formas de violência pelo então marido e, após longos

anos de martírio, numa cadeira de rodas, em consequência das agressões, já sem expectativas, recorreu a uma corte internacional para buscar justiça.

A referida Autora segue, afirmando que, a história da Sra. Fernandes repercutiu no meio jurídico nacional e internacional, pois ela pleiteou providências acerca de seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que integra a Organização dos Estados Americanos – OEA, em razão da demora do Brasil em condenar e punir o esposo, seu agressor.

A partir dessa denúncia, o País foi condenado, internacionalmente, e restou obrigado a adotar medidas mais concretas no combate à violência doméstica. Ela – Maria da Penha – , por sua vez, passou a ser a maior referência no que tange às questões ligadas ao movimento feminista, especialmente, àqueles movimentos sociais a favor da elaboração de uma legislação penal específica, mais rigorosa, para o combate às agressões físicas, verbais e morais em face da mulher.

Maders (2014) afirma ainda que essa lei foi publicada em 08 de agosto de 2006, mas logo em setembro daquele ano já estava vigente. Passados mais de dez anos de sua existência, a referida legislação é objeto de críticas, no que tange a sua aplicabilidade e eficácia.

Entretanto, o lado positivo é que o conceito de violência doméstica e familiar se repaginou, expandindo-se daquela primeira concepção clássica, onde havia uma limitação ao sentido da agressão física.

Agora, já há um esclarecimento, a partir da própria legislação específica, ao abranger, também, a concepção de violência psicológica, patrimonial, sexual e moral contra as mulheres, conforme entendimento de Maders (2014).

Assim, todo o ato praticado contra as mulheres, que esteja nos limites da unidade doméstica, ou que tenha, além disso, um cunho familiar ou trate de qualquer relação íntima de afeto, é caracterizado como violência doméstica e, por conseguinte, será

amparado pela Lei Maria da Penha (artigo 5º da Lei 11.340/06). Todavia, para ser aplicada a legislação, este ato de violência, seja pela ação ou pela omissão, deve ser baseado na questão de gênero.

Mas, já há diversas decisões nos tribunais reconhecendo a aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações homoafetivas, independente se estas são formadas por dois homens ou duas mulheres. Diante dos vários direitos reconhecidos às uniões homossexuais e, ainda, considerando os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, em se tratando de violência doméstica, a referida lei especial será aplicada. Nesse sentido, informa o Conselho Nacional de Justiça (2016):

A Lei Maria da Penha não pode ser aplicada para casos de violência contra homens, já que o âmbito de proteção da lei é a mulher. No entanto, a norma não distingue a opção sexual, podendo, portanto, ser empregada normalmente em caso de uma mulher agredida por sua companheira. A lei já vem sendo aplicada no caso de violência contra transexuais que se identificam como mulheres em sua identidade de gênero.

Para Maders (2014), a Lei Maria da Penha não é meramente uma lei penal, uma vez que o texto apresenta dispositivos de natureza administrativa e processual, além de princípios gerais.

Ainda que dentro de uma natureza penalista, na esfera criminal, será o Princípio da Igualdade o principal suporte da legislação especial. É com base neste princípio que a polivalência da Lei Maria da Penha se expande, ainda mais, e é efetivada, administrativamente e judicialmente. Assim, Dias (2010):

[...] Leis voltadas a parcelas da população, merecedoras de especial proteção, procuram igualar quem é desigual, o que nem de longe infringe o princípio isonômico. A Lei Maria da Penha criou um microsistema que se identifica pelo gênero da vítima. Aliás, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe sejam tratados desigualmente os desiguais. [...] Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, *medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório*. (DIAS, 2010, p. 75, grifos da autora).

Ainda que a Lei Maria da Penha seja um expediente apropriado e necessário a cuidar de crimes contra a mulher no âmbito familiar, ou mesmo aqueles que envolvam a questão de ideologia de gênero, conforme se verificou na informação do CNJ, é indiscutível que os casos de agressão contra a mulher, seja de natureza verbal, psicológica ou física, ainda são assustadores.

Nesse sentido, para que os índices significantes sejam amenizados, é necessária a conscientização e a mudança do pensamento cultural, por meio de políticas públicas eficientes, que poderá dar um novo rumo a tal realidade.

Uma das alternativas será a efetiva aplicabilidade da referente Lei no que tange à infraestrutura das delegacias especializadas já existentes e a implantação de novas unidades com estrutura física adequada, além de profissionais capacitados, contando com a ajuda de uma equipe multidisciplinar, que esteja preparada aos casos apresentados, bem como centros de prevenção, capazes de ofertar acompanhamento às mulheres e homens envolvidos nesse tipo de conflito.

## **9. O QUE PRECISA MUDAR**

A mulher não sofre apenas violência doméstica. Qualquer ato que afronte seus direitos é atentado contra sua integridade, contra sua existência, contra sua condição de ser mulher.

Assim, quando a mulher exerce a mesma tarefa laborativa que um homem e tem sua remuneração menor que a do sexo oposto, ela será vítima de discriminação e violência, pois nem o seu trabalho lhe dignificará.

Quando a mulher ingressa no cenário político e não tem o apoio dos próprios colegas de partido para que estes assegurem os direitos da mulher ou se unam pela criação de dispositivos legais que concretizem ou assegurem os direitos da mulher, é esta quem sofre a violência, ainda que de forma velada.

Quando a mulher é vítima de piadas vexatórias, pelo sua condição de gênero, será a mulher objeto de violência, de submissão, de desigualdade, principalmente quando se cala diante de ato tão estúpido.

Quando a mulher é vítima de abuso, ou de estupro, sendo o próprio companheiro o autor dos fatos, e sendo esta atitude vista com desdém pelo Poder Público e pela sociedade em si, por se duvidar da existência do crime, estará a mulher prejudicada, de forma traumática e, irreversivelmente, na sua integridade física, psíquica e moral.

Quando as leis especiais ou os dispositivos legais são desrespeitados, ainda que pela má interpretação do sentido de “igualdade” e “desigualdade”, será sempre a mulher a principal vítima de uma relação abusiva.

Esses apontamentos acima só indicam que há necessidade de uma reeducação social acerca do papel da mulher na sociedade. A questão da desigualdade entre gêneros, neste País, está, de fato, intimamente ligada à cultura. O Brasil viveu, por longos anos, dentro de um padrão social patriarcal, onde a mulher era apenas objeto de casamento e procriação, sem expectativas para uma participação efetiva enquanto cidadã, conforme se constatou nas linhas anteriores.

Essa herança de pensamento exclusivamente machista foi dissipada, entretanto, os resquícios culturais dessa desigualdade e prepotência masculina estão presentes. E o único meio de uma transformação, significativa, é, mormente, comportamental. Vieira (2005, p. 235), assim corrobora:

Percebemos também que o sexo masculino é o responsável direto pela formação discursiva da identidade da mulher. Qualquer mudança deverá começar pela quebra dos padrões discursivos e pela desnaturalização das crenças e dos comportamentos verbais presentes no discurso masculino sobre a mulher. O primeiro passo para resistir aos comportamentos masculinos de subjugação do gênero feminino deve ser o apagamento das agressões verbais que permeiam as frases quotidianas, tendo em vista que tais práticas discursivas contribuem para enfraquecer os valores identitários

femininos. Esses discursos endereçados à figura da mulher com o intuito de depreciá-la devem ser denunciados, para que ela, com o passar dos dias e dos anos, não sofra perdas irreparáveis em sua auto-estima e não seja seriamente comprometida a construção de sua identidade.

É sabido por todos, é notória, a transformação do padrão familiar, no aspecto social. Pai e/ou mãe, ou só o pai, ou só a mãe, ou duas mães, ou dois pais, ou somente o avô, ou somente as tias, não importa como a família é composta, seu núcleo mudou e continua a mudar.

A mulher vem sendo melhor preparada para o mercado de trabalho, vem se escolarizando mais que o homem, vivendo mais, se tornando mais empreendedora que o homem. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) confirma estas informações, que, a seguir, destacam-se algumas:

De acordo com dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) 2015 o número de mulheres no Brasil é superior ao de homens. 48,52% da população brasileira é composta por homens e 51,48% por mulheres. A Grande Região com maior proporção de homens é a Norte, onde 50,39% são homens e 49,61% são mulheres. Já a Grande Região com maior proporção de mulheres é a Sudeste, 51,97% da população são mulheres e 48,03% são homens.

Quando falamos em educação, vemos que, entre as pessoas com 10 anos de idade, ou mais, temos 90,6% dos homens alfabetizados e 91,3% das mulheres alfabetizadas. Entre os brasileiros de 18 a 24 anos de idade, 15% dos que frequentam os Ensino Superior são mulheres e 11% são homens, de acordo com o Censo 2010.(Fonte: IBGE, 2015, s.n).

Portanto, é salutar enfatizar que cabe, especialmente, à família, a importante missão de construir a identidade feminina que se espelha dos países mais desenvolvidos, onde as cores rosa e azul são apenas cores, não importando mais a cultura de que uma é cor feminina e a outra uma cor masculina.

A mulher que se idealiza no que tange à igualdade é construída a cada dia, ela é feita a partir da mudança do pensamento no núcleo familiar, onde, enquanto mãe, prepara seus filhos para o sentido de equidade. Mas, acima disso, enquanto

cidadã, ativa e consciente acerca da importância de se colocar em prática seus direitos, transforma o ambiente em que está inserida, de modo a fazer prevalecer o respeito, sagrado, ao ser humano.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desigualdade ainda prevalece. As mulheres, neste País, assim como outros países em desenvolvimento, especialmente no ocidente, fazem parte de uma história de luta para ostentarem situação de equidade com os homens.

Foi a Constituição Federal, de 1988, que, sem dúvida, proclamou a igualdade de direitos e deveres entre ambos os sexos. Como se viu, os movimentos feministas, os “gritos de ordem” de grandes líderes políticos e de organizações sociais pró mulher, que ecoaram, vêm concretizando o denominado “empoderamento feminino”.

A mulher, neste País, ganhou seu espaço. Entretanto, ainda há questões enraizadas culturalmente, que precisam ser transformadas, pois há necessidade de conscientização da população acerca dos direitos da mulher, de modo a colocá-la, de vez, na condição de igualdade absoluta em relação aos homens.

Em que pesem as leis retro mencionadas, no sentido de afirmara igualdade entre homens e mulheres, as formas mais vis de preconceitos, de toda a ordem, marcam comportamentos ultrapassados.

Está em todos os meios de comunicação, nos números dos órgãos oficiais, na “cara da sociedade”, que, diversas vezes as normas garantidoras, as quais foram analisadas anteriormente, perfazem-se ineficazes, impactando-se com a existência de preceitos legais que apenas imprimem uma injustiça contra a mulher.

Algumas mulheres, boa parte delas, infelizmente, não despertaram para o sentido de igualdade, não conhecem seus direitos e, ainda, ficam atreladas ao conforto ou à dependência

econômica do cônjuge ou companheiro, preferindo às agressões, ainda que somente verbais.

Há necessidade de políticas públicas eficazes, especialmente no sentido preventivo. Na verdade, será a conscientização da sociedade que ditará, definitivamente, o sentido de igualdade entre os sexos.

Não é o conflito imaturo, equivocado e estúpido que será a base da luta pela igualdade entre homens e mulheres. A base da luta pela igualdade entre os sexos é a transformação cultural da sociedade brasileira, é a perseguição pelo respeito mútuo, a evolução no pensamento de todos, do pensamento da sociedade, na aspiração à vida digna, plena, para todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Januária Cristina. O lado feminino do Brasil colonial: a vida das mulheres no século XVI. **Super interessante**, Publicado em 31 mar 1994. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/o-lado-feminino-do-brasil-colonial-a-vida-das-mulheres-no-seculo-xvi/>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional eleitoral do Espírito Santo**. 2014. Disponível em: <<http://www.tre-es.jus.br>> Acesso em: 26 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Série Inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil**. Disponível em <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>, Acesso em: 28 jan. 2018

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

BÍBLIA, A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. São Paulo, SP: Sociedade Bíblia do Brasil, 1999

BUENO, Juliana Moura. **Ainda precisamos falar sobre as mulheres na política.** Disponível em: <<https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacao/quantidade-de-homens-e-mulheres.html>> Acesso em: 08 mar.2017.

CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço: para quem a Lei Maria da Penha pode ser evocada?** 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83078-cnj-servico-para-quem-a-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade Antiga.** São Paulo, SP: Hemus, 1975.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **A mulher no código civil.** Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil.** 11 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

IBGE. **Porcentagem de homens e mulheres** (2015). Disponível em: <https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacao/quantidade-de-homens-e-mulheres.html> - Acesso em 23 de Fev. 2018.

MADERS, Angelita Maria; ANGELIN, Rosângela. Direitos humanos e violência doméstica contra as mulheres: oito anos de encontros e desencontros no Brasil. *Faces de Eva. Estudos sobre a Mulher*, Lisboa, n. 32, p. 41-58, 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0874-6885201400200005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-6885201400200005&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

OGGI, Toscana. **Aleteia.** Disponível em: <<https://pt.aleteia.org>>. 2017. Acesso em: 26 jan. 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** São Paulo, SP: Saraiva, 2004. v. 6.

SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. Trad. Alderi S. Matos; Gordon Chown; Merval Rosa. São Paulo, 1999.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; BRITO, Daniel Chaves de; BARP, Wilson José. **Violência doméstica**: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. 2009. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. **Delta**, São Paulo, v. 21, n. spe, p. 207-238, 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-44502005000300012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

# EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS NO ENSINO JURÍDICO SUL-MATO-GROSSENSE: possibilidade ou utopia contra a violência no estado?

Tânia Eliete Alves Garcia<sup>1</sup>  
Angela Aparecida da Cruz Duran<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Depois do genocídio e de toda a violência praticada durante a II Grande Guerra, a comunidade internacional se organizou para promover e efetivar mecanismos de proteção aos direitos do homem, fato este que culminou na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (DUDH/1948) e na conseqüente positivação de muitos outros Direitos fundamentais em grande parte das constituições no mundo todo.

Todavia, apesar de todos os esforços, a violência e a violação de direitos não cessou. Em todos os lugares, verifica-se uma crescente onda de desrespeito a direitos conquistados com muita luta, o que inclui o Brasil e, dentro do contexto nacional, o estado de Mato Grosso do Sul.

O *Institute for Economics and Peace*<sup>3</sup> divulgou o “Relatório Índice Global da Paz: medição de paz, suas causas e seu valor

---

<sup>1</sup> **Tânia Eliete Alves Garcia**, é bacharel em Ciências Jurídicas e Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, professora da Rede Estadual de Mato Grosso do Sul.

<sup>2</sup> **Angela Aparecida da Cruz Duran** é bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelas Faculdades Integradas de Guarulhos (FIG), Mestre em Educação pela Faculdade de Ciências e Letras (Unesp/Araraquara-SP), Doutora em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), professora adjunta dos cursos de Direito e Especialização em Direitos Humanos da UEMS- Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba (MS). Líder do Grupo de Estudos Cultura Jurídica e Direitos Humanos certificado pelo CNPq, email institucional: angeladuran@uems.br

econômico” e conforme dados deste relatório, em 2015 o mundo estava menos pacífico do que em 2008, deixando clara sua preocupação em criar uma mudança de paradigmas na forma como o mundo pensa e realiza a paz.

No Brasil não é diferente. De acordo com o “Relatório Mapa da Violência 2014”<sup>4</sup>, ocorreram 154 assassinatos por dia em 2012 - um recorde - o ano fechou com 56 mil homicídios.

Não obstante o esforço para o seu desenvolvimento, Mato Grosso do Sul lidera o *ranking* brasileiro de violência contra determinados segmentos sociais: 1º lugar na dizimação de sua população indígena (RELATÓRIO DO CIMI 2009) e na devastação do bioma Pantanal. Possui a segunda maior população carcerária indígena do país (1,1%) perdendo apenas para Roraima (6,3%) (RELATÓRIO LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, p.51, 2014). Além disto, figura em 5º. lugar na violência contra mulheres (MAPA DA VIOLÊNCIA/ 2012- Caderno Complementar 1/2012, p.7), em 9º na violência contra homossexuais (RELATÓRIO SOBRE A VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL 2012, p.56) e apesar de Mato Grosso do Sul ter a sétima maior população prisional do país (14.104 presos), em termos proporcionais, é o estado que lidera o *ranking* federal, quando os dados são comparados com a população

---

<sup>3</sup> O *Institute for Economics and Peace*: fundada pelo empresário e filantropo TI Steve Killelea, em 2007 o IEP está impactando o pensamento tradicional sobre questões de segurança, defesa, terrorismo e desenvolvimento. É o principal think tank do mundo dedicado ao desenvolvimento de métricas para analisar a paz e quantificar o seu valor econômico. Ele faz isso através do desenvolvimento de índices globais e nacionais, o cálculo do custo econômico da violência, análise do risco de cada país e compreender a paz positiva.

<sup>4</sup> Mapa da Violência: Homicídios e Juventude no Brasil, 2014 é um trabalho, desenvolvido pelo professor Julio Jacobo Waiselfisz, traz importante diagnóstico da violência contra os jovens brasileiros e oferece subsídios ao trabalho de gestores de políticas públicas, parlamentares, governantes, profissionais de segurança pública e instituições de pesquisa nacionais e internacionais na formulação de políticas de combate à violência contra a juventude. (2014, p. 25-29)

dos respectivos estados (taxa de encarceramento), são 568,9 para cada 100 mil habitantes<sup>5</sup>.

Esses problemas paulatinamente vêm se avultando ao longo das décadas em todo o mundo, mormente após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Surgiu daí a necessidade de uma Educação para os Direitos Humanos (EDH) que passou a ser um dos instrumentos mais importantes para inculcar, internalizar e formar uma nova cultura de respeito à dignidade humana. Uma cultura universal dos DH que exercite o respeito, a tolerância, paz, a valorização das diversidades etc, assegurando a todas as pessoas o acesso à participação na sociedade e uma vida de paz.

Nesse sentido, declarações, planos, programas e normas foram editados, tanto no plano nacional quanto internacional.

Assim, o objetivo deste breve trabalho fruto de pesquisa documental, bibliográfica e legislativa é investigar, de modo exploratório, o contexto da Educação em Direitos Humanos no Ensino Jurídico no Estado de Mato Grosso do Sul, considerando que os egressos desses cursos ainda atuam predominantemente na sociedade decidindo os conflitos e destinos da mesma.

Como objetivos específicos se quer investigar: a) se as quinze Instituições de Ensino Superior em Mato Grosso do Sul que disponibilizam o curso de direito incluem em seus Projetos Políticos Pedagógicos a temática dos DH e EDH, conforme as diretrizes apontadas pela Resolução nº 1/2012 e b) E se incluem, como o fazem?

Primeiramente, cumpre ressaltar que a coleta dos dados sobre as Instituições de Ensino Superior (IES) que disponibilizam Curso Jurídico em MS e como estas têm colocado em prática a temática dos DH e da EDH serão feitas nos *sites* oficiais das Instituições, vez que milhões de pessoas acessam todos os dias a *internet* em busca de informações.

Salienta-se que a pesquisa não tem a pretensão de esgotar quaisquer das matérias a que se propôs, mas, em seu bojo, propõe

---

<sup>5</sup> Relatório Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias/2014, p.18- divulgado pelo Ministério da Justiça, juntamente com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

trazer informações que possam fomentar a reflexão sobre a temática EDH.

Nesse intuito, o trabalho foi dividido em três partes. O primeiro apresentará breves apontamentos sobre educação bem como para quem se educa, e, assim, definir EDH e seu atual contexto no cenário nacional e internacional. Na segunda parte, o foco de estudo é o Ensino Superior, seus avanços e desafios e a importância da EDH nesse nível educacional. No terceiro momento se trabalhará toda essa temática no contexto sul-mato-grossense e especificamente dentro do ensino jurídico apresentando-se os resultados das pesquisas encetadas e, ao final, será realizada uma síntese do estudo com algumas reflexões pessoais.

## **1. A Educação e a Educação para os Direitos Humanos: breves apontamentos**

A educação se inicia a partir do nascimento e finda-se com término da vida e ao longo desta sofre influências do ambiente. Sua função é possibilitar o pleno desenvolvimento humano e moldar o comportamento das pessoas para a convivência em sociedade.

Para Jaeger (1989, p. 4) “a educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade”. Embora sua aplicação seja individual, seus reflexos atingem a comunidade, os interesses de grupos e até de futuras gerações.

Graciano (2005, p. 14) afirma que “a educação é um elemento fundamental para a realização da vocação humana”. Para o referido autor, esses processos educativos, quando bem construídos, além de fornecer o conhecimento, dá melhor condição para a sobrevivência e bem-estar social dos cidadãos, pois estes, uma vez donos do saber que lhes foi passado “têm melhores condições de realizar e defender os outros direitos (saúde, habitação, meio ambiente, participação política, etc”.

A educação contribui para que o homem descubra que tem direito a ter direitos, uma vez que esta assegura o cumprimento de

outros direitos. Para Marshall (1967, p.73), “a educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil”, porque se encontra diretamente vinculada com a cidadania como um pressuposto básico para o exercício de outros direitos.

A CF/88, art. 205 prevê que a educação é um direito de todos, sendo responsáveis pela sua efetivação o Estado, a família e a sociedade. Logo, para o Estado é um dever, para a família uma responsabilidade, e para a sociedade cabe a promoção e o incentivo. Nesse sentido, Zarco (2006, p. 13) explica que “a educação é um direito humano, um bem público, e a primeira responsabilidade do Estado é garantir esse direito a todos.

Quanto ao signo educação, trata-se de um vocábulo de ampla repercussão. Educar é muito mais que passar conteúdos sistematizados, é um ato político que deve ser vivenciado como prática de libertação e de construção da história emancipadora, pois “é o único caminho para a construção de uma sociedade em que não existirão mais exploradores e explorados, dominantes doando sua palavra opressora a dominados” (FREIRE, 1982, p. 7).

Mas qual é a missão da educação? Para que ser educado? Para que ela serve? O seu papel é o de adestrar os indivíduos, formando seres acríticos?

Para Delors (2012, p. 97) a missão da educação é de natureza dúplice: por um lado é vista como transmissora de conhecimentos sobre a espécie humana; de outra banda, ela deve “levar as pessoas a tomar consciência das semelhanças e da interdependência entre todos os seres humanos do planeta”, ou melhor, além do processo cognitivo, tem que provocar no indivíduo uma revolução humanística, além disto, contribuindo para a existência de seres mais humanizados e críticos.

Diante dos desafios colocados para a educação nas sociedades contemporâneas, Delors (2012, p. 82), afirma que o principal papel reservado à educação é o de “dotar a humanidade de capacidade de dominar seu próprio desenvolvimento. Ela deve, de fato, fazer com que cada um tome seu destino nas mãos e contribua com o

progresso da sociedade em que vive”, visto que se trata de um processo contínuo.

Para Adorno (2011, p. 11) “a educação não é necessariamente um fator de emancipação”. A educação sozinha não conduz os homens à libertação, mas quando forma seres críticos permanentes, que questionam e que problematizam emancipam sim. Adorno (2011, 139) entende que não se deve questionar sobre “Formação – para quê? ou Educação – para quê? (...), mas sim: para onde a educação deve conduzir?” Isto porque a educação deve produzir uma “consciência verdadeira”, educação e emancipação nas sociedades democráticas são conceitos umbilicalmente comprometidos, já que estão voltadas para a disseminação de uma cultura que preza pelo valor humano. (ADORNNO, 2011, p. 141)

Mazzotta e Souza (2000) analisam a educação como mais um dos elementos de formação do homem, que ela contribui para que a desigualdade de desiguais seja garantida socialmente, possibilitando a participação ativa no convívio social. Mas, para que a sociedade se renove e se perpetue, é muito importante que exista entre seus membros uma homogeneidade dentro de um espaço que se sabe existir uma heterogeneidade de grupos sociais.

Diante dessa nova perspectiva de mudança social-educacional, a Educação para os Direitos Humanos (EDH) surge como um oásis no meio do deserto, pois esta tem o condão de educar para a vida em sociedade, para o respeito, para a igualdade de direitos voltada para a disseminação de uma cultura que prezasse pelo respeito à dignidade humana, que promovesse e vivenciasse valores de liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e paz. A nova proposta de educar para a cidadania exige uma mudança radical, em que não basta só universalizar o acesso de todos à escola, mas também desenvolver uma educação que esteja assentada na ética humana e que promova a justiça social, bem como o respeito às diferenças.

Contudo, para que a EDH alcance sua finalidade ela tem que sair da tradição curricular imposta por anos na grade escolar e passar a ter visão transdisciplinar e transversal do processo educativo. As

primeiras características da EDH são a universalidade e a não-discriminação que estão inter-relacionadas com disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade. Somente com uma educação voltada para a conscientização dos direitos humanos poderá, de fato, sair do estágio de esperar por justiça para reclamar por justiça, sendo este um dos grandes desafios das instituições educacionais atualmente. (GENEVOIS, 2007)

Todavia, para Nussbaum (2009, apud CARBONARI, 2013, p. 68) não se trata simplesmente de educar para a cidadania, ou seja, mudar o enfoque na linguagem e nos conceitos enfocados. Esta tem que ter por base a “ideia de igual respeito para todos os seres humanos e da igualdade de acesso a todos a uma gama de oportunidades humanas centrais e não apenas em sua própria nação, mas em todo o mundo”. Acrescenta ainda que esta nova concepção de educação deve ser fundamentada em três capacidades fundamentais: capacidade de pensar criticamente, de transcender o local, ou seja, sair do local para o global assumindo a posição de um cidadão do mundo e a de imaginar a situação de outra pessoa.

O direito a uma EDH encontra-se fundamentada no art. 26º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme a qual: “Todo homem tem direito à instrução” e, deve visar o “pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais (...)”. Passados mais de setenta anos, apesar da Declaração de 1948 contemplar direitos fundamentais na promoção do desenvolvimento físico, intelectual, social e econômico, observa-se, ainda, na realidade a prevalência das injustiças sociais, pois a cidadania é exercida de forma abstrata.

A Resolução nº 1/2012, deliberação normativa que visa estabelecer Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, no seu art. 2º resolve que a educação é um direito fundamental. Logo, o Estado tem o dever de promover uma educação que seja capaz de mudar e transformar socialmente todos os atores envolvidos. Por isso deve fundamentar-se nos seguintes princípios: da

dignidade humana, da igualdade de direitos, do reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades, laicidade do Estado, democracia na educação, transversalidade, vivência, globalidade e sustentabilidade socioambiental. (RES. Nº 1, art. 3º)

Na busca para que a cidadania seja exercida de forma plena e absoluta e que “*Auschwitz* não se repita” é que a EDH deve ser voltada para a formação de novos valores. O que aconteceu em *Auschwitz* “foi a barbárie contra a qual se dirige toda a educação” nos tempos de pós-modernidade (ADORNO, 2011, p.119). A consciência histórica é muito importante para não ser indiferente a tudo o que aconteceu e também à realidade que atualmente cerca a humanidade (individualismo, xenofobia, intolerância, violência, perda da razão, etc.), logo, a EDH surge como um oásis ante a possibilidade de regressão à barbárie humana.

Assim, educar para os direitos humanos é contribuir para a formação de sujeitos de direitos, em nível pessoal e coletivo de modo a articular as dimensões ético-político-social e as práticas concretas. Ademais, a EDH deve contribuir no processo de empoderamento, tornando as pessoas sujeitos de sua vida social. Trata-se de educar para o nunca mais, resgatando a memória histórica e rompendo com a cultura do silêncio e da impunidade, ou seja, uma educação comprometida com a conscientização bem como com a tomada de responsabilidades frente às situações de opressão, de dominação, de exclusão social e política.

## **2. A Educação Superior Jurídica para os Direitos Humanos e sua inserção no Estado de Mato Grosso do Sul**

De acordo com a Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação – 1998, a educação superior compreende “todo tipo de estudos, treinamento ou formação para pesquisa em nível pós-secundário, oferecido por universidades ou outros estabelecimentos educacionais aprovados como instituições de educação superior pelas autoridades competentes do Estado”,

por estas definições, percebe-se que o ensino superior é um sistema amplo, complexo, que engloba vários subsistemas.

Num contexto mundial, na última década, a educação superior vem passando por momentos de crises e transformações, ficando diante de um dilema: tendo que “decidir entre a educação para o lucro ou para o crescimento econômico versus a educação para a cidadania ou para o desenvolvimento humano” (NUSSBAUM, 2010, apud CARBONARI, 2013, p. 64).

Neste embate, e na busca por um redirecionamento, os movimentos de direitos humanos se posicionaram em defesa da redemocratização também nos projetos educativos no ensino superior, superando o período em que esta esteve voltada para os interesses do Estado e das elites. Com este novo posicionamento, a partir do século XXI, busca-se um novo sentido para a educação superior, ou seja, promover uma educação voltada para o desenvolvimento humano, que tenha uma visão de humanidade ampla e não somente de cidadania.

No Brasil, a princípio, a educação superior foi ofertada essencialmente nas maiores cidades o que impedia os estudantes do interior de avançar educacionalmente. Com a campanha do Governo Federal “Marcha para o Oeste”, em 1930, algumas cidades foram fundadas e estradas foram abertas, exigindo mão de obra mais qualificada para atender às novas demandas econômicas e sociais. (BITTAR, 1997). Diante disso, a educação superior no Estado do então Mato Grosso (Uno) começou a ser desenvolvida a partir do século XX. Em 1934 um grupo de intelectuais fundou a Faculdade de Direito de Cuiabá. No entanto, suas atividades por diversas vezes foram interrompidas, vindo a funcionar regularmente somente em 1957, tornando-se a primeira Faculdade Mato-Grossense.

É sabido que dentro do Estado de Mato Grosso, as regiões norte e sul sempre estiveram em constantes disputas pela hegemonia do poder. Assim, representando o sul, Campo Grande defendia seu lado alegando que era muito mais desenvolvida que Cuiabá, que representava a região norte, o que resultou na divisão

do Estado em 1977. Assim, para acalmar os ânimos da população, a Lei Estadual nº 2.947/69, criou a Universidade Estadual de Mato Grosso (UEMT), sediada em Campo Grande, integrando a essa os Institutos da região sul: Campo Grande, Corumbá e Três Lagoas. Após a divisão do Estado e a criação do Estado de Mato Grosso do Sul em 1977, a UEMT se transformou na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Em 1977 com a divisão do Estado de Mato Grosso e a criação do Estado de Mato Grosso do Sul, e diante dessa nova organização política, o novo Estado viu-se diante de muitas transformações na educação superior, como a Ementa Aditiva nº 50 que propunha a criação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) para o ano de 1993 e a federalização da Universidade Estadual de Mato Grosso (UEMT) que passou a ser Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Nos anos noventa, observou-se uma grande expansão e privatização no ensino superior dentro do estado, da mesma forma que em outras regiões a educação superior passou a ser um grande negócio, ou seja, com a expansão das instituições privadas também nos limites do estado de Mato Grosso do Sul aconteceu a mercantilização do ensino superior. Neste período ocorreu a interiorização do ensino superior, contribuindo com a inclusão social.

Nos dados apresentados pelo sistema de tramitação eletrônica de regulação dos institutos superiores e-mec<sup>6</sup>, observa-se uma grande expansão da Educação Superior ofertada pela iniciativa privada no Estado de Mato Grosso do Sul. Diante dos dados coletados, verifica-se que o ensino superior no Estado de Mato Grosso do Sul está praticamente nas mãos da iniciativa privada. Logo, uma oferta de “serviços”, o que contraria a CF/88 que

---

<sup>6</sup> E-MEC é o sistema de tramitação eletrônica dos processos de regulação (Credenciamento e Recredenciamento de Instituições de Ensino de Superior - IES, Autorização, Reconhecimento e Renovação de Reconhecimento de Cursos), regulamentados pelo Decreto nº. 5.773, de 9 de maio de 2006. Disponível em: <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso: 30 de junho de 2015.

preceitua que a educação é um “direito”, logo, deveria ser prestada, gratuita e majoritariamente, pelo Governo Federal e Estadual e não pela iniciativa privada como se verifica pelos dados coletados na pesquisa em MS.

Em 2015, encontravam-se ativas no Estado de Mato Grosso do Sul, 44 Instituições de Ensino Superior (IES), assim distribuídas: 01 Universidade Pública Federal (UFMS); 01 Universidade Pública Estadual (UEMS) e 42 IES privadas, sendo: 02 Universidades Privadas (01 comunitária sem fins lucrativos e 01 particular com fins lucrativos); 02 Centros Universitários Privados; 07 Faculdades Integradas, sendo todas privadas e 33 Faculdades, Escolas e Institutos. (BRASIL, E-MEC-2015)

Dessa distribuição, verifica-se que 15 instituições oferecem o Curso de Direito, o que em tese deveria contribuir para a cultura da paz e da não-violência. Todavia esta não é a realidade do Estado, vez que Mato Grosso do Sul se apresenta, no cenário nacional, como um Estado violento conforme demonstrado inicialmente. A imprensa escrita e falada divulga diariamente violações aos Direitos Humanos (DH) cometidas contra indígenas, mulheres, encarcerados, crianças, adolescentes, quilombolas, homossexuais, pessoas com deficiência e outros grupos sociais, como divulgado pelo Jornal Correio do Estado<sup>7</sup>.

É neste contexto de mudanças que se situa este estudo, com os seguintes questionamentos: como as IES que oferecem o Curso de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul estão preparando os futuros

---

<sup>7</sup> Dados divulgados pelo jornal *on line* Correio do Estado, em 21 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/cidades/em-seis-meses-ms-teve-1344-denuncias-de-violacao-aos-direitos/252927/>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 20:18. “Conforme os dados, entre janeiro e junho de 2015, foram registrados 957 denúncias de abusos contra crianças e adolescentes, 260 contra idosos e 68 contra pessoas com deficiência. Denúncias relacionadas a violações de direitos de pessoas em restrição de liberdade aparecem em quarto lugar no ranking com 26 casos e contra a população LGBT foram 13 casos notificados. Outras três denúncias se referem a população em situação de rua e mais 17 não foram classificadas.

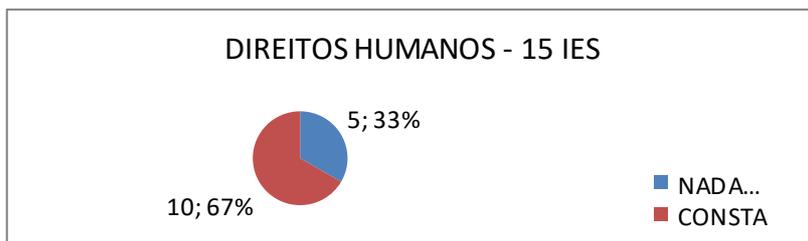
profissionais do direito, que tanto influenciam nessa sociedade para a questão? Como as Instituições de Nível Superior têm incorporado os direitos humanos nos Projetos Políticos Pedagógicos, na Grade Curricular e nas Ementas? E se no Estado, a inserção dos conhecimentos concernentes à Educação em Direitos Humanos ocorre de forma pontual, transversal, disciplinar ou mista?

<b>INSTITUIÇÃO</b>	<b>MUNICÍPIO</b>
Centro Universitário Anhanguera de Campo Grande	Campo Grande
Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN)	Dourados
Faculdade Campo Grande (FCG)	Campo Grande
Faculdades Integradas de Nova Andradina (FINAN-UNIESP)	Nova Andradina
Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande (FESCG)	Campo Grande
Faculdade Mato Grosso do Sul (FACSUL)	Campo Grande
Faculdade Salesiana de Santa Teresa (FSST)	Corumbá
Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR)	Paranaíba
Faculdades Integradas de Ponta Porã (FIP)	Ponta Porã
Faculdades Integradas de Três Lagoas (AEMS)	Três Lagoas
Fundação Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)	Dourados
Universidade Anhanguera (UNIDERP)	Campo Grande e Rio Verde de Mato Grosso
Universidade Católica Dom Bosco (UCDB)	Campo Grande e São Gabriel do Oeste
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)	Dourados, Naviraí e Paranaíba
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)	Campo Grande, Corumbá e Três Lagoas

Atualmente, no Estado de MS, em atividade existem 15 (quinze) Instituições de Ensino Superior que disponibilizam o curso de Direito e, estão distribuídas em dez municípios, conforme tabela anterior.

Dentro desta expectativa, em relação à educação pautada nos DH, verificou-se por meio da pesquisa, que em 33% das páginas

virtuais das IES acima citadas nada consta sobre a temática DH, são elas: FINAN, FESCG, FSST, FIPAR e AEMS<sup>8</sup>



Embora todas garantam nas páginas virtuais uma formação geral, humanística e axiológica, calcada nos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, não apontam os conteúdos de formação relativos aos DH e nem aos valores humanos e humanísticos. Acrescentam que atuam com responsabilidade na formação de cidadãos éticos comprometidos com a construção da paz, da defesa e dos direitos humanos, além de gerar conhecimentos mundiais que contribuam com a erradicação da pobreza, do preconceito e da discriminação, ou seja, todas alegam, ao menos virtualmente que o Curso de Direito está voltado a produzir cidadãos aptos a transcender a mera reprodução das normas jurídicas, reproduzindo o verdadeiro direito na sociedade, mas nem todas apontam como o fazem.

Em se tratando de Brasil, colocar em prática uma educação pautada nos DH representa uma necessidade radical de mudança. Trata-se de formação de novos valores e de novas mentalidades. É evidente que a simples inclusão da disciplina DH na grade curricular não vai promover mudanças significativas, antes é preciso mais do

---

<sup>8</sup> Instituições de Ensino Superior de Mato Grosso do Sul que não disponibilizam nenhum dado nos sites oficiais sobre a temática Direitos Humanos: Faculdades Integradas de Nova Andradina (FINAN); Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande (FESCG); Faculdade Salesiana de Santa Teresa (FSST); Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR) e Faculdades Integradas de Três Lagoas (AEMS).

que isso. Há a necessidade de um esforço conjunto, Estado, sociedade e cidadãos individualmente. Sozinha, qualquer educação não é capaz de realizar tarefa hercúlea como esta. Há que se propor uma revolução em termos educacionais, ou seja, a EDH deve ser sustentada por um Estado conivente e compromissado, por uma sociedade comprometida com a mudança e com uma educação do início ao fim (maternal ao superior) perpassada por esta ideia.

Assim, na pesquisa também foi possível observar que apenas seis das quinze (portanto, apenas 40%) IES que oferecem o curso de Direito em Mato Grosso do Sul apresentaram em sua página virtual a matriz curricular, com a respectiva ementa. Conforme demonstra a tabela abaixo:

IES	DISCIPLINA
Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN	Direitos Humanos em conjunto com Direito Constitucional III
Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP	Direitos Humanos
Fundação Universitária Federal da Grande Dourados – UFGD	Direitos Humanos (Direito dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais)
Universidade Católica Dom Bosco – UCDB	Direitos humanos e Humanidades I e II
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS	Direitos Humanos e Educação para os direitos Humanos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS	Direitos Humanos (campus: Pantanal e Três Lagoas); Direitos Humanos I e II (campus Campo Grande)

O fato das IES colocarem nas páginas virtuais a matriz curricular e a ementa, demonstra a preocupação e o respeito aos DH, haja vista que o direito à informação é uma das lutas dos que defendem os DH. No entanto, conforme os dados da pesquisa,

ainda é minoria em MS esta informação para os possíveis acadêmicos, embora a Resolução n.1/2012 tenha estabelecido a obrigatoriedade da EDH.

É sabido que é necessário um conjunto de ações para promover os direitos humanos. Não se pode pensar em uma única atuação; toda a estrutura educacional tem que estar envolvida para despertar nas pessoas um novo sentimento de olhar o próximo com altruísmo e respeito, ou seja, uma educação que apresente uma nova ideologia educativa, com valores humanísticos. Mais, que promova uma cidadania crítica e participativa e atue como instrumento de transformação do ser humano mais tolerante com as diferenças.

Nessa perspectiva, um dos maiores avanços para a implementação da EDH, foi a Resolução nº1/2012 pelo Conselho Nacional de Educação, elaborada conforme as normas nacionais e internacionais sobre direitos humanos, cuja finalidade principal é a formação ética, crítica e política dos sujeitos.

A Resolução de 2012 trouxe as Diretrizes Nacionais para a EDH, contribuindo para a promoção de uma educação voltada para a democracia e a cidadania. “Uma educação que se comprometa com a superação do racismo, sexismo, homofobia e outras formas de discriminação correlatas e que promova a cultura da paz e se posicione contra toda e qualquer forma de violência”. (RESOLUÇÃO Nº1/2012, p. 3)

Na pesquisa verificou-se que das quinze instituições, nove disponibilizaram nos *sites* oficiais a temática DH por meio das seguintes disciplinas: Direitos Humanos; Direitos Humanos e História dos Direitos Humanos e Humanidades, mas não apresentou a ementa com os conteúdos a serem abordados e também nada mencionam acerca da EDH.

É importante salientar que o fato de constar nos *sites* oficiais das IES as disciplinas acima, não significa que elas estejam voltadas para a formação de uma nova cultura. Muitas vezes apenas cumprem a verticalidade em relação à Resolução de 2012, deixando de lado a segunda parte que é horizontalizar a questão, ou seja, é

necessário a transversalidade e a interatividade dos variados saberes, especialmente por meio dos projetos de pesquisa e extensão. Diante destes dados, percebe-se que a maioria optou pela disciplinaridade (Art. 7º, inciso II, da resolução nº 1/2012) ao aplicar a temática DH no Projeto Político Pedagógico, ou seja, optaram para o meio mais prático de desenvolver a orientação da EDH.

Ademais, ministrar conteúdos dos Direitos Humanos não significa “educar” para os Direitos Humanos. Ensinar a defesa não é o mesmo que ensinar a respeitar, a agir, pois o conhecimento por si só não tem o condão de transformar, de produzir ações. O enfoque é diferente.

Cumprе ressaltar que das quinze IES que disponibilizam o Curso de Direito no Estado, doze são privadas (ver gráfico abaixo), o que justifica os dados acima, já que esta é a opção menos onerosa para as instituições. Sobre a questão Garcia (2012, p.14) teceu o seguinte comentário:

Especificamente tratando de Instituições Privadas, aparentemente a segunda opção se apresenta como a menos custosa, afinal, inserir o conteúdo Educação em Direitos Humanos em uma disciplina afeta, pré-existente no currículo, não geraria contratação de novo profissional, nem demandaria grandes alterações nos Projetos Pedagógicos dos Cursos, mas, com certeza, não se atenderia aos princípios, finalidades e objetivos da Educação em Direitos Humanos relatados no Parecer CNE/CP n.º 8/2012.

Uma educação pautada em valores que incentive o respeito às diferenças, principalmente no ensino superior se faz cada vez mais necessária dentro de um contexto social em que a violência, o desrespeito e a insegurança distanciam o cidadão de uma vida saudável e pacífica. Nesse diapasão, não dá para pensar em formação de uma nova cultura tendo como alicerce uma ou duas disciplinas. Para atingir os objetivos de formar novas mentalidades é necessária uma soma de ações, sendo imprescindível no ensino estarem presentes em todos “os níveis, etapas e modalidades de ensino, (...) na elaboração do Projeto Político Pedagógico, na organização curricular, no modelo de gestão e avaliação, na produção de materiais didáticos,

tanto quanto na formação continuada dos/as profissionais da educação”. (CNE/CP N° 8/2012, p. 7)

Para Piovesan (2011) há de se combinar esforços para a inserção dos DH nos currículos tradicionais, ou seja, o ideal é buscar a transversalidade, deve-se alcançar e impactar todos os conteúdos nas diversas disciplinas, além de uma disciplina específica para tratar do tema, convertendo disciplina dogmática tradicionais em territórios pautados pelos direitos humanos.

No entanto, durante a investigação observou-se que somente três das quinze instituições fizeram referências a projetos relacionados à DH nas páginas virtuais.

Diante desses dados, denota-se que a formação multidisciplinar e transversal nos Cursos Jurídicos no Estado de Mato Grosso do Sul enfrentam muitas dificuldades no trajeto entre o discurso e a prática. Assim, verifica-se que o discurso está mais para a retórica do que para a prática e a concretização, podendo gerar graves e importantes paradoxos na proposta educacional dos Direitos Humanos. Isto significa dizer que o estudo curricular dos Direitos Humanos demanda uma formação teórica da instituição educacional, bem como de todos os envolvidos no processo educacional (coordenação, professores, funcionários, etc.) aliada a uma capacidade / vontade para a intervenção prática (FEITOSA, 2009). Ademais, a EDH para atingir seu objetivo deve ser transversalizada em todas as esferas institucionais, abrangendo o ensino, a pesquisa, a extensão e a gestão. Nesse segmento, o PNEDH-II compreende a EDH como uma política pública. Logo, deve articular diferentes dimensões (jurídica, filosófica, histórico-política, cultura e sócio-psico-pedagógica), utilizando para atingir esse fim diferentes linguagens e metodologias.

Assim, para atingir sua finalidade a EDH tem que ocorrer com a aproximação entre instituições educacionais e comunidade, somadas à inserção de conhecimentos, valores e práticas convergentes com os DH nos currículos de cada etapa e modalidade da Educação Básica, nos cursos de graduação e pós-

graduação, nos Projetos Políticos Pedagógicos das escolas (PPP), nos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI) e nos Programas Pedagógicos de Curso (PPC) das instituições de Educação Superior. Em suma, nos diferentes espaços e tempos que instituem a vida escolar e acadêmica.

Diante da pesquisa realizada, não se verifica um movimento uniforme e tampouco homogêneo nas quinze IES do Estado que oferecem o curso de direito em relação à inserção de conteúdos relacionados à promoção dos DH e da EDH. Esses dados demonstram a má vontade em contribuir para a formação de uma nova cultura, alicerçada em valores humanísticos, contribuindo para amenizar a violência no Estado. A sociedade sul-mato-grossense apresenta grande disparidade social visto que está entre os Estados mais violentos da Federação. Portanto, é imprescindível modificar a mentalidade das instituições educacionais para que a Educação no Ensino Superior possa ser o caminho para a construção de um caminho de novos valores, que visem o respeito pelo próximo, pelas diferentes culturas e tradições.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante dos dados apresentados sobre violência nessa pesquisa, constata-se que a sociedade sul mato-grossense vive, atualmente, uma crise humanitária, carecendo de ações que contribuam para a formação de novos valores e a reavivação de outros.

Conforme demonstrado, o país é fruto de uma conjuntura sócio-política-econômica marcada pela discriminação, injustiça, violência e desrespeito à diversidade que durante séculos é concebida como natural, tendo Mato Grosso do Sul como um mau exemplo. Assim, MS como o Brasil todo não respeitam as pessoas e seus direitos, conforme se pode constatar pelos números da violência apresentados inicialmente.

Em MS, pouco se educa para os Direitos Humanos. Nas IES jurídicas, que deveriam ser o exemplo de DH e de EDH, são muito

reduzidos os conteúdos sob a perspectiva educativa, o que poderia ser um poderoso instrumento para mudar essa mentalidade secular de violência.

No entanto, para que essa nova forma de educar tenha êxito é necessário o engajamento de todos os envolvidos na educação bem como de metodologias que trabalhem a temática DH de modo transversal e disciplinar.

No MS, as IES optaram por abordar a temática por meio da disciplinaridade, ou seja, 67% tratam do tema DH em uma disciplina específica como, Sociologia, Filosofia, Antropologia, Psicologia, Direitos Humanitários, Ciência Política, Direitos Humanos, entre outras. Infelizmente 33% das IES pesquisadas não apresentaram nas páginas virtuais nenhum dado sobre EDH. São elas: Faculdades Integradas de Nova Andradina (FINAN), Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande (FESCP), Faculdade Salesiana de Santa Teresa (FSST), Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR) e Faculdades Integradas de Três Lagoas (AEMS).

Pode-se averiguar com a pesquisa que somente a Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) propicia uma visão clara sobre o tema ao disponibilizar a disciplina EDH. Com objetivos claros fornecidos pelo PPP que se assenta na formação generalista e humanista, voltada para o exercício da cidadania bem como para a construção da justiça social e de uma sociedade igualitária e democrática.

No Estado de Mato Grosso do Sul, verificou-se que 80% do Ensino Superior Jurídico é realizado por Instituições Educacionais Privadas. Como a tendência dessas instituições é o lucro, ressalvadas algumas honrosas exceções, a educação é mercadoria, cujo objetivo é formar profissionais que atendam ao mercado econômico, submetendo-se à hegemonia do mercado. Logo, não contribuem para o respeito ao princípio da dignidade humana, nem tão pouco para uma educação emancipatória, de modo que cada estudante se reconheça como sujeito de direito, e não fique imparcial diante das violações dos direitos humanos.

O problema é que os estudantes egressos dos bancos universitários dos cursos de direito irão compor um contingente comanditário dentro do estado, tornando-se juizes, promotores, delegados, policiais, cartorários, fiscais, políticos, procuradores, enfim, um variado número de cargos e funções importantes e muitas vezes determinantes para as condutas sociais e aí uma questão fundamental inquieta: como esses profissionais se portarão diante do seu semelhante tomando muitas vezes decisões que mudarão a vida dessas pessoas ou de muitas delas, se não foram “educados” para os valores, para a humanidade, apenas treinados para cumprir a letra fria da lei? Será que tal comportamento não pode estar gerando mais violência ainda nos limites do Estado? Será que o preparo dessas pessoas está sendo o ideal quando se quer e necessita de uma sociedade mais pacífica? Estas e outras questões podem e precisam ser objeto de outras pesquisas, mas há urgência nisto, porque há que se dar um basta nesse contexto atual.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor Wiesengrund. **Educação e emancipação**. Trad. Wolfgang Leo Maar. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_arendt\\_origens\\_totalitarismo.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf)>. Acesso em 14 de maio de 2015.
- BITTAR, Marisa. **Mato Grosso do Sul: do Estado sonhado ao Estado construído (1892– 1997)**. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP. Editora: São Paulo, 1997.
- BRASIL. E-MEC. Ministério da Educação. Disponível em: <http://emec.mec.gov.br>. Acesso em 30 de junho de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/br/pnedh2/pnedh\\_2.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/br/pnedh2/pnedh_2.pdf)>. Acesso em 27 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos.** Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em 10 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **DECRETO Nº 5.773, DE 9 DE MAIO DE 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino.** Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/decreton57731.pdf>>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 11.892, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2008. (Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, e dá outras providências).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11892.htm)>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.(LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm)>. Acesso em 29 de maio de 2015.

CARBONARI, Paulo César. “O sentido dos direitos humanos na educação superior”. SILVA, In Aida Monteiro Silva (Org). Educação superior: espaço de formação em direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2013.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANHANGUERA. Disponível em: <<http://www.anhanguera.com/home/#>>. Acesso em: 13 de julho de 2015, às 20:32.

Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN: Disponível em:< <http://www.unigran.br/conteudo/graduacao/direito/>>. Acesso em: 25 de julho de 2015, às 14:16.

DELORS, Jacques (org.). **Educação um tesouro a descobrir** – Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI. Editora Cortez, 7ª edição, 2012. Disponível em: < <http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000046001-000047000/000046258.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

FEITOSA, Maria Luiza P de Alencar Mayer **O currículo de direitos humanos no ensino superior e na pós-graduação**. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/maluiza\\_alencar/maluiza\\_curriculo\\_dh\\_ensino\\_superior.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/maluiza_alencar/maluiza_curriculo_dh_ensino_superior.pdf)>. Acesso em: 10 de julho 2105

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr. A inserção do conteúdo educação em direitos humanos no ensino superior brasileiro. Uma análise dos efeitos da Resolução CNE/CP N.º 1/2012. Disponível em: < <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT11%20Informa+%BA+%FAo,%20educa+%BA+%FAo%20e%20tecnologias/A%20INSER+%E7+%E2O%20DO%20CONTE+%DCDO%20EDUCA+%E7+%E2O%20EM%20DIREITOS%20HUMANOS%D4%C7%F4%20Trabalho%20completo.pdf>>. Acesso em 10 de julho 2015.

FREIRE, Paulo. A importância do ato de ler. 1982. Disponível em: [http://educacaointegral.org.br/wp-content/uploads/2014/10/importancia\\_ato\\_ler.pdf](http://educacaointegral.org.br/wp-content/uploads/2014/10/importancia_ato_ler.pdf) Acesso em 15 de julho de 2015.

GENEVOIS, Margarida. Prefácio IN. SILVEIRA, Rosa M.G.; DIAS, ADELAIDE A., FERREIRA, LÚCIA F.G., FEITOSA, MARIA L.P.A.M e ZEINAIDE, MARIA N.T. **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Metodológicos**. Editora Universitária, 2007.

GRACIANO, Mariângela (org). **Educação também é direito humano**. Ação Educativa, Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento - PIDHDD. São Paulo. 2005

INSTITUTE FOR ECONOMICS AND PEACE – IEP. Disponível em: < <https://translate.google.com.br/translate?hl=ptBR&sl=en&u=http://economicsandpeace.org/&prev=search>>. Acesso em: 27 de julho de 2015.

JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

MARSHAL, Thomas Humprey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATO GROSSO DO SUL. Jornal Correio do Estado, em 21 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/cidades/em-seis-meses-ms-teve-1344-denuncias-de-violacao-aos-direitos/252927/>. Acesso em: 27 de julho de 2015

\_\_\_\_\_. Faculdade de Campo Grande – FCG. Disponível em:< <http://www.icges.edu.br/ensino/graduacao/tradicionais/direito.asp> >. Acesso: 25 de julho, às 14:00.

\_\_\_\_\_. Faculdades Integradas de Nova Andradina - FINAN Disponível em:< <http://www.uniesp.edu.br/finan/faculdade.asp>>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 13:37.

\_\_\_\_\_. Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande – FESCG. Disponível em:< <http://portal.estacio.br/unidades/faculdade-estacio-de-sa-de-campo-grande.aspx>>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 15:00.

\_\_\_\_\_. Faculdade de Mato Grosso do Sul – FACSUL. Disponível em: <<http://www.facsul-ms.edu.br/ensino/graduacao/tradicionais/direito.asp>>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 20:00.

\_\_\_\_\_. Faculdade Salesiana de Santa Teresa – FSST. Disponível em:< <http://www.fsst.com.br/SII/prj/portal/index.php?mdl=canal&idcanal=31>>. Acesso em: 28 de julho de 2015, às 21:00.

\_\_\_\_\_. Faculdades Integradas de Paranaíba- FIPAR. Disponível em:< [http://www.fipar.edu.br/dir\\_ident.htm](http://www.fipar.edu.br/dir_ident.htm)>. Acesso em: 27 de julho, às 13:20.

\_\_\_\_\_. Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. Disponível em:< [http://www.fipmagsul.com.br/?page\\_id=27](http://www.fipmagsul.com.br/?page_id=27)>. Acesso em: 25 de julho, às 14:10.

Faculdades Integradas de Três Lagoas – AEMS. Disponível em:< <http://www.aems.edu.br/cursos/graduacao/>>. Acesso em: 25 de julho de 2015, às 15:05.

\_\_\_\_\_. Fundação Universitária Federal da Grande Dourados - UFGD. Disponível em:< <http://portal.ufgd.edu.br/coordenadoria/cograd/estruturas-curriculares-cursos>>. Acesso em: 25 de julho, às 15:50.

\_\_\_\_\_. Universidade Anhanguera - UNIDERP. Disponível em:< <http://www.anhanguera.com/graduacao/cursos/direito.php>>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 18:07.

\_\_\_\_\_. Universidade Católica Dom Bosco- UCDB. Disponível em:< <http://site.ucdb.br/cursos/4/graduacao/26/direito/167/disciplinas/246/>>. Acesso em: 25 de julho de 2015, às 18:35.

\_\_\_\_\_. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS. Disponível em:< <http://www.portal.uems.br/graduacao/curso/direito-bacharelado-dourados>>. Acesso em: 25 de julho de 2015, às 18:55.

\_\_\_\_\_. Universidade Federal de Mato grosso do sul – UFMS. Disponível em:< <http://www.ufms.br/institution/view/id/18>>. Acesso em: 27 de julho de 2015, às 21:04.

MAZZOTTA, Marcos; SOUZA, Sandra. **“Inclusão Escolar e Educação Especial: Considerações sobre a Política Educacional Brasileira”**. Revista Estilos da Clínica, edição no 9, 2º semestre/2000. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/pdf/estic/v5n9/\\_07.pdf](http://pepsic.bvsalud.org/pdf/estic/v5n9/_07.pdf)>. Acesso em: 27 de abril de 2015

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação** – 1998. Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/declaracao-mundial-sobre-educacao-superior-no-seculo-xxi-visao-e-acao.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 23 de maio de 2105.

\_\_\_\_\_. **Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/single-view/news/unesco\\_in\\_brazil\\_and\\_ohchr\\_](http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/single-view/news/unesco_in_brazil_and_ohchr_)

launch\_portuguese \_version\_of\_action\_plan\_for\_journalists\_and \_media\_professionals/>. Acesso em: 27 de maio de 2015.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos no ensino superior. Disponível em:< [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flavia\\_piovesan/piovesan\\_dh\\_ensino\\_superior.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flavia_piovesan/piovesan_dh_ensino_superior.pdf)>. Acesso em 30 de julho de 2105.

RELATÓRIO SOBRE A VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA NO BRASIL. 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> Acesso em 28 de julho de 2015.

RELATÓRIO DO CIMI-CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO DE 2009. Disponível em: <[http://www.cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas\\_2009-Cimi.pdf](http://www.cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2009-Cimi.pdf)> Acesso em 29 de julho de 2015.

RELATÓRIO MAPA DA VIOLÊNCIA DE 2012. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_cor.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf) Acesso em 29 de julho de 2015. [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_cor.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf)

RELATÓRIO MAPA DA VIOLÊNCIA EM 2014 NO BRASIL. Disponível em:< [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa\\_2014\\_AtualizacaoHomicidios.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa_2014_AtualizacaoHomicidios.pdf)>. Acesso em: 29 de julho de 2015.

RELATÓRIO LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Disponível em:< <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen- nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2015.

ZARCO, Carlos. Um breve balanço e os principais desafios. In: CAMPANHA Nacional pelo Direito à Educação. A educação na América Latina: direito em risco. São Paulo: Cortez, 2006.



# A CULTURA DO “JEITINHO BRASILEIRO” E A FORMAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Elisabeth Maria de Mendonça Silva<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

A formação do povo brasileiro foi marcada pela mescla de diversos povos que resultou numa mistura cultural ímpar, de forma que os brasileiros têm como ascendência diversas origens étnicas e culturais.

Para a concretização da cultura brasileira, a mistura de povos citada fez com esse povo aprendesse a viver e a conviver com essa diversidade e criasse uma cultura com identidade única.

Dessa manobra humana de se adaptar às mais variáveis dificuldades, o povo brasileiro desenvolveu a característica do “jeitinho”, que tem um aspecto positivo e outro negativo como será demonstrado no presente trabalho.

A identificação positiva do jeitinho brasileiro está relacionada à capacidade de mediação desse povo, de não aceitar o impossível e de buscar uma solução para tudo.

A negativa diz respeito a diversas atitudes cotidianas, tão relatadas na imprensa, de o cidadão utilizar de subterfúgios para alcançar um objetivo particular de forma mais rápida ou menos difícil, mesmo que para isso tenha de burlar alguma lei moral ou positivada.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Filosofia do Direito na PUC/SP (São Paulo/SP). Mestre em Direito pelo UNIVEM (Marília/SP). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNAES (Campo Grande/MS). Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Endereço eletrônico: <elisabethmariamendonca@yahoo.com.br>.

O que vai determinar o sentido de uso do “jeitinho brasileiro” é a situação em que o brasileiro se encontra e os resultados que deseja obter, pois tal atitude pode desencadear consequências prejudiciais para o seu semelhante, para a coletividade ou até mesmo para o próprio Estado.

O presente trabalho faz uma análise sobre a influência desse jeitinho na formação e atuação das organizações criminosas tendo em vista que, nas comunidades carentes e nos presídios, o uso deturpado desse jeitinho foi institucionalizado e é considerado uma atitude perfeitamente normal.

O denominado “jeitinho brasileiro”, está enraizado na cultura brasileira de forma a instigar reflexão sobre essa capacidade de improviso e mediação que se reflete no cotidiano do brasileiro em todas as suas relações particulares e profissionais.

O que vai se perceber é que, quanto mais ausente o Estado, mais atuante torna-se o “jeitinho brasileiro”, até mesmo como mecanismo de sobrevivência.

A presente análise é bibliográfica, realiza-se a partir da cultura brasileira, pelo método dedutivo.

## **1. A FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO**

O povo brasileiro recebeu influência e participação humana de diversas etnias, entre elas da população indígena, europeia e africana. Tais origens se misturaram para incorporar um povo que se ajustou e reajustou, desde sempre, para formar a versão de civilização que conhecemos.

Inicialmente, não se pode ignorar a imposição étnica dos europeus sobre os índios e negros, ao passo de usá-los para as mais diversas funções, como serviços, artesãos e, principalmente, a exploração sexual das índias e negras, com as quais os então estrangeiros tiveram vários descendentes. No entanto as adequações culturais são inevitáveis para a convivência, e é certo que as culturas se misturaram.

Essa imposição não foi pacífica e a resistência negra, contra os maus tratos e a escravidão, traz resultados culturais, para os brasileiros, até a atualidade, com consequências marcantes na formação da identidade do brasileiro.

O antropólogo Darcy Ribeiro relata, em uma de suas obras, a formação racial violenta e repleta de opressão: "...um processo continuado e violento de unificação política, logrado mediante um esforço deliberado de supressão de toda identidade étnica discrepante e de repressão e opressão de toda tendência virtualmente separatista" (RIBEIRO, 1996, p.23).

A visão atualizada de um povo pacífico e hospitaleiro, fruto de uma diversidade cultural ímpar, na verdade omite uma história de opressão, violência e tragédia humana e étnica como afirma Darcy Ribeiro sobre essa aparência:

[...] uniformidade cultural brasileira, esconde-se uma profunda discrepância, gerada pelo tipo de estratificação que o processo de formação nacional produziu. O antagonismo classista que corresponde a toda estratificação social aqui se exacerba, para opor uma estreitíssima camada privilegiada ao grosso da população, fazendo as distâncias sociais mais intransponíveis que as diferenças raciais.

O povo-nação não surge no Brasil da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender às suas necessidades de sobrevivência e progresso. (RIBEIRO, 1996, p. 23)

Frente a esse antagonismo e sangrenta luta por espaço social o autor ainda continua: "... as elites dirigentes, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras e, afinal, brasileiras, viveram sempre e vivem ainda sob o pavor pânico do alçamento das classes oprimidas" (RIBEIRO, 1996, p. 23).

Depois de desmascarada a farsa da propaganda política, anunciada pela mídia, de que o Brasil é o país das oportunidades, o que se vê é uma mobilidade social em busca de sobrevivência da maioria dos brasileiros ante ao acúmulo de riquezas e oportunidades nas mãos de poucos.

O mais grave é que esse abismo não conduz a conflitos tendentes a transpô-lo, porque se cristalizaram num 'modus vivendi' que aparta os ricos dos pobres, como se fossem castas e guetos. Os privilegiados simplesmente se isolam numa barreira de indiferença com a sina dos pobres, cuja miséria repugnante procuram ignorar ou ocultar numa espécie de miopia social, que perpetua a alteridade. O povo massa, sofrido e perplexo, vê a ordem social como um sistema sagrado que privilegia uma minoria contemplada por Deus, à qual tudo é consentido e concedido. (RIBEIRO, 1996, p. 24)

Posteriormente a essa fase histórica de índios e negros, em meados do século XIX, houve a imigração de outros grupos étnicos como os italianos, japoneses e outros povos em número de pessoas considerável que a absorção cultural e racial desses foi inevitável com as alterações culturais subsequentes.

Diante de tantas misturas e origens diferentes o povo brasileiro adotou uma postura histórico-cultural única na qual integram os que aqui vivem gerando quase que uma autonomia étnica rara em todo o mundo e gerando assim a cultura brasileira.

## **2. A CULTURA DO POVO BRASILEIRO**

A cultura brasileira é fruto da miscigenação apresentada anteriormente, resultado da mistura de diversas origens étnicas que se difundiram e acabaram por formar o povo brasileiro.

A possibilidade dessa diversidade cultural teve influência singular diante da grande extensão territorial do país e da própria diversidade de região para região. No entanto, para entender a formação da cultura brasileira, faz-se necessário conceituá-la, como leciona o professor Márcio Pugliesi.

'Cultura' deriva do verbo latino *colere*, cultivar, originariamente relacionado ao cultivo da terra. Pensa-se que a relação anímica com a natureza, como parâmetro para a compreensão do mundo, fez com que o termo agrícola passasse a traduzir, também, os padrões de comportamento e de relacionamento dos homens. Passou-se a designar pela palavra 'cultura' tudo que aludisse a normas, regras e conteúdos sociais cultivados pelo homem. (PUGLIESI, 2015; 38).

Diante da definição apresentada e frente à influência de tanta diversidade cultural, pontuar a cultura do povo brasileiro é traçar um perfil que resulta da herança de outros povos, como os índios, africanos, franceses, ingleses, italianos, portugueses, japoneses, alemães, árabes, turcos, etc.

Da mesma forma que a cultura aqui apresentada não pode ser ignorada, a dominação do povo indígena, a escravidão dos negros e a exploração dos imigrantes, principalmente, no período entre a primeira e a segunda guerra mundial. Tais fatos deixaram suas marcas sangrentas na identidade e na cultura do povo brasileiro.

Mesmo com tantos conflitos, demonstrações de desigualdades sociais, acordos exploratórios, tem-se no povo brasileiro uma intensa vontade de viver em harmonia com seus pares, mesmo que para isso tenham de se acertarem de uma forma ou de outra.

Dessa intenção de conviver, a mediação costumeira do povo brasileiro é notória dando a impressão de acomodação, sentimento este que acabou sendo consagrado e publicado na obra *Macunaíma* (Mário de Andrade), em que a figura do protagonista brasileiro, um índio, demonstra uma preguiça sem fim e está sempre à sombra dos seus irmãos, que o defendem nas lutas. (SOUZA, 2003).

A obra de Mário de Andrade é profunda em lendas e fantasias, as quais demonstram as mais diversas fontes da formação cultural do povo brasileiro (SOUZA, 2003), em que o autor assim descreve o povo brasileiro em: “No fundo do mato-virgem nasceu Macunaíma, herói de nossa gente. Era preto retinto e filho do medo da noite” (ANDRADE, 2016, p.1).

Obviamente que o autor, Mário de Andrade, estava redigindo uma crítica ao povo brasileiro, e não generalizando tal personalidade. No entanto, as características apresentadas por ele foram internacionalmente consagradas e marcadas até a atualidade.

Depois da obra citada e da característica mediadora, o brasileiro passou a ser reconhecido pelo famoso “jeitinho brasileiro”, fato este que possui um entendimento bom e outro ruim. O bom por seu um

povo mais tolerante que tantos outros e ruim pela adaptação, a qualquer custo, a diversas situações melindrosas.

A cultura demonstrada na sociedade brasileira é a de um país que valoriza a posição e a origem social do cidadão, fato este que diretamente está relacionado à permissão do que pode ou não fazer (MATTA, 1983), em que se coloca alguns indivíduos acima da lei e dando aos demais membros da coletividade a necessidade de ter patrimônio para se igualar a estes e gozar dos mesmos benefícios e oportunidades.

O uso do jeitinho foi um dos mecanismos sociais que o povo brasileiro adotou como característica cultural para enfrentar os desafios cotidianos, o que torna essa postura perigosa e moralmente contestada, pois tal atitude flexibiliza normas e até mesmo ignora leis para que as que a adotam possam conseguir o que querem.

Pode-se citar como exemplo o caso do jogador de futebol Gerson (seleção brasileira de 1970), que popularmente ficou conhecido com uma de suas frases célebres “levar vantagem em tudo” o que desde então, ficou conhecido como o “jeitinho brasileiro” (FLACH, 2012, p.499).

Cumprido elucidar que, mesmo com as palavras do jogador da seleção de 1970, não era essa a mensagem ou o contexto que o presente trabalho deseja explicar, no entanto a sua eloquência com o tema é singular.

Desta forma, a cultura do povo brasileiro restou associada ao “jeitinho brasileiro” como sinônimo de malandragem e exposto pela imprensa de forma expressiva sem que houvesse uma explicação histórica do sentido do termo como veremos adiante.

### **3. O “JEITINHO BRASILEIRO”**

O denominado “jeitinho brasileiro” é uma forma de agir e de ser em que as pessoas, com menos poder aquisitivo ou de menos acesso a oportunidades, buscam uma maneira de resolver um impasse qualquer. Na verdade é característica de um povo

guerreiro que quer resolver engenhosamente situações complicadas e que não aceita o impossível como resposta.

Infelizmente, é notório que o “jeitinho brasileiro” foi incorporado pelas demais classes sociais, haja vista o cenário político brasileiro.

Na conceituação do “jeitinho brasileiro”, que surgiu no brasileiro menos abastado economicamente e acabou dissipando para as demais classes sociais, cumpre destacar a definição dada por Fernanda Carlos Borges: “não é a consequência de um atraso” “um critério ético e uma axiologia sobre um modo de ser no mundo que aceita a participação do imprevisível, da fragilidade, da afetividade e da invenção dentro da organização” (BORGES, 2007).

Nessa visão positiva do país do jeitinho somente um povo que resistiu a séculos de opressão e violência colonial, à escravidão, ao abandono após a abolição dos escravos e que carrega as consequências de uma desigualdade social marcante seria capaz de se inventar e se reinventar com jeitinho.

São séculos de necessidades materiais, sociais e emocionais diante das quais somente um povo batalhador e resistente seria capaz de demonstrar tanta resiliência, muito mais do que a incapacidade de viver legalmente e sem subterfúgios de malandragem.

Mas também há a interpretação do “jeitinho brasileiro” de forma negativa, simbolizando molejo, levar vantagem em tudo, ambição, engenhosidade, desonestidade e esperteza.

Essa característica é bem demonstrada nas repartições públicas, em que o indivíduo usa de meios não lícitos para obter alguma vantagem ou simplesmente a solução de um problema de forma mais ágil e favorável, de forma tal que todos saiam ganhando algo.

Isso acontece cotidianamente quando um brasileiro usa de meios para não pagar ou recolher menos impostos, ou quando tenta driblar a lei ou um policial para não ser multado por uma

infração de trânsito, dentre tantos outros exemplos impossíveis de elencar neste trabalho.

Esses meios de obter aquilo que se quer de forma sorrateira estão presentes em todos os ambientes humanos, como o familiar, o trabalho, o econômico o que torna ainda mais difícil de ignorá-lo, justificando-se sempre tal atitude com o argumento de que é assim mesmo ou então não tem outro jeito de conseguir.

Por fim, Roberto da Mata escreve que esse jeitinho é quase que uma cerimônia do povo brasileiro, no qual este se identifica com os seus pares em que todos desejam obter o resultado mais fácil e rápido, mesmo que para isso tenha que desrespeitar normas e leis transformando o impessoal em pessoal (MATTA, 1983).

O jeitinho resulta num comportamento de persuasão que abala sentimentos de inferioridade, típico das comunidades mais carentes e da população penitenciária, em que os membros destes vislumbram nas organizações criminosas uma forma de vida mais digna e de poder.

#### **4. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

O poder paralelo exercido, nos presídios e nas comunidades periféricas, apresenta uma organização funcional muito semelhante à do Estado de Direito, muito embora infenso às leis organizacionais impostas ao cidadão brasileiro.

Nesse sentido, é necessário dizer que o poder é, de certa forma uma representação, um símbolo que tem mais expressão do inconsciente do que, efetivamente, uma razão prática. Assim, sem precisar exercer a violência, obedece à norma, pois ela foi criada por nós, ou por meio daqueles que nos representam; assim, pensa Rousseau, em um sistema democrático.

Para melhor definir esse simbolismo, cabe citar Bourdieu: “A violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem e também, frequentemente, daqueles que a exercem na medida em que uns e

outros são inconsciente de a exercer ou a sofrer” (BOURDIEU, 1996, p.16). O autor completa seu raciocínio afirmando que “O Estado é a posse do monopólio da violência física e simbólica” (BOURDIEU, 1996, p.116).

O que chama a atenção é a obediência dos membros destes locais às normas impostas por estas organizações, como o PCC, em São Paulo, o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro entre outras. O poder emanado destes grupos afeta toda coletividade, ao seu redor, dado ao simbolismo de poder que estes exprimem.

A sociedade local legitima a aplicação das regras criadas por aqueles grupos criminosos, com todos os percalços existentes, e entende o justo, de forma contrária à norma pré-estabelecida, passo este, extremamente perigoso para todos os membros da coletividade.

Importante lembrar os ataques conferidos ao PCC (Primeiro Comanda da Capital) em São Paulo, no ano de 2006 (maio a agosto), com mais de 200 ações ofensivas, dentre eles, em 74 Complexos Presidiários, inicialmente, em resposta à transferência de 765 presos para a penitenciária de Presidente Venceslau pela Secretaria de Administração Penitenciária, dentre eles, o líder da referida facção Marcos Willians Herba Camacho (Marcola) (O Estado de São Paulo, 2006).

O jornal Estado de São Paulo, em 2008, revelou que, em 2005, o enteado de Marcola foi sequestrado por policiais civis e somente foi solto, depois que o chefe da facção pagou o resgate (Estadão, 2008).

Tal fato foi corroborado, em um relatório publicado pela Justiça Global (ONG) e pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Harvard, em maio de 2011, que pontuaram os constantes abusos praticados pelos policiais como ponto crucial para os ataques de 2006, e o sequestro foi apenas o estopim (ABONG, maio de 2011).

Para entender como esse poder de comando se institui, faz-se necessário analisar a formação das periferias e a constituição da legitimidade dos chefes do denominado “tribunal do crime”, para somente, depois, compreender a opção ou a falta desta em adotar

as regras impostas à mercê do Estado, gerando, desta forma, também um conflito político (FELTRAN, 2011).

O caminho adotado pela sociedade periférica é perigoso e se reflete em toda a coletividade. O que urge a análise desse comportamento, para traçar estratégias de aplicação de civilidade e de justiça, nas ações individuais dos cidadãos brasileiros.

Foucault leciona, em uma de suas obras, que a construção do próprio ordenamento jurídico, no Estado de Direito, passa da ideia de justiça privada para a ideia de justiça pública, pois o direito dá-se como a manifestação de uma guerra, não aquela comum com danos humanos e patrimoniais, que conhecemos, mas uma guerra de procedimentos e de normas, na qual vencerá nem sempre a justiça (FOUCAULT, 2002).

Depois de relatada a formação da cultura brasileira, repleta de violência e opressão, é compreensível a adoção do jeitinho brasileiro de se incorporar às essas organizações em busca de proteção, apoio e acesso a alguma oportunidade já que o Estado ignora a existência dessa camada da população.

A desproporção de classes no Brasil também é fator determinante na aderência de cidadãos ao crime organizado como registra Darcy Ribeiro “Essas diferenças sociais são remarcadas pela atitude de fria indiferença com que as classes dominantes olham para esse depósito de miseráveis, de onde retiram a força de trabalho de que necessitam” (RIBEIRO, 1996, p.217).

Como resultado da diferença gigantesca de acesso a oportunidades que refutem a dignidade humana, Darcy Ribeiro afirma “...classe dominante bifurcou sua conduta em dois estilos contrapostos. Um, presidido pela mais viva cordialidade nas relações com seus pares; outro, remarcado pelo descaso no trato com os que lhe são socialmente inferiores” (RIBEIRO, 1996, p.218).

Obviamente que a mistura cultural que resultou no povo brasileiro tem sua parcela de responsabilidade nessa disparidade de classes sociais.

[...] mais do que preconceitos de raça ou de cor, têm os brasileiros arraigado preconceitos de classe. As enormes distâncias sociais que medeiam entre pobres e remediados, não apenas em função de suas posses mas também pelo seu grau de integração no estilo dos grupos privilegiados – como analfabetos ou letrados, como detentores de um saber vulgar transmitido oralmente ou de um saber moderno, como herdeiros da tradição folclórica ou do patrimônio cultural erudito, como descendentes de famílias bem situadas ou de origem humilde – opõe pobres e ricos muito mais do que negros e brancos. (RIBEIRO, 1996, p. 237).

Frente a esse cenário, as classes menos favorecidas acabam por encontrar nas organizações criminosas cuidados que o Estado deveria lhes garantir, o que cria um círculo vicioso de violência e de prática de um jeitinho brasileiro negativo, que denigre a imagem desse povo batalhador, que vive em busca de oportunidades iguais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser um país localmente indígena, colonizado pela comunidade europeia, escravagista e aberto aos imigrantes de qualquer natureza, a diversidade cultural é inevitável, fato esse que contribuiu muito para a formação de uma cultura sem precedentes.

Conhecer a formação cultural do povo brasileiro gera inspiração para entender a característica mediadora e de adaptação, o conhecido “jeitinho brasileiro” em seus dois sentidos, o positivo e o negativo.

Em análise ao jeitinho positivo tem-se a capacidade desse povo de não se contentar com as dificuldades e buscar, incansavelmente, um solução para tudo, principalmente, driblar as diversidades cotidianas, já que o Brasil é um país socialmente patrimonialista e tão desigual. Tratando do jeitinho negativo tem-se a malandragem, a vontade constante de levar vantagem sempre e de conseguir o que quer com o menor esforço.

Analisando a origem da formação cultural brasileira, a história nos mostra que a criação do jeitinho tem ligação direta na atuação

do Estado em que a lei não serve para todos e que quanto maior o poder, mais acima da lei o cidadão demonstra estar.

Infelizmente, o Brasil está longe de atingir a tão sonhada igualdade de oportunidades para geral a igualdade social, isso contribui, para a cada vez mais comum utilização do jeitinho brasileiro, até mesmo a título de sobrevivência.

Diante da cultura e formação histórica brasileira, a incidência do “jeitinho brasileiro” negativo predomina, o que não contribui para o progresso social do país, principalmente, pela fama internacionalmente adquirida.

Modificar a cultura do “jeitinho brasileiro” é mexer na cultura do povo brasileiro. No entanto, isso somente é capaz de acontecer havendo oportunidades iguais a todos os cidadãos e um Estado atuante com políticas públicas capaz de suprir as necessidades básicas desse povo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mário Raul de Moraes. **Macunaíma**. São Paulo: Projeto Livro Livre, 2016.

BARBOSA, Livia. **O Jeitinho Brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros**. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

BORGES, Fernanda Carlos. **A filosofia do jeito**. Informativo Caros Amigos, nº286, 20 de abril de 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Traduzido por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

DaMATTA, Roberto. **Carnaval, malandros e heróis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983.

FELTRAN, Gabriel de Santis. **Fronteiras de tensão: política e violência nas periferias de São Paulo**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FLACH, Leonardo. **O Jeitinho brasileiro: analisando suas características e influências nas práticas organizacionais**. Revista Gestão de Planejamento, Salvador, v.12, n.3, p.499-514, set/dez.2012 (<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb>).

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito: aspectos macrossistêmicos**. São Paulo: Editora , 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SOUZA, Gilda de Mello. O tupi e o alaúde: uma interpretação de Macunaíma. São Paulo: Duas Cidades; ed.34, 2003.



# MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO MEIOS ALTERNATIVOS PARA A DESCONSTRUÇÃO DA CULTURA DE LITÍGIO E A PROMOÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém<sup>1</sup>

Daniele Silva Lamblém Tavares<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo surgiu a partir da observância de uma realidade social negativa, relacionada à perda da capacidade dos indivíduos de encontrarem soluções amigáveis para suas disputas, fenômeno que foi chamado de “Cultura de Litígio”.

Neste cenário, a conciliação e a mediação trazem um olhar diferenciado e restaurador da pacificação social. Far-se-á uma análise da evolução histórica dos métodos consensuais de autocomposição (mediação e conciliação), abordando-se a justificativa para a posição adotada atualmente pelo CNJ e pelo novo CPC, no sentido de estimular as soluções consensuais de conflitos.

Vale esclarecer que a “Cultura de Paz” defendida não importa necessariamente no afastamento ou desprestígio da atividade jurisdicional, mas sim na adoção de um trabalho em conjunto, priorizando-se as soluções consensuais quando cabíveis.

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) NA Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FG-UC), Portugal; Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; e-mail: glaucialamblem@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM; Professora do Núcleo de Prática Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; Advogada do Município de Paranaíba-MS (quadro efetivo). E-mail: danielle@lamblem.com.

Aborda-se, ainda que resumidamente, em razão do espaço reservado e da pretensão deste artigo, os conceitos, as características, os princípios e as técnicas da mediação e conciliação, sob uma ótica interdisciplinar, em uma experiência capaz de desconstruir a perspectiva de litigiosidade e de necessidade de judicialização de todas as relações conflituosas que surgirem.

É imperativo esclarecer que o trabalho não possui caráter dogmático, tendo em vista que as reformas processuais em comento são recentes, e nem sequer chegaram a se cristalizar na esfera doutrinária ou jurisprudencial. Neste ponto, a pretensão é de contribuir com a sistematização do direito processual civil, preocupado com a efetivação da tutela jurisdicional.

## **1. O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e a consequente cultura de litígio**

É cediço que na Constituição de um Estado está o fundamento da sua ordem jurídica, outorgando validade às demais normas que integram seu sistema jurídico, caso estas estejam em conformidade com seus postulados. Isto porque, nela estão traçados os princípios elementares dessa ordem, bem assim as regras instituidoras do próprio Estado, a separação dos poderes e organização de seus órgãos segundo uma distribuição de competências, além de ser nela que se fixam os direitos fundamentais.

Baseado neste postulado é que se pode afirmar que todas as demais normas infraconstitucionais devem estar em consonância com as regras e princípios constitucionais para serem consideradas válidas. Tal deve ser considerado não apenas no momento da criação das leis, mas também na interpretação e aplicação das leis.

Sobre o tema o mestre Arruda Alvim (1990, p. 170) expõe lapidarmente:

A tessitura da ordem jurídica não é constituída por um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é configurativa de uma construção escalonada, de diferentes camadas de níveis de

normas jurídicas. Esta colocação da Constituição no ápice do edifício jurídico decorre da circunstância dela encerrar, ou pretender encerrar, todas as aspirações essenciais de um povo, num dado momento histórico. A CF/88 aspira a mutações significativas na sociedade (art. 2º). Ela constitui no repositório dos bens havidos como fundamentais à coexistência social, sendo por isso hierarquicamente superior às outras leis; vale dizer, tem ela a missão jurídico-política de balizar a vida social, não permitindo que outras leis infringam as suas regras que vale como “postulados”, e daí terem na ordem jurídica a mais incontestável validade.

A atual Constituição Federal do Brasil dispõe como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. São os pilares da ordem jurídica brasileira, considerados como super-princípios que, inegavelmente, têm seu fundamento direto nos direitos humanos. Destarte, o Estado brasileiro reconhece como fundamento da ordem constitucional a dignidade da pessoa humana.

Diante de tais premissas, não se olvida que é na Constituição de cada Estado que se encontram os contornos do direito de ação conferido aos seus cidadãos. Sobre o tema, assevera Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 42), com a costumeira sapiência:

Todo direito só pode (e, em verdade, só deve) ser pensado, repensado, estudado e analisado a partir da Constituição Federal. Nada no direito pode querer estar em dissonância com a Constituição Federal. Ela é o diapasão pelo qual todas as outras normas jurídicas – princípios ou regras – devem ser afinadas, medidas e ouvidas, é dizer: tornadas fenômeno a ser sentido por e para seus destinatários (2006, p. 42)

O mundo jurídico vive uma fase de “renovação do estudo do Direito Constitucional” o que é denominada pela doutrina de “Neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”. Diante desta constatação, é despiciendo afirmar que o Direito Processual, influenciado por esta nova doutrina, estudado, pensado e efetivado sob a ótica da perspectiva constitucional, o que exige do processo

uma adequada e efetiva tutela jurisdicional como garantia de dos direitos fundamentais.

Com efeito, o direito de ação está expresso na Constituição Federal de 1988, cujo substrato básico consta em seu art. 5º, XXXV, assegurando que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Neste dispositivo constitucional encontra-se insculpido o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário possui jurisdição, considerada esta como o poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada (Arruda Alvim, 1990, p. 181).

Acresce-se a isto o fato incontestável que nenhuma lei terá legitimidade para limitar o acesso de qualquer pessoa ao Poder Judiciário, o que confere ao jurisdicionado o direito de ação em sua acepção mais ampla, dentro do sistema da Constituição Federal de 1988.

Deriva tal princípio da proibição da autotutela, ou seja, de que os cidadãos resolvam seus conflitos por si mesmos. Neste jaez, o Estado avocou para si o poder de resolver os conflitos de interesse que lhe são levados, configurando, assim a função jurisdicional um direito (poder) subjetivo público de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional.

Pedro Lenza (2006, p. 614) atribui a esta prescrição constitucional, também, uma reação aos atos arbitrários dos entes estatais que excluía, mediante lei ou decreto-lei, da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos. Daí, exsurge a importância prática do princípio em comento, na medida em há uma vedação explícita de que qualquer matéria, sob qualquer que seja o argumento, seja suprimida da apreciação do Poder Judiciário, o que configuraria arbítrio.

Ao proibir a autotutela, para o Estado surge, em contrapartida, o dever de munir os cidadãos com um instrumento capaz de dirimir o conflito de interesses em que estão envolvidos. Exerce-se o direito de ação movimentando Poder Judiciário, que é o órgão incumbido de prestar a tutela jurisdicional. Destarte, o exercício do

direito de ação propicia ao jurisdicionado o direito à prestação jurisdicional, direito este que é um reflexo do poder-dever do Estado-juiz de prestar referida tutela.

Considerado um direito público subjetivo do cidadão, o direito fundamental à ação é, portanto, a faculdade garantida pela Constituição de levar uma pretensão ou um conflito de interesses em juízo.

Destarte, ao prescrever que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, a Constituição Federal abraçou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, considerada pela doutrina a principal das garantias constitucionais, na medida em que de um lado outorga o monopólio da jurisdição ao Poder Judiciário e, de outro confere ao cidadão a faculdade de provocar tal poder quando se vê lesado em seus direitos ou simplesmente ameaçado. Em comentário ao dispositivo supramencionado constitucional, Fredie Didier Jr. (2008, p. 86), assim posiciona-se:

Trata o dispositivo, da consagração, em desde constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

Em virtude de tal princípio, ninguém, nem mesmo o legislador poderá criar obstáculos ao acesso à justiça, o que equivale a dizer que qualquer pessoa pode ingressar em juízo para deduzir suas pretensões, como afirma Nelson Finotti Silva (2005, p. 31):

Portanto, quando o direito material é violado, ameaçado de ser violado ou até mesmo para prevenir um ilícito, deverá a pessoa, fazendo uso de um instrumento, provocar o Estado que chamado a desempenhar uma de suas funções-poder, a função jurisdicional, a exercerá, observando normas previstas para esse fim.

De outra sorte, deste princípio, pode-se extrair outra exegese.

Ora, se a Constituição Federal garante o direito de acesso ao Judiciário e se a este direito corresponde um dever jurídico – de tutelar os direitos ameaçados ou efetivamente violados –, referida tutela deve ser adequada e concreta e não apenas formal (CÂMARA, 2008, p. 48).

A doutrina mais abalizada tem difundido o entendimento de que artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, ao consagrar o direito de invocar a tutela jurisdicional não assegura apenas o direito de acesso ao Judiciário enquanto instituição estatal, mas, sim, de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, *in* GRINOVER, 1988, p. 161). Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 84), leciona:

A garantia de ingresso em juízo, que modernamente vem sendo denominada de garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional, não se limita, todavia, a assegurar, em sede constitucional, o direito de acesso. Sugere a doutrina processual comprometida com os resultados do processo que o princípio da inafastabilidade significa oferta de efetiva tutela aos titulares de interesses amparados pelo Direito. É lícito concluir, pois, a partir dessa premissa, que o legislador constitucional, preocupado em proporcionar aos litigantes, acesso à ordem jurídica justa, consagrou outras garantias visando a esse objetivo.

Neste compasso, é inolvidável que o princípio da inafastabilidade do controle judicial tem como corolário assegurar o direito à tutela adequada e efetiva e, por conseguinte, deve ser considerada inconstitucional qualquer lei cujo teor impeça o Judiciário de conhecer e tutelar os direitos ameaçados ou violados que a ele são levados.

É cediço que Constituição Federal trata do direito de ação sob diversos ângulos relacionados ao direito fundamental à tutela jurisdicional, e embora se reconheça que cada uma das facetas inerentes ao direito de ação, bem como as garantias advindas do princípio da inafastabilidade do controle do poder judiciário são de extrema relevância ao exercício da prestação jurisdicional pelo

Estado, não se olvida que a matéria é extensa, eis que se trata de tema extremamente fecundo.

Por esta razão, impõe a delimitação dos aspectos a serem tratados no presente estudo. Assim, serão abordadas, a seguir, apenas as faces que afetam diretamente os métodos alternativos de resolução consensual dos conflitos.

Nessa premissa, nos voltamos para as bases constitucionais, já que a Constituição Federal, em seu art. 4º, inc. VII, elenca como um princípio da República Federativa o Brasil a “solução pacífica dos conflitos”. Ora, para que seja possível o convívio harmonioso em sociedade, o direito se faz necessário como instrumento de equilíbrio e pacificação social. O conflito, de forma simplificada, pode ser definido como uma crise na relação entre indivíduos decorrente de uma diferença de posicionamento acerca de determinada situação.

Contudo, somente haverá uma controvérsia ou situação litigiosa caso os indivíduos envolvidos não sejam capazes de chegar a um consenso e solucionar o conflito por meio do diálogo direto entre eles.

Surgindo a controvérsia, faz-se necessário chamar terceiros a intervirem no conflito, em prol da pacificação social. Para Francesco Carnelutti (*in* SILVA, 2010, p. 494), a lide é “*o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro*”.

A solução de conflitos, seja mediante diálogo direto entre as partes ou pela interferência de um terceiro, é um desafio constante na busca da paz social e do bem-estar dos indivíduos.

Com o desenvolvimento da sociedade, o Estado chamou para si a função de dizer o direito e a competência para solucionar eventuais litígios através do Poder Judiciário, tornando o acesso à Justiça direito assegurado de forma ampla e efetiva aos cidadãos.

Conforme os ensinamentos de Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 17):

A ideia de monopólio do Estado surgiu exatamente para limitar o poder do mais forte, evitando abusos e a aplicação generalizada daquilo que se denominava autotutela pelo exercício de uma forma de aplicação de justiça privada.

Instalou-se, contudo, uma cultura, segundo a qual, qualquer questão, de maior ou menor importância, é levada ao conhecimento do Judiciário, abarrotando a máquina de processos e inviabilizando a observância de outro direito fundamental, qual seja, a razoável duração dos processos.

Segundo Cahali (2017, p. 29), notou-se a perda da capacidade de os indivíduos resolverem os próprios conflitos, incumbindo, assim, a terceiros (p. ex.: o magistrado) a missão de impor ao caso uma solução, nem sempre favorável a parte postulante, mas que coloque fim ao conflito. Instaurou-se a chamada “cultura do litígio”.

No entanto, atualmente, não se contenta mais apenas com o acesso formal à Justiça, sendo imperativo o surgimento de soluções revestidas de efetividade. Fundamentalmente, portanto, é possível afirmar que o direito de acesso à Justiça traduz-se em direito de acesso à uma ordem jurídica justa, por intermédio da qual propicia-se ao cidadão o acesso efetivo à adequada resolução do seu conflito.

Diante disso, a tendência do direito processual civil tem se voltado para o fortalecimento da justiça privada, através dos meios alternativos de solução de conflitos, quais sejam: Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem.

## **2. Os meios alternativos de solução de conflitos e a pacificação social**

No presente trabalho, destacam-se os dois primeiros métodos (Mediação e Conciliação), que também são espécies de autocomposição. Por autocomposição, podemos entender como a forma de solução de um litígio em que os indivíduos envolvidos, assistidos ou não por um terceiro, criam uma solução para atender os seus interesses.

Para o CNJ, em seu Manual de Mediação Judicial (2016, p. 20):

Os chamados ‘processos autocompositivos’ compreendem tanto os processos que se conduzem diretamente ao acordo, como é de forma preponderante a conciliação – que será apresentada a seguir –, quanto às soluções facilitadas ou estimuladas por um terceiro – geralmente, mas nem sempre, denominado “mediador”. Em ambos os casos, existe a presença de um terceiro imparcial, e a introdução deste significa que os interessados renunciaram parte do controle sobre a condução da resolução da disputa.

Importa, assim, apresentar uma breve diferenciação entre os institutos “mediação” e “conciliação”, trazida por Clovis Brasil Pereira (2015, s.p.)

A Conciliação é uma forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas.

A Mediação, por sua vez, é a forma de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, chamado mediador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.

Reproduzindo a definição de conciliação trazido no Manual de Mediação Judicial do CNJ (2016, p. 21):

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

Ainda se valendo dos conceitos do CNJ (2016, p. 20), “*a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro*”.

A mediação consistirá em um procedimento, embasado por técnicas específicas e conduzido por um terceiro imparcial, que de forma alguma decidirá ou julgará a lide, tendo apenas a missão de

identificar a origem da lide e estimular/auxiliar as partes a construírem, por si só, a solução mais adequada ao caso.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo os órgãos judiciários de oferecer às partes mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Na mesma época, começou a tramitação do Projeto de Lei nº. 166/2010 (posteriormente transformado no Projeto Substitutivo nº. 8.046/2010), tratando do novo CPC, que recepcionou os anseios do CNJ de estimular o que o órgão chamou de “Cultura da Paz”, trazendo, no texto aprovado, grande destaque para a Mediação e Conciliação.

Convém mencionar a afirmação do Senador Marconi Perillo, em seu relatório acerca do PL nº. 166/2010 (Novo CPC), de que *“o projeto reforça o papel das partes como protagonistas, ao possibilitar o encerramento do processo pelo mecanismo da mediação ou da conciliação”*.

Além do novo CPC, foi também promulgada, no mesmo período, a Lei de Mediação (Lei nº. 13.140, de 29/06/2015), que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O acesso à Justiça, garantido na Constituição Federal de 1988, então perpassa o mero acesso ao Judiciário, pressupondo o acesso a uma ordem jurídica justa e eficiente, que atenda aos anseios dos litigantes em tempo razoável. Ora, nem sempre os conflitos foram resolvidos pelo Estado. Na história da humanidade, diversas formas de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e arbitragem, foram utilizadas pelas civilizações antigas, desde tempos imemoriais. Como já mencionado, o desenvolvimento da sociedade e das relações sociais entre os indivíduos, levou o Estado chamar

para si o monopólio do poder de dizer o direito e aplicar a Justiça, por meio do Poder Judiciário.

Entretanto, é evidente a prestação jurisdicional ineficiente por parte do Estado, dada a surpreendente quantidade de ações em curso, sendo que, por vezes, ao final de um procedimento extenso e extenuante, as partes nem sequer recebem a satisfação de seu direito. Estabeleceu-se, nesse cenário, o que se chamou de “crise da Justiça”.

Cappelletti e Garth, no intuito de identificar as causas da referida crise e da ineficiência do processo, realizaram, na década de 70, uma pesquisa que os levou à conclusão de que os fatores eram de ordem “econômica, organizacional e processual”.

Ora, foram apontados o custo do processo e o pagamento de honorários aos advogados como obstáculos ao acesso à Justiça por pessoas em situação de hipossuficiência econômica, já que não dispunham de recursos financeiros suficientes para as despesas processuais até o final do litígio. Outras vezes, o empecilho encontrava-se no fato de que tais despesas eram maiores do que o ganho a ser pleiteado.

Finalmente, o terceiro impedimento apontado para a ineficiência processual referia-se, essencialmente, ao processo (em especial, as formalidades excessivas), o qual, na maioria das vezes, não se mostrava como o meio adequado para resolução das controvérsias, já que nem sempre se alcançava uma solução justa e em tempo razoável.

Assim, foram propostas algumas ondas renovatórias do processo. Dentre elas, destaca-se o resgate de mecanismos de autocomposição, dentro e fora do processo, como formas de dar efetividade ao processo judicial, quais sejam: a conciliação, a mediação e a arbitragem, que não são criações novas. Todas essas formas de resolução de conflitos foram utilizadas com sucesso ao longo dos tempos.

O instituto da mediação está presente na história da humanidade, desde tempos remotos e antecedeu ao poder Estatal

na solução das lides. Enfim, busca-se, sobretudo, a resolução dos conflitos por meios consensuais, evitando-se um processo judicial desnecessário e fortalecendo a cultura de pacificação social.

Tem-se percebido que os métodos alternativos de conflitos são medidas viáveis e trazem inúmeros benefícios às partes, tanto que o novo CPC estabeleceu, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º:

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Impulsionado por esta onda renovatória de acesso à Justiça, o novo Código de Processo Civil cumpre sua função de estimular o uso de mecanismos de solução consensual de controvérsias. Diante de um conflito instaurado, cumpre ao operador do direito conduzir as partes ao método mais adequado para a solução do litígio.

A princípio, na abordagem do conflito, deve-se perguntar: “Qual a melhor estratégia: enfrentamento pela via contenciosa ou busca de saídas pela via consensual?”. Dessa forma, dependendo do tipo de conflito, uma forma alternativa de resolução do conflito é mais adequada, bem como suas técnicas mais apropriadas.

Segundo Pereira (2015, s.p.)

Pela natureza da atividade desenvolvida pelos profissionais, a Mediação se mostra mais adequada para as questões que envolvem conflitos na área da família, no âmbito interno das empresas e no contexto escolar, e a Conciliação, para as questões da área comercial e do consumidor, destacando que podem ser utilizadas as duas técnicas de solução de conflitos, quanto se tratar obviamente de direitos disponíveis.

Vejamos o que diz o art. 165, do novo CPC, em seus §§ 2º e 3º:

§ 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Assim, vemos que o texto do Novo Código de Processo Civil dá um destaque especial à Conciliação e à Mediação, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades. Nos últimos tempos, instrumentos como a Conciliação e a Mediação são destaques para solução célere e consensual dos conflitos, seja judicial ou extrajudicialmente.

Dentre os benefícios e as vantagens da mediação e conciliação, podemos apontar: a) redução das despesas, bem como do esgotamento emocional; b) construção de soluções harmônicas e adequadas aos interesses dos envolvidos; c) maior satisfação dos interessados; d) maior agilidade na resolução das controvérsias, quer pessoais, familiares ou de negócios; e) desburocratização dos procedimentos, uma vez que prevalece o princípio da informalidade nas sessões de mediação ou conciliação; f) possibilidade da solução da demanda por terceiro escolhido pelos interessados, a depender da natureza do assunto; g) a garantia de privacidade e sigilo.

Ocorre que, na prática, esses métodos são pouco ou mal utilizados, faltando, muitas vezes, empenho tanto das partes quanto daqueles que poderiam auxiliá-las para a solução consensual do litígio, o que acaba por prolongar, por anos a fio, um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente.

Verifica-se a prevalência de uma cultura judicial alicerçada na adversariedade, uma vez que, em geral, os advogados e demais operadores do direito não estão acostumados, e quem sabe, preparados para a utilização de meios como a mediação e a conciliação. Valem-se, desse modo, do frequente pretexto que uma conversa mais amistosa entre os envolvidos atrapalharia o andamento processual (em especial, a pauta de audiências). Não obstante, uma postura conciliatória do Judiciário evitaria o

amontoamento dos autos nas prateleiras dos Fóruns, que, segundo estatística do CNJ, chega ao acervo de 95 milhões de processos.

Segundo a professora Fernanda Tartuce (2017, s.p.):

Na seara judicial e no plano normativo a priorização de chances para entabular acordos vem se intensificando ao longo dos anos. O Novo Código de Processo Civil confirma essa tendência ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos. Sob a perspectiva numérica, eis as ocorrências: no Novo CPC a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões.

Seguramente, podemos afirmar que encontramos poderosos instrumentos para a pacificação social e solução de conflitos na conciliação e a mediação, válidos para quase todas as áreas do direito, desde que se trate de direitos disponíveis.

O Poder Judiciário poderá encontrar aperfeiçoamento e efetividade em sua prestação jurisdicional mediante a aplicação prática desses mecanismos, os quais já se encontram devidamente positivados no Novo Código de Processo Civil.

## CONCLUSÃO

Destarte, conclui-se que as transformações sociais redefiniram as funções Poder Judiciário, transferindo a terceiros o papel de solucionar controvérsias que extrapolam o aspecto jurídico, uma vez que grande parte dos conflitos interpessoais tem cunho psicológico, emocional e social, sendo que a solução, muitas vezes, demanda avaliar os reais motivos que levaram ao surgimento da lide e realizar um reajuste/regaste da comunicação relacional, de modo que as próprias partes envolvidas possam expor e entender os argumentos e sofrimento do outro, em um ambiente seguro e não adversarial de resolução de disputas, possibilitando que ambos construam a melhor alternativa para colocar fim ao conflito.

Muitas lides que chegam ao Judiciário reclamam muito mais que conhecimento jurídico, existe a necessidade de uma visão

interdisciplinar, que promova uma escuta atenta e qualificada das partes envolvidas, realinhando a comunicação e que traga fim às discórdias.

A adoção dos métodos alternativos de resolução de conflitos apresenta-se, não somente como forma de reduzir a excessiva e, muitas vezes desnecessária, judicialização de conflitos, mas principalmente de levar a sociedade a resgatar a capacidade, outrora perdida com o desenvolvimento social e o monopólio da jurisdição pelo Estado, de solucionar suas lides por si mesma.

Busca-se a desconstrução da cultura de litígio e o fortalecimento da cultura da pacificação social.

Cabe, então, aos operadores do Direito se adaptarem às novas nuances jurídicas e participarem de maneira efetiva na promoção da autocomposição em suas variadas formas. Convém, inclusive, aos juristas, advogados e defensores, cogitarem uma possível associação a profissionais especializados de outras áreas (como psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, sociólogos, pedagogos), visando um melhor atendimento aos clientes, desempenhando seu ofício com uma perspectiva pacificadora.

Aos demais aplicadores e fiscais da lei, como Juízes e Promotores de Justiça, sugere-se uma postura menos formalista e mais sensível aos novos procedimentos judiciais eleitos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo legislador brasileiro, eis que o excessivo rigor e o legalismo, por vezes, impedem que as partes encontrem uma solução pacífica e, ao mesmo tempo, que satisfaça ao interesse de para ambas.

Por fim, é indubitável que um dos propósitos do Estado é uma sociedade igualitária, mais justa e menos conflituosa, harmonicamente organizada com os fundamentos e garantias constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Por esta razão, importa que as medidas necessárias sejam adotadas de forma a conferir a estrutura adequada ao funcionamento desse novo sistema que prima pela resolução consensual dos conflitos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Áreas de atuação da mediação de conflitos**. IN: Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Org. ALMEIDA, Tania. PELAJO, Samantha. JONATHAN, Eva. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PAIVA, Fernanda. **Dinâmica da Mediação: Atores**. IN: Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Org. ALMEIDA, Tania. PELAJO, Samantha. JONATHAN, Eva. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos**. In: Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Org. ALMEIDA, Tania. PELAJO, Samantha. JONATHAN, Eva. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. vol.1, 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. (Coleção saberes do direito; 53) 1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Mediação - Brasil I. Título. II. Série. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. **Lei da Mediação**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de mediação judicial**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. 2016>. Acesso em: 15 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 15 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Cumprimento da Sentença e Processo de Execução: Ensaio sobre o Cumprimento das Sentenças Condenatórias**. In: DIDIER, Fredie (coord). *Execução Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. II. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. v. 1. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 9. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

MAIA, Andrea. BIANCHI, Angela Andrade. GARCEZ, José Maria Rossani. **Origens e norteadores da mediação de conflitos**. IN: *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Org. ALMEIDA, Tania. PELAJO, Samantha. JONATHAN, Eva. Salvador: JusPodivm, 2017.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Trad. Magda França Lopes. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Atualização: Nagib Slaibi Filho, Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de Armas no Processo Civil**. Publicado na Revista Jurídica – Janeiro de 2005 – v.327 – páginas 31/40. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/119910805/Paridade-de-Armas-no-Processo-Civil>>. Acesso em: 15 jan. 18.

TARTUCE, Fernanda. **Estímulo à autocomposição no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.rlmediar.com.br/estimulo-autocomposicao-no-novo-codigo-de-processo-civil-e-tempo-de-acordar/>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <[www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora)>. Acesso em 08. fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

\_\_\_\_\_. **Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 123, ago./2014, p. 24-33.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

# (DES)AVANÇOS NA LIMITAÇÃO DO PODER JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Juliano Gil Alves Pereira<sup>1</sup>  
Lanaira da Silva<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (NCPC), inserido no contexto democrático, é considerado a maior regulamentação aprovada nesse período, tendo em vista que a aprovação do anterior (1973) ocorreu em um período ditatorial.

Indubitavelmente, sua aprovação representa alguns avanços significativos, de acordo com a doutrina, pátria ao incorporar novos institutos e trazer novas possibilidades. Apesar das objeções, o Novo Código de Processo Civil, dentro de um processo

---

<sup>1</sup> Professor Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad Del Museo Social Argentino* – UMSA; Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Professor assistente efetivo dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; Vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, registrado no CNPQ; Ex membro relator do XI Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP - São José do Rio Preto (gestão 2013/2015); Membro relator do XXV Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP - Fernandópolis (gestão 2016/2018). Advogado militante na Comarca de Santa Fé do Sul-SP. E-mail: julianogiladv@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora. Advogada. E-mail: lanaira75@gmail.com.

democrático, aponta para novos rumos com relação às limitações do poder jurisdicional.

A absorção de aspectos discutidos na doutrina pátria (v.g: a “ponderação”), bem como a inserção da “Coerência e Integridade” (Ronald Dworkin) demonstram a sofisticação e cautela na construção do novo Código. Pode-se dizer que nunca antes houve na doutrina brasileira um Código de Processo Civil tecido nesse contexto democrático.

O novo Código, aprovado em 16 de março de 2015, traz também (des)avanços na medida em que, ao mesmo tempo que ratifica a retirada do “princípio do livre-convencimento” - preponderando pela “Coerência e Integridade” das decisões - admite expressamente que “fenômenos” como a “ponderação” tenham lugar dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Longe de findar a discussão, através da metodologia hermenêutica, o presente artigo possui como intuito trazer à tona especificamente quais institutos que, com aprovação do novo regulamento, poderão (ou não) trazer mudanças nos atuais parâmetros de limitação do poder jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

## **1. A inserção da “ponderação” como um desavanço do Novo Código de Processo Civil**

O jurista alemão Robert Alexy mostra uma preocupação muito clara sobre a questão do poder discricionário das autoridades públicas, em particular no que diz respeito aos poderes legislativo e judiciário. Nesse aspecto, de acordo com o trabalho desse autor, existem basicamente dois tipos de critérios: um substancial (ou estrutural); e um epistêmico (GARCIA MANRIQUE, 2009, p. 78). O critério substancial é tudo o que as normas constitucionais não mandam ou não proíbem. (GARCIA MANRIQUE, 2009, p. 78). Já o critério epistêmico é a autoridade para determinar, em caso de dúvida, o fim ou a proibição das normas constitucionais, deixando-

se um espaço "livre" para se decidir (GARCIA MANRIQUE, 2009, p. 78). Há, além disso, três tipos diferentes de discricção substantiva: critério para selecionar os meios; critério para definir os efeitos; e discricção para ponderar (GARCIA MANRIQUE, 2009, p. 19).

O autor, em seguida, assevera que existe uma necessidade de justificação por parte do magistrado para basear as suas decisões, isto é, sempre é preciso que haja uma "exposição" de um argumento para chegar a essa solução. No entanto, todos são livres para criticar julgamentos por argumentos legais, o que pode levar à anulação de uma decisão de um tribunal superior ou até mesmo a rejeição de um precedente. Nesse sentido, sempre que houver uma colisão de princípios, inserida na teoria da argumentação, deverá ocorrer a ponderação, sopesando-se através de um procedimento lógico-argumentativo qual princípio aplicar em cada caso. Com isso, uma teoria da argumentação jurídica deve delimitar o "espaço livre" para a decisão, o lado institucional ou real da argumentação jurídica, bem como a dimensão discursiva (ALEXY, 1997, p. 95).

Contudo, a "ponderação" alexyana, inserida no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se como um desavanço, uma vez que tecnicamente não possui constitucionalidade. No novo CPC, o parágrafo 2º do artigo 489<sup>3</sup>, estabelece que o juiz deve ponderar as normas. No ordenamento jurídico pátrio, normas são consideradas as regras e princípios. Desse modo, no caso do juiz ponderar regras, por exemplo, estará extrapolando seu dever ao legislar, uma vez que para Robert Alexy, autor da Teoria da Argumentação, não se considera admissível a ponderação de regras. Se o juiz julgar considerando a tessitura da jurisdição constitucional, não se faz necessário ponderar. Contudo, se não o fizer, estará cometendo uma inconstitucionalidade (STRECK, 2013, passim, p. 343-367).

---

<sup>3</sup> CPC, art. 489, § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Em outras palavras, a ponderação foi criada para racionalizar decisões judiciais a partir de um procedimento argumentativo. Nesse sentido, tal teoria será o modo de resolução de conflitos jurídicos em que haja a colisão de princípios, sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dentro da perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, a ponderação foi recepcionada no Brasil erroneamente, transformando-se em um “álibi interpretativo”. Existem inúmeros equívocos sobre o entendimento dessa teoria, como, por exemplo, chamar a ponderação de princípio; aplicar a ponderação na colisão de normas; desconsiderar que o resultado da ponderação é uma regra, a ser aplicada por subsunção. Ademais, impossível encontrar um tribunal que tenha conseguido aplicar corretamente as fórmulas criadas pelo doutrinador alemão Robert Alexy, o que revela que os rígidos parâmetros de sua teoria acabaram por justificar um procedimento meramente formal que serve como disfarce da discricionariedade (STRECK, 2013, *passim*, p. 343-367).

## **2. A resposta de Friedrich Müller para o problema da discricionariedade: o processo de concretização**

Nesse ponto, será abordado de uma forma mais aprofundada os principais aspectos da Teoria Estruturante do Direito, levando em consideração seus pontos fulcrais que influenciam direta/indiretamente aspectos fundamentais quanto à limitação do poder jurisdicional. Inserido nesse contexto, BONAVIDES (2001. p. 206) afirma:

A preparação teórica de uma democracia participativa passa, de necessidade pela criação de premissas metodológicas de uma hermenêutica constitucional, fundada em valores e princípios e, ao mesmo passo, numa reelaboração doutrinária e científica da norma jurídica. Essa dimensão nova, sobretudo original, se acha, por inteiro contida na obra do filósofo Friedrich Muller, cujo pensamento já começa a criar raízes no meio jurídico nacional,

com a tradução de alguns ensaios fundamentais desse insigne Mestre de Heidelberg.

A inauguração desse novo paradigma (pós-positivista) é institucionalizada com a Teoria Estruturante do Direito na medida em que desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica, pois parte dos problemas do próprio mundo jurídico. Além disso, resta claro seu padrão indutivo com vistas à questão da interdisciplinaridade, uma vez que o seu conceito, composto de norma, inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico (MÜLLER, 2009, p. 12).

Friederich Müller trabalha com uma concepção estruturante da teoria e dos métodos “empírico-pragmáticos”. Todavia – como o próprio autor salienta –, não se trata de um pragmatismo genérico, ideológico, mas de um pragmatismo operacionalizado pelos conceitos e *modus operandi* teórico-metodológicos e operacionalizado nos detalhes desses mesmos conceitos e *modus operandi*. Assim o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas, mas atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida (MÜLLER, 2009, p. 14).

Através da metódica estruturante, o autor demonstra que a prescrição juspositiva é mero abalizador na estruturação da norma. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Os textos normativos possuem apenas virtualmente o direito, ou seja, texto de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático (ABBOUD, 2011, p. 62).

A Teoria Estruturante do Direito aponta como normativo os aspectos que conferem caráter diretivo no conteúdo da decisão, sendo o texto normativo – portador dos dados de linguagem (*Sprachdaten*) – e o âmbito normativo – seus dados reais, ou secundariamente ligados pela linguagem aos nexos de realidade (*Realdaten*). A estruturação da norma se dá por meio da integração

dos elementos textuais e reais, e não por meio dos fundamentos das teorias jurídicas tradicionais (de matriz kelseniana). Neste sentido, importante salientar que

O âmbito normativo não é, por conseguinte, um conglomerado de fatos materiais, senão uma conexão, expressada como realmente possível, de elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, e que habitualmente se encontram pré-formados juridicamente. Com a distinção entre âmbito material e âmbito normativo fica descartada a ‘força normativa do fático’ como usurpação da eficácia normativa por parte de meros fatos. (MÜLLER, 2009, p. 30)

Ocorre que a normatividade, essencial à norma, não é produzida por esse mesmo texto, isso porque norma e realidade não devem ser justapostas sem nenhuma relação tal como a doutrina “neokantiana” – que distingue ser e dever-ser. O encontro destas dar-se-ia apenas mediante a subsunção do tipo legal (*Sachverhalt*) a um primeiro enunciado de caráter normativo.

Na realidade, convém ressaltar que o texto da norma não é a própria norma jurídica, mas configura o dado de entrada (*input*) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma (ABBOUD, 2011, p. 62).

Portanto, a Teoria Estruturante do Direito se coloca como uma epistemologia da práxis, por assim dizer. É uma teoria que parte da análise das decisões dos Tribunais, principalmente as oriundas do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Com efeito, MÜLLER (MÜLLER, 2009, p. 131) afirma que

‘concretizar’ não significa, aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um Estado de Direito.

Nesse contexto, devido à conexão hermenêutica entre programa e âmbito de norma, também prescinde da norma a jurisprudência que – quebrando os resultados obtidos na interpretação do programa normativo – pretenda, injustificadamente, apoiar a decisão em pontos de vista estruturais do âmbito normativo.

Em nenhuma ciência humana, o momento da aplicação (assim entendida a aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico) aparece tanto no primeiro plano como na ciência jurídica. Ainda que a aplicação seja parte constitutiva de toda a compreensão nas ciências humanas, a partir da perspectiva gadameriana, a ciência jurídica seguramente não lida com configurações de linguagem que são também compreensíveis “em si mesmas”, mas com normas que pretendem “ter vigência” em combinação com sanções concretas no universo social, cuja normalidade está, portanto, assentada sem mediações na direção de áreas, conteúdos, reações sociais determinadas em cada caso (MÜLLER, 2009, p. 66/67).

Nesse sentido, com o intuito de diminuir/eliminar a discricionariedade das decisões, indiretamente, a Teoria Estruturante do Direito influencia, ainda que não expressamente, nas discussões que originaram também o Novo Código de Processo Civil. No Brasil, inserida no seara dessas discussões a respeito da discricionariedade, com a Crítica Hermenêutica do Direito, foi possível se preconizar um conjunto íntegro e coerente de princípios, além de uma outra contribuição fulcral: a retirada do Princípio “livre convencimento” que se apresentava em quatro dispositivos e que com o Novo Código de Processo Civil desapareceram, em virtude do fato de que Coerência e integridade são *incompatíveis* com o voluntarismo judicial (STRECK, 2015, p. 33-52).

Desse modo, para além da (boa ou má) vontade dos juízes, o Estado Democrático de Direito Brasileiro se refere a um Texto Fundamental, sendo esse condição de possibilidade para aplicação do Novo CPC. Nesse sentido, é necessário construir discursos cada

vez mais estabelecidos contra a livre atribuição de sentidos pelas autoridades competentes, uma vez que o processo democrático garante o controle público das decisões, operacionalizando uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (HÄRBELE, 2002).

### **3. A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck: avanços na limitação do poder jurisdicional**

Desse modo, a partir de STRECK (2011, p. 255) pode-se ir um pouco além na doutrina brasileira com a discussão a respeito da limitação do poder jurisdicional, uma vez que sob a influência da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) foi possível debater pontos fulcrais na construção do Novo Código De Processo Civil. Para referida teoria, a norma jurídica não se define como uma “capa de sentido” a ser dada a um texto, mas algo que é dele inseparável.

Para STRECK (2009, p. 224-226),

“norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só exsurge na sua normação”.

Desse modo, não há espaço para a “vontade” do intérprete, em outras palavras, para a opinião pessoal do magistrado a respeito do assunto. Nesse contexto é que (ex)surge a Crítica Hermenêutica do Direito:

O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo) . E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica (STRECK, 2013, p. 344)

A partir dessa perspectiva, o jurista busca demonstrar que não existe uma cisão entre interpretação e aplicação como outrora se pensava em outros paradigmas, primando pela *intersubjetividade*<sup>4</sup>. Ao se coadunar com a linha da Hermenêutica Filosófica, a lição de Streck aponta para o fato de que interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*)<sup>5</sup>. Ainda nesse sentido o autor encontra no paradigma "pos-positivista":

Assim, nos quadros do chamado *pós-positivismo*, o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização. Fora disso, a crítica ao positivismo se perde no fugas. Fora disso, uma eventual oposição ao positivismo pode

---

<sup>4</sup> Subjetivamente, o homem é compreendido como inteligência, por meio da qual ele capta as formas das coisas pela abstração a partir da sensibilidade que lhe fornece a matéria. Esse esquema permanece intocado na reviravolta antropocêntrica da filosofia moderna: o que muda é a compreensão da forma, que agora não é mais ontológica, mas uma dimensão da subjetividade constituinte do mundo dos objetos. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.202.

<sup>5</sup> Não há confundir aqui com os métodos de interpretação que se ligam à hermenêutica em sua acepção vulgar, nem mesmo com os de certas hermenêuticas em sentido próprio da fase especial, passando pela fase de teoria geral da interpretação – quando os teoremas fundamentais do paradigma ora trabalhado apenas se esboçavam –, antes de chegar à hermenêutica chamada fundamental, na qual Heidegger a ressignifica. Diante deste novo uso, algumas ideias que compõem a doutrina clássica da hermenêutica podem ser questionadas, dentre elas, justamente: a estrutura metodológica como meio formal para garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo. Ocorre que o necessário ideal de transparência que se encontrava por detrás das posturas hermenêuticas tradicionais e que possibilitava a crença de que seria possível encontrar um método rígido e definitivo para evitar erros e mal-entendidos, no interior da hermenêutica heideggeriana, desaparece. Isto porque, como o próprio fato da existência, enquanto ser humano situado historicamente, se constitui como elemento essencial para qualquer interpretação: não há transparência possível de ser alcançada. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.155.

até ser tida como *antipositivista* ou *não positivista*. Porém, de forma alguma poderá ser nomeada como *pós-positivismo*. (OLIVEIRA, 2015)

Ademais, o autor critica com veemência a tendência de se fazer, através de um raciocínio que visa apenas os fins, um direito tecnocrata em que se impera vontade do Juiz. Nesse sentido, a aceitação da discricionariedade significa a consagração da filosofia da consciência, em que o juiz decide de acordo com sua própria consciência<sup>6</sup>. Tal visão vai de encontro aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, uma vez que o juiz deverá cumprir a Lei ao invés de impor o que melhor lhe convém (STRECK, 2013, p.19).

Ademais, ao se reduzir a discricionariedade, dentro da perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, há a preservação da autonomia do direito, uma vez que é necessário a implementação de mecanismos de controle para a preservação dessa autonomia<sup>7</sup>. Por isso, a autonomia do direito não pode

---

<sup>6</sup> Para explicar melhor: a partir da hermenêutica (CHD), é possível perceber que – quando se defende limites semânticos ou algo do gênero- não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista... O sentido se dá em um a priori compartilhado. Esse processo não é arbitrário ( e tampouco refém do “mito do dado”). E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto ( nem é a sua “fotografia”...). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que diante dos extremos positivistas de um lado, literalidade, de outro, discricionariedade ou livre convencimento, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo. [...] Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que objetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que subjetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos. , Lenio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153-157

<sup>7</sup> “Nada do que foi dito até aqui pode significar que o intérprete venha a dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, isto é, a hermenêutica nem de longe pode ser considerada relativista. Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que se falará da possibilidade de respostas corretas ou, se assim for almejado, de respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição (portanto, sempre será

implicar em uma indeterminação, ainda que o direito tenha sido construído democraticamente (STRECK, 2013, p.59). Desse modo, antes das contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito, o projeto do Novo CPC continha a obrigação de os tribunais manterem apenas a “estabilidade” da jurisprudência (artigo 882, do PLS 166/2010). Contudo, através das contribuições do autor, foi possível mais avanços no que se refere a inserção da Coerência e Integridade:

*A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma*

---

possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada; há prejuízos falsos e pré-juízos verdadeiros). Essa questão assume especial relevância, exatamente, se examinada no plano das rupturas paradigmáticas, isto é, não se deve esquecer o grau de autonomia alcançado pelo Direito (leia-se, pelas Constituições) no Estado Democrático de Direito, a ponto de se poder considerar ultrapassada a dicotomia direito-moral. Dizendo de outro modo, esse grau de autonomização do Direito traz consigo a co-originariedade com a moral, que se institucionaliza no Direito. Nesse ponto, assiste razão a Habermas (1997). A produção democrática do Direito dispensa o uso de uma moral corretiva, como pretendem, por exemplo, algumas teorias argumentativas, em especial a de Alexy (1993-2002) e Günther. Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, neste período da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que se alcançou esse (elevado) patamar de discussão democrática do Direito, se viesse a depender da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis”. Dito de outro modo, isso significa substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do Direito – que é esse plus normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.” STRECK, Lenio. *Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito*. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v.1, p. 65-77, 2009.

integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade (STRECK, 2014).

A “Coerência e Integridade”<sup>8</sup>, inseridas sob a influência da Crítica Hermenêutica do Direito, devem ser lidas em consonância com o parágrafo 1º do artigo 489 do mesmo diploma legal, uma vez que se faz presente a observância da necessidade de fundamentação adequada dentro dos ditames legais, considerando os *princípios da segurança jurídica, isonomia e devido processo legal*. Nesse sentido, a principiologia intrínseca a Constituição deve manter-se coesa, para que erros não ocorram sendo propagados de forma inautêntica (STRECK, 2015, p. 33-52).

Ademais, ainda nessa linha, aparece como um dos principais dispositivos, pode-se considerar o artigo 10 do novo CPC<sup>9</sup>. Tal artigo, inovador na medida em que não possui correspondente no antigo código, estabelece que mesmo naquelas matérias cognoscíveis de ofício, é dever do magistrado conceder às partes a possibilidade de manifestação, impedindo a prolação de “decisão surpresa”.

Nesse sentido, a coerência e a integridade são, nas palavras de Lenio Streck, “os vetores *principiológicos* pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido” (STRECK, 2014). Dito de outro modo, em qualquer decisão judicial, na fundamentação devem ser respeitados tais preceitos inovadores do Novo Código de Processo Civil. É exatamente através da leitura íntegra e coerente de princípios que serão possível estabelecer parâmetros para a redução da discricionariedade judicial, isto é, com a filosofia da consciência. Tais inovações vão ao encontro da retirada do “*livre*

---

<sup>8</sup> CPC, art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>9</sup> CPC, art. 10. O juiz não pode decidir, em grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deve decidir de ofício.

*convencimento*” já tratada anteriormente, uma vez que a consideração das “vontades” do intérprete são *incompatíveis* com o Estado Democrático Brasileiro (STRECK, 2015, p. 33-52).

Nesse sentido, a Constituição Federal, na linha dos ordenamentos pós-modernos, dispôs o dever de fundamentação no artigo 93, IX. Em outras palavras, a fundamentação é condição de validade para qualquer decisão judicial. Reiterando-se aqui a diferença de motivação e fundamentação: na motivação, há a escolha livre, posteriormente justificada; enquanto que, na fundamentação, não há espaço para a discricionariedade. Dito de outro modo, o novo CPC, em consonância com o texto constitucional, é condição de possibilidade para a *fundamentação* das decisões. Inserido, nesse aspecto, pode-se reforçar o artigo 489<sup>10</sup>, em que variados incisos elencam critérios para a construção de uma decisão judicial.

---

<sup>10</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Desse modo, as inserções da Crítica Hermenêutica do Direito preservam o direito fundamental do cidadão de não ser surpreendido com as “vontades”, isto é, com “as opiniões pessoais” de seu julgador. Assim, a retirada do livre convencimento e a inserção da “coerência e integridade” vão ao encontro a uma resposta adequada à Constituição. A partir do Novo CPC, é necessário que seja construído um direito que seja um conjunto harmônico, que seja a expressão de um sistema coerente de justiça, ligado por princípios que proporcionam essa integridade.

Nesse sentido, o exímio doutrinador, com a Crítica Hermenêutica do Direito propõe uma mudança de postura com relação ao modo como se tem concebido o processo e seus dispositivos. Ademais, necessário encarar a parte contrária não sob uma perspectiva opositorista, mas como membros de uma comunidade política, em que se compartilham princípios comuns, tendo como consequência, a consolidação da coerência e integridade.

## CONCLUSÃO

Afinal, diante dos (des)avanços do Novo Código de Processo Civil, antes de qualquer crítica ao referido diploma legal, é necessário leva-lo à sério. Sob a luz da Constituição Federal, o Novo CPC, inaugurado em ditames democráticos, tem como significado a possibilidade de reduzir a discricionariedade das decisões, isto é, o protagonismo jurisdicional.

---

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Se, por um lado, a inserção da “ponderação” alexyana em relação ao conflito de normas revela-se como um retrocesso, uma vez que tecnicamente não possui constitucionalidade (CPC, 489, § 2º), pois sua gênese, como já visto inicialmente, tem como pressuposto uma incompreensão da teoria de Robert Alexy (dito de outro modo, não é admissível a ponderação de regras). Por outro lado, leva adiante importantes discussões jurídicas, promovendo debates ao trazer o problema da democracia para o momento da construção judicial, evitando a polarização da discussão com uma postura puramente procedimental ou puramente substancial.

Desse modo, dentro do recorte epistêmico apresentado, inegável as contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito, como a Coerência (condição de possibilidade para a segurança da igualdade, ou seja, que os inúmeros casos tenham a mesma consideração), e a Integridade (exigência de que os Juízes fundamentem as decisões de forma integrada holisticamente a todo o ordenamento jurídico), ambas consubstanciadas no art. 926; o artigo 489 do mesmo diploma legal, uma vez que é urgente a observância da necessidade de fundamentação adequada dentro dos ditames legais (*v.g.*, apenas a citação dos artigos da Lei não pode ser considerada uma verdadeira “fundamentação”); além da retirada *do livre convencimento*, baluarte da expressão da filosofia da consciência no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que após sua retirada não há a possibilidade dos magistrados justificarem suas decisões pautadas livremente em sua vontade.

Em uma última palavra, não se pretende esgotar no presente artigo a complexidade de todas as contribuições principiológicas norteadoras do novo Código. Contudo, indubitavelmente, constata-se mais avanços do que retrocessos, uma vez que, dentro de uma perspectiva hermenêutica, o Novo CPC apresenta mecanismos que representam um menor protagonismo judicial e apelam para a necessidade de estabelecer um paradigma da intersubjetividade, em que a filosofia da consciência não é mais imperadora dos sentidos, ou seja, há uma diminuição da

discricionarietà, iniciando-se um novo paradigma onde se verifica o fortalecimento das decisões democraticamente construídas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXY, Robert. *Sobre los derechos constitucionales a protección*. In: GARCIA MANRIQUE, Ricardo. (Ed.). Robert Alexy: derechos sociales y ponderación. 2. ed. Madrid; Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” do direito. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MÜLLER, Friederich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Expressão Pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica**. Conjur. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantic>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

STRECK, L. L. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista Direito e Práxis , v. 4, p. 343-367, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito**. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v.1, p. 65-77, 2009.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio. **O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas - O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de Informação Legislativa, v. 1, p. 33-52, 2015.

STRECK, Lenio. **O Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?** Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>.



# O DIREITO PROCESSUAL E OS DELINEAMENTOS NECESSÁRIOS PARA ALÉM DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Juliano Gil Alves Pereira<sup>1</sup>  
Lanaira da Silva<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem por escopo tecer uma análise sobre os pressupostos democráticos da atualidade, com vistas a salientar novas perspectivas para o aperfeiçoamento de uma nova democracia, tornando mais efetivo o acesso à justiça. Indubitável é que as promessas da democracia representativa não foram cumpridas. Deste modo, diante do fracasso da representatividade, as presentes linhas buscam vislumbrar novos delineamentos para além de uma democracia representativa.

No contexto do século XXI, o cidadão ganha o papel principal. Não busca mais alguém que o represente, pois ele mesmo tem em

---

<sup>1</sup> Professor Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad Del Museo Social Argentino* – UMSA; Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Professor assistente efetivo dos Cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, registrado no CNPQ; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XI – São José do Rio Preto – gestão 2013/2015; Membro relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OABSP – TED XXV – Fernandópolis – desde 2016; Advogado militante na Comarca de Santa Fé do Sul-SP. E-mail: julianogiladv@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora. Advogada. E-mail: lanaira75@gmail.com.

suas mãos as ferramentas oportunas para a mudança de sua realidade. Nesta perspectiva, surge então o Poder Judiciário e toda a sua estrutura como condição de possibilidade para este cidadão-protagonista concretizar os direitos e garantias fundamentais amplamente pulverizados no texto constitucional.

Para melhor esclarecer os meios através dos quais tal premissa se torna factível, impende destacar o pleonasma existente na expressão “democracia representativa”, uma vez que a democracia só terá viabilidade quando houver a efetiva participação do cidadão. Dito de outra forma, quando o governo for do *povo*, pelo *povo* e para o *povo*- e não tão somente para o povo-ícone – e, com tal mudança, houve a irradiação dos mecanismos processuais, de modo que os direitos e garantias fundamentais finalmente poderão ser alcançados sem nenhum óbice, uma vez que o Poder Judiciário não pode se escusar de seu dever supremo de julgar.

No primeiro tópico, será abordada brevemente a história do surgimento do processo no direito romano e, por conseguinte, suas mais significantes influências nas tradições jurídicas. Ademais, o presente introito se faz relevante para retomar as origens de nosso Direito, muitas vezes esquecido na atualidade. No segundo ponto, é discutida a obra “ Quem é o povo ” do jusfiloso Friederich Müller, onde serão delimitadas as nuances que a palavra “*povo*” pode sugerir. Nesse sentido, apesar de parecer ingenuidade, a discussão sobre a palavra *povo* acaba por (re)velar nuances encobertas do sistema democrático. No terceiro item, haverá um breve comentário sobre a proposta de Müller para a inserção de mais um mecanismo processual no direito brasileiro. No quarto, é apresentada a decadência da democracia representativa e seus consequentes atrasos, trazendo à luz a possibilidade de uma nova democracia, e por fim, o quinto e último tópico trata da democracia participativa e sua inter-relação vital com o processo, que por conseguinte, traz à tona a possibilidade de ampliação de acesso ao Poder Judiciário.

## 1. NOTAS ACERCA DA ORIGEM DO PROCESSO NO DIREITO ROMANO

Para se falar de Direito Processual (Civil), indubitável a necessidade de explicar suas origens no Direito Romano<sup>3</sup>, sendo inegáveis seus vestígios em toda a Europa Ocidental. Ademais, como não poderia deixar de ser, suas influências chegaram ao Brasil através das caravelas portuguesas determinando pontos importantes do processo que temos hoje. Não se pode olvidar ainda que sua influência não se limitou aos aspectos estritamente jurídicos, mas ocasionou uma verdadeira reviravolta no modo de pensar o Direito.<sup>4</sup>

Uma breve análise histórica é sobretudo importante para situar o conceito de jurisdição, sua evolução, o concretismo inerente ao processo romano da época, as influências cristãs, bem

---

<sup>3</sup> “O Direito Romano se eclipsou na Europa Ocidental durante a alta Idade Média, substituído pelos costumes locais e pelo novo direito próprio das populações germânicas (ou bárbaras). Mas depois do obumbramento ocorrido em tal período –obumbramento comum, de resto, àquele de toda a cultura, ressurgiu no primeiro milênio com o aparecimento da Escola Jurídica de Bolonha e difundiu-se não apenas nos territórios sobre os quais já se havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este: sobretudo na Alemanha, onde ocorreu no início da Idade Moderna o fenômeno da “recepção”, graças ao qual o Direito Romano penetrou profundamente na sociedade alemã (basta pensar que ainda no fim do século XIX – antes grandes codificações ocorridas no início do século XX – aplicava-se nos tribunais germânicos o direito do *Corpus Iuris* – naturalmente modernizado e adaptado às diferentes exigências sociais – sob o nome de “usus modernos Pandectarum”, o direito romano difundiu-se, por outro lado, também nos Países Baixos, nos escandinavos e, ainda que em medida mais limitada, na própria Inglaterra”. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo, 1995, p.30.

<sup>4</sup> “Na fase atual da história, o Estado, como ente encarregado da paz social, assume a solução dos conflitos de interesses e veda qualquer forma de justiça particular, de *agere* privada. É o Estado quem administra a justiça e detém o monopólio da jurisdição”. RIBEIRO, Darci Guimarães. Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, pag.35.

como a inexorável divisão entre *Civil Law*<sup>5</sup>– com maiores influências do direito romano posterior, e o *Common Law* – com influências diretas do direito romano clássico<sup>6</sup>.

Deste modo, vale salientar que, de acordo com GRASSI (1996, p. 53), o Direito Romano é concebido como

“o conjunto de normas jurídicas que regeram o povo romano nas várias épocas de sua história, desde as origens de Roma até a morte de Justiniano, Imperador do Oriente, ocorrida em 565 da era cristã.”

Assim, diante de seu grande lapso temporal na história, importante distinguir certos institutos. Um dos grandes principados do direito romano clássico foi oriundo do *ius honorarium* ou *praetorium*, que se distinguiu do ordenamento conhecido como *ius civile*. Nos ensinamentos de MOREIRA ALVES (2002, p. 70):

“os magistrados com funções judiciárias não podiam, no direito romano, atribuir direitos a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações, o que, na prática, equivalia à criação de direitos. Por isso, o *ius honorarium*, embora teoricamente não pudesse revogar normas do *ius civile*, nem criar novos preceitos jurídicos, na realidade alcançava esses dois resultados: quando o magistrado se recusava a conceder a alguém ação que protegia direito

---

<sup>5</sup> “Mas todos os sistemas processuais na tradição da civil law possuem uma origem comum no direito romano, canônico e medieval itálico. Todos tenderam a seguir a lideranças dos processualistas civis na concepção e desenvolvimento do direito processual. O processo civil é central e básico, e sistemas processuais especiais – mesmo o criminal – tenderam a se desenvolver como variações do modelo representado pelo processo civil”. MERRYMAN, John Henry. PERDOMO-PÉREZ, Rogelio. A tradição da Civil Law. Trad. Cassio Casagrande. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2009, p.155

<sup>6</sup> “A expressão direito romano é empregada ainda para designar regras jurídicas consubstanciadas no Corpus Juris Civilis, conjunto ordenado de leis e princípios jurídicos reduzidos a um corpo único, sistemático, harmônico, mas formado de várias partes, planejado e levado a efeito no VI século de nossa era por ordem do imperador Justiniano, de Constantinopla, monumento jurídico da maior importância, que atravessou séculos e chegou até nossos dias”. CRETELLA JR., José. Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 8.

decorrente do *ius civile*, estava negando a aplicação deste; e, quando concedia ação para tutelar situações não previstas no *ius civile*, estava suprindo lacunas dessa ordem jurídica.”

Ainda com relação ao direito romano clássico, faz-se essencial distinguir *iurisdictio eiudicatio*. A *iurisdictio*<sup>7</sup> (*ius dicere*) consistia na autoridade que permitiria ao autor demandar diretamente perante o juiz nos casos de procedimento civil ordinário. Já o *iudicatio* (*iudicare*) consistia no poder oriundo da autoridade para decidir o processo, como expõe SCHULZ (1960, p. 13).

Conforme as lições de SILVA (1999, p. 25), o conceito de jurisdição em direito romano é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias. Em razão disso, faz-se um introito onde se retoma ainda que sumariamente aspectos pontuais do Direito Romano, ao se demonstrar distinções importantes, evitando assim que as camadas de sentido obnubilem o verdadeiro sentido a ser desvelado. Vale ressaltar assim os dizeres de ISAIA (2011, p. 144):

“O que de mais interessante há nesse sistema” (Common Law) [...] “é que diferentemente à tradição dos países que receberam o direito escrito (Civil Law), o direito do juiz (judge made law), na common law, resgatou a função mais “realizadora” dos pretores da época romana clássica, consistente na emissão de interditos. A referida tradição guarda relação a um juiz (democraticamente) atuante (expressão que não deve ser confundida com ativismos ou decisionismos).”

O autor ainda tece críticas ao sistema da *Civil Law* ao citar a passagem “*la imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construída por los legisladores. Su función es meramente*

---

<sup>7</sup> *iurisdictio* era a “administração da justiça (...) *Aiurisdictio* é, no seu aspecto dinâmico mais relevante, a actividade que determina o direito a aplicar na decisão de uma controvérsia concreta, sobre a qual o juiz pronunciará a sentença”. BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 104-106.

*mecânica*”, asseverando que essa postura mecanicista se reduz em simplesmente encontrar a disposição legislativa adequada ao aplicar os silogismos entre “premissa maior” (lei) e a “premissa menor” (fato).

Deste modo, ao se verificar as discrepâncias dos sistemas Civil Law e Common Law à luz dos problemas contextuais do século XXI<sup>8</sup>, resta demonstrado que o panorama jurídico atual sofre de déficit de realidade. Nesse sentido, com o retorno aos aspectos processuais do Direito Romano Clássico<sup>9</sup>, em outras palavras, com o retorno de uma maior acentuação do caso concreto no deslinde dos conflitos é que ocorrerá a construção de um *locus* democrático de sumarização processual, em que se renovará democraticamente o panorama processual do direito hodierno.

---

<sup>8</sup> “Com base na própria ideia de codificação, acabaram por confluir diversas ideologias, cujos núcleos essenciais parecem já suficientemente esboçados no século XVII. Referimo-nos aqui, por um lado, à redução do direito à lei e desta última à vontade do soberano. Todo o direito – ou pelo menos grande parte do direito da sociedade moderna – torna-se, por isso, direito “arbitrário”, e se afirma o princípio da estatalidade do processo. Por outro lado, por um modo de pensar orientado sobre o problema se passa, no século XVII, para um modo de pensar modelado no saber científico. Daqui a difusão da consciência de que fosse necessário simplificar e racionalizar o direito e, então, reformular a própria regulação processual.” PICARDI, Nicola. P.122. *Juridicção e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

<sup>9</sup> “Devemos, então, tratar da crise do Direito que, em verdade é antes de tudo crise do processo, com olhos verdadeiramente críticos e realistas, sem perder de vista, no entanto, a premissa de que os fatores que a provocam e sustentam, encontram-se fora do seu domínio; ou decorrem de um descompasso entre as concepções jurídicas ainda dominantes no mundo moderno, embora concebidas para servir a sociedade menos complexas, e a estrutura, as exigências e as aspirações das novas organizações sociais extremamente complexas da sociedade pós-industrial. No fundo, não seria o direito processual, como técnica de tratamento de conflitos sociais, que estaria submerso em crise irremediável, e sim a forma tradicional de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano”. SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *Democracia, Participação e Processso*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.100.

## 2. AFINAL, QUEM É O POVO?

Assim, diante deste retorno à perspectiva concretista do Direito Romano Clássico, importante ressaltar os ensinamentos do jusfilosofo Friederich Müller sobre teoria constitucional e/ou seus desdobramentos nas questões democráticas. Ao se falar em Democracia, essencial explicar as considerações sobre o “semanticismo” da palavra *povo*. Por óbvio, o uso de tal termo é elemento integrador do conceito de democracia, uma vez que etimologicamente esta é sabida como o governo do povo. Todavia, em virtude das camadas de sentidos sobrepostas ao longo da história, o termo “povo” com o passar do tempo ganhou novos significados. O “povo” ainda representa o “povo”? Este se estabelece apenas como um elemento simbólico de validação do discurso democrático? A questão é intrigante, tendo em vista que até em nossa Carta Magna, em seu art. 1º, temos que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente nos termos desta Constituição[grifo nosso]”*.

Conforme leciona MÜLLER (2003, p. 53), variadas são as definições utilizadas para definir o termo *povo*. *Povo ativo* “considerado como totalidade dos eleitores – não importa quão direta ou indiretamente – a fonte de determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas”; *povo* como instância global de legitimidade, ou seja, é nesse sentido que as decisões prolatadas judicialmente são ditas em nome do povo, o *povo-ícone*, onde *“a iconização consiste em abandonar o povo em si mesmo, em ‘desrealizar’ [entrealisieren] a população, em mitificá-la”* (MÜLLER 2003, p. 67), e, por fim, o povo como destinatário das decisões e atuações públicas, ou seja, *“o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado [zivilisatorische Staatsleistungen]”* (MÜLLER 2003, p. 77).

Diante dos conceitos iniciais de Müller, convém destacar que a palavra *povo* orbita na maioria das constituições modernas como forma de exteriorização do ápice do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito busca

sua legitimação embasado nos variados sentidos do termo *povo*. Nessa perspectiva, diz MÜLLER (2003, p. 50) que

“a constituição fala e cala ao mesmo tempo. Ela fala (spricht), mas não sobre o poder do povo; ela se atribui (spricht sich zu) legitimidade. Ao mesmo tempo ela silencia sobre o fato de que essa atribuição (Zu Schreiben) não alcança a realidade, ou como no caso da Lei Fundamental alemã, que não conheceu nenhum procedimento democrático de outorga da constituição, sobre o fato de que ela também não pode mais alcançá-la”.

Como se observa, MÜLLER (2003, p. 69) busca ao longo da obra deslocar o sentido de *povo* (-cidadão) demagogicamente utilizado no sistema político para o sentido de *povo* (- constituição) demonstrando os desdobramentos intrínsecos a esta mesma palavra. O autor ainda destaca como a expressão tem sido utilizada ao longo da história ao se explorar apenas seu viés de povo-ícone:

“(…) O rei garantia a sua boa moral perante Deus por meio do sermão de governar para “o povo” e para o bem deste. Historicamente seguiu-se a isso, passo a passo, o constrangimento das pessoas e dos grupos dominantes de se justificarem no quadro de uma ética intramundana. Estava à mão a estratégia de invocar agora “o povo” – a serviço da posição dos detentores do poder diante dos que eram dominados por eles.”

Os pintores de ícones lançaram mão da escala de cores do “poder constituinte do povo”. Mas esse ritual também quis sugerir ilusoriamente (vortäuschen) o retorno a um estado social, no qual o “povo” teria realmente existido.

Deste modo, nota-se que há um *povo* legitimador (ativo) que participa do cenário político em detrimento de um *povo* deslegitimado (ícone), que possui uma representação meramente simbólica, fazendo o papel de massa de manobra das elites. Então, Müller denomina também o *povo* destinatário, entendido este como o povo ao qual se destinam as prestações civilizatórias do Estado. Destarte, é advertida nesse capítulo a necessidade de não haver discriminações com relação ao povo destinatário na medida em

que, independentemente de raça, idade, gênero ou religião, em um Estado Democrático de Direito todos devem ser atendidos.

Por fim, retoma-se ainda o *povo* como instância global de atribuição de legitimidade, pois, como dito alhures, resta demonstrada a ligação entre os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário (claramente em uma alusão à Montesquieu) com o Estado Democrático de Direito, pois, segundo MÜLLER (2003, P. 60),

*“tudo isso forma uma espécie de ciclo (Kreislauf) de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação. Mas afirmar que os agentes jurídicos estariam democraticamente vinculados e que aqui o povo ativo estaria atuante, ainda que apenas de forma mediada não é a mesma coisa. É verdade que o ciclo da legitimação não foi interrompido a esta altura de forma não-democrática, mas foi interrompido. Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como instância global de atribuição de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais em ‘nome do povo’.”*

Diante do exposto, pode-se asseverar que enquanto o *povo* é mera representação simbólica para a sustentação do sistema, ou seja, um sustentáculo de legitimidade para um Estado Democrático de Direito fulcrado em Constituições de papel, não haverá uma democracia coerente que não seja refratária das necessidades sociais e que reconheça a pluralidade do verdadeiro *povo*.

### **3. O POVO NO TRIBUNAL: BREVE COMENTÁRIO SOBRE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Em busca de ampliar as condições no que tange a titularidade do *povo* enquanto cidadão, MÜLLER (2005, p. 27-36) propõe dentro do ordenamento jurídico pátrio a introdução do recurso constitucional, com o intuito de possibilitar que qualquer um do povo tenha acesso ao Supremo Tribunal Federal quando houver lesão aos *“seus próprios direitos fundamentais”* pelo poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo o último permitido após

o trânsito em julgado da sentença). Assim como no Tribunal Constitucional Alemão, o professor sugere a implantação deste mecanismo em *Terrae Brasilis* como meio de dar amplitude ao Estado Democrático de Direito, uma vez que *“um dos motivos que torna o TCF [Tribunal Constitucional Federal] um ‘Tribunal do Cidadão’ é consequência da possibilidade de um indivíduo diretamente pleitear a defesa de seus direitos fundamentais junto àquela Corte.”*Sobre o referido instituto, leciona HECK (1994. p. 115-133):

“Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um dos seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais, os quais têm, no mencionado recurso, a sua expressão jurídica. Por meio dele constitui-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa figurar como guarda da Lei Fundamental, como, ainda, formulou-se um instituto jurídico do qual dimana um efeito educador aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos. O recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coroamento da idéia de Estado de Direito. Além disso, ele proporciona oportunidades ao Tribunal Constitucional Federal para pronunciar-se sobre magnas questões constitucionais relativas à interpretação dos direitos fundamentais, potencializando, ao mesmo tempo, a atualização da Lei Fundamental em aplicação por meio dos detectores do poder estatal.”

Nesse diapasão, de acordo com o pensamento de Mauro Capelletti, MARINONI (1994, p. 30) enfatiza que é possível dizer que *“a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado”*. Independentemente dos posicionamentos prós e contras da implementação do recurso constitucional em terras tupiniquins, imperioso reconhecer o papel do processo, precipuamente na jurisdição constitucional alemã, em traduzir um caráter de auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou, na expressão amplamente utilizada por MÜLLER (2009, p.32), como um modo de “concretizar” o exposto

no texto normativo. Para este autor, há que se manter firme, portanto, o efeito esclarecedor e estabilizador do tenor literal da norma como algo imprescindível no Estado de Democrático Direito, isto é, tratar a norma com seus limites traçados pelo próprio texto, como mero ponto de partida para a solução de um problema, pois somente assim haverá uma diminuição da tensão entre “norma/caso”, “direito/realidade”<sup>10</sup>, “ser/dever-ser”.

Como o já exposto anteriormente, o elemento basilar da democracia é o *povo*. Com efeito, sob um olhar mais aprofundado da questão, observamos que não se pode mais admitir uma democracia unicamente sob a perspectiva representativa<sup>11</sup>, haja

---

<sup>10</sup> “Direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontre na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência”. IHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2, Abteilung 2, Undervendänderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 332, t. III, nº 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, traduzida por Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. In *Do formalismo no processo civil*. 2ª edição revista e ampliada. Saraiva: 2003, p. 244.

<sup>11</sup> Neste sentido, BOBBIO elenca as promessas não cumpridas pela democracia representativa: a) a vontade geral como centro de poder - a realidade social demonstrou que não existe apenas um foco de força política, como pretendiam os idealizadores da democracia, de sorte ser impossível alcançar uma única vontade geral, já que efetivamente existem, de fato, diversos núcleos de poder que coexistem; b) contenda de interesses - o representante deveria apenas buscar os interesses de toda a coletividade, mas, de fato, busca os interesses daqueles que o colocaram no poder; c) a manutenção das oligarquias; d) o espaço limitado - apesar de ser agora ampla a quantidade de votantes, seu espaço de inserção no discurso político ainda é ínfimo, daí a crise estar em “*onde se vota?*”, ou seja, em definir quais os momentos em que o povo é efetivamente chamado a se manifestar sobre determinado tema; e) a persistência de um poder invisível - a noção de que existem, ainda, instituições e órgão que agem nas sombras, sem publicizar seus atos, atuando com intenções duvidosas; e, por fim, f) o problema da cidadania - o cidadão, a partir da possibilidade de atuar através da

visto que diante do cariz multifacetado do termo “povo”, vê-se que se o voto - como instrumento de manifestação popular para eleger seus representantes - fosse de fato o baluarte de um Estado Democrático, a democracia não estaria em crise na atualidade.

Nos dizeres de PASSOS (1988, p.90), “*Afirmada a soberania popular, reconhecida a dissociação entre o político e o econômico, consagrada a relevância do indivíduo, estavam postas as bases da democracia liberal representativa*”. No entanto, como nem tudo são flores, com o passar do tempo a democracia representativa<sup>12</sup> demonstrou não ser o sistema tão sonhado pelo povo.

Deste modo, se em determinada quadra da história a democracia representativa obteve seu vértice - calcada precipuamente sobre o panorama político da época bem com o fortalecimento das políticas Liberais<sup>13</sup> - séculos mais tarde ela se encontra em declínio, no sopé de Estado Democrático, já que as suas promessas não chegaram a ser cumpridas. Desde os

---

democracia, aprenderia, e se transformaria em um cidadão ativo e participante, que se engajasse na prática política - o que não apenas não aconteceu como se procedeu ao inverso: as democracias mais consolidadas têm por característica um povo apático e desinteressado. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 34 a 45.

<sup>12</sup> Por uma contingência dialética, a democracia liberal transformou-se numa potência opressivamente presente nas mais insignificantes e triviais circunstâncias de nossas vidas. SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.103.

<sup>13</sup> “A democracia liberal foi fruto da dissociação entre o político e o econômico. A democracia social representou a tentativa de reaproximação de ambos, assumindo o Estado não só tarefas de promoção, coordenação e planejamento, mas ele próprio se fazendo produtor e empresário. E se isso o elevou à condição de Estado que provê, fê-lo também Estado que oprime”. PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.92.

primórdios tempos Gregos<sup>14</sup> até o século XXI, pode-se dizer que a “Democracia”<sup>15</sup> não é “*Demokratia*”.

Assim, é possível afirmar – diante do declínio da democracia representativa – que a democracia participativa<sup>16</sup> é a democracia do Século XXI, uma vez que o adjetivo *participação* se desvela como

---

<sup>14</sup> “No curso da longa história da noção de democracia no Ocidente podemos encontrar diversas vertentes suas que a colocam como um dos conceitos mais debatidos no âmbito das ciências sociais. Na compreensão genérica de democracia direta da Antiguidade grega encontravam-se incluídas todas as demais formas específicas de implementação daquele conceito em cada polis, o que demonstra não ser a mesma compreensão de democracia direta (ou “pura”, como dizem alguns autores) o modelo padrão aplicado uniformemente na Antiga Grécia. Da mesma forma, a democracia liberal assumiu condição central no pensamento político ocidental desde o início da Modernidade, constituindo-se em grande gênero dentro do qual muitas das diversas concepções de democracia passaram a se enquadrar”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Direito à Democracia: estudos transdisciplinares* (organizador juntamente com Juarez Freitas). São Paulo, Conceito Editorial: 2011, p.123.

<sup>15</sup> As sociedades democráticas, tanto nos modelos da Antiguidade grega quanto nos modelos representativos pós-Rousseau ou deliberativos pós-Mill, são notadamente marcadas por amplos processos de decisão e consulta pública mediante os quais o povo toma conhecimento das razões que fundamentam as decisões políticas e delas participam, direta ou indiretamente. Na democracia liberal, essa característica é reforçada pela necessidade de tratamento igualitário dos indivíduos e grupos sociais, bem como pela experiência de uma organização estatal onde o exercício do poder ocorra alternada e eletivamente. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Direito à Democracia: estudos transdisciplinares* (organizador juntamente com Juarez Freitas). São Paulo, Conceito Editorial: 2011, p.125.

<sup>16</sup> Quanto à democracia participativa, trata-se de uma corrente teórica que ficou conhecida como “nova esquerda”, herdeira dos movimentos contestatórios da década de 1960 e que se contrapõem com vigor ao modelo denominado “nova direita” (democracia legal), na medida em que toma como ponto de partida a intuição original de Marx de que o mercado capitalista cristaliza desigualdades anteriormente produzidas sendo a mais importante entre elas aquela entre os detentores dos meios de produção e aqueles obrigados a vender sua força de trabalho. OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de Oliveira. *Esfera pública e participação na função administrativa do Estado: as contribuições de Hannah Arendt e Robert Dahl*. In. *Direito à Democracia – Ensaios Transdisciplinares.*/ Organizadores: Juarez Freitas; Anderson V. Teixeira. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198).

novo ponto de partida sobre as perspectivas a serem adotadas, como por exemplo, a compreensão da necessidade de real o caro papel do *povo* dentro de uma democracia, indo além de sua usual iconização, lançando-o como baluarte de um Estado Democrático. É tão somente em uma democracia participativa que o povo poderá reivindicar sua posição de destaque que levará a uma sociedade com menores índices de desigualdade social.

este sentido, explica OLIVEIRA (2011, p. 204): “*Robert Dahl sustenta que a democratização de um determinado regime político está ancorada em pelo menos duas dimensões: contestação pública e direito de participação.*” No contexto deste novo panorama democrático, democracia e participação são vistas como algo indissociável, expressão convergente da força da soberania do povo, sendo a democracia participativa o pleonasma fundante de um novo modelo de Estado Democrático (participativo) de Direito. Nos ensinamentos de BONAVIDES (2003, p. 160):

“Nessa Condição é a democracia do Estado social, por conseguinte, o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade; ordem cujos contornos se definem já com desejada nitidez e objetividade, marcando qualitativamente um passo avante na configuração dos direitos humanos.”

Ainda sobre democracia e participação<sup>17</sup>, o autor insiste que esta deve simbolizar o acesso direto do povo ao poder, colocando em segundo plano sua forma representativa:

---

<sup>17</sup> “Marchamos, agora, para um terceiro tempo – o da democracia participativa. Por ela, tenta-se manter a interação entre o econômico e o político e sua formulação jurídica, mas porfia-se por superar o exacerbamento do Estado em detrimento da liberdade, recuperando-se, para a sociedade, um poder de controle que a democracia liberal e a social democracia não previram nem efetivaram, salvo pelo mecanismo do voto e pela pressão da opinião pública, que se revelaram insuficientes e insatisfatórios.” PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.92.

“Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado Liberal que se separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas.”

Destarte, a democracia participativa não busca apenas efetivara participação social nas questões legislativas, mas também garantir que esta participação se amplie para o âmbito judicial, uma vez que o acesso ao Poder Judiciário é direito de todos. Esta garantia, por assim dizer, possibilita aos indivíduos em sociedade exigir do Estado Democrático de Direito a efetividade dos Direitos Fundamentais. Assim, o processo passa a ser um instrumento de suma importância para que o povo consiga, enfim, concretizar os pilares de um Estado Democrático alicerçado nos moldes da Magna Carta, afinal *“os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardaram uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se.”* (SILVA, p. 106)

#### **4. O PROCESSO COMO UM INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA (PARTICIP)ATIVA**

A democracia participativa geralmente tem sido associada aos grupos de minorias (negros, homossexuais, mulheres), ou ainda o discurso referente a este tipo de questão é reduzido aos abaixo-assinados de *“orçamentos participativos”*. Para muitos, infelizmente, esta ainda é a expressão máxima que um cidadão pode ter dentro de seu espaço político. Frente às desigualdades sociais<sup>18</sup>, a democracia participativa tem sido encarada como uma

---

<sup>18</sup> “A dissociação entre o econômico e o político deixou livre de controles o poder econômico, que é um poder tão necessitado de controle quanto o poder político.

resposta aos abismos oriundos de um sistema onde não é assegurado o mínimo para o *povo* diante do fracasso da democracia representativa.

Assim, para além da (atual) velha democracia representativa já mencionada, é necessário estabelecer os parâmetros de uma verdadeira democracia participativa, onde seus delineamentos devem ser expostos: o indivíduo, por si só, deve estar apto a buscar aquilo que julga o melhor com suas próprias ferramentas, a postura pró-ativa ganha espaço na democracia participativa em detrimento da inércia característica de outrora – inerente à ideia de que alguém sempre representará o indivíduo. A legitimidade para buscar as soluções não é de outrem, mas do próprio indivíduo.

A democracia participativa traz a libertação do indivíduo, rompe com sua postura infantilizada de dependência dos poderes, delegando a possibilidade de ele se realizar de forma autônoma<sup>19</sup>. Ademais, com o crescimento dos poderes do indivíduo também aumenta suas responsabilidades para o cumprimento de seus deveres, na medida em que a construção de

---

As leis do mercado não operaram corretivamente por si mesmas, visto como o mercado não é uma realidade “natural”, sim “humana”. E a questão social surgiu em decorrência da ferocidade das forças econômicas entregues a si mesmas, impondo-se crescente intervenção do Estado no mundo dos negócios e na disciplina dos contratos”.PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988,p.90.

<sup>19</sup> “Se a natureza e a convivência humana espontânea pudessem proporcionar aos homens tudo quanto necessitam para satisfação das necessidades que experimentassem, o sentimento de insegurança seria tão pouco intenso e tão pouco frequentes as situações de conflito, que esse tipo de poder, qualificado de político, se mostraria praticamente desnecessário. A verdade, entretanto, é que vivemos num contexto de dependência, e quanto mais carentes as pessoas e mais inseguras, por que mais dependente, maior o campo que se oferece à presença e à expansão, na sociedade, do poder político com dominação/submissão”.PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.85.

uma sociedade mais justa e igualitária passa a se vincular diretamente com as posturas dos indivíduos e não mais com aqueles que os representa.

Sob esta ótica, dentre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário<sup>20</sup>, é justamente este último que, em tempos de (pós-)modernidade<sup>21</sup>, passa a ganhar destaque como terreno propício à implantação de ditames (democráticos), porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais.

Assim, diante da falta de concretização das leis, é justamente por meio do Poder Judiciário que o indivíduo ou a coletividade poderão prover de um modo legítimo a concreção de seus direitos. É através do processo<sup>22</sup> que os gritos dos marginalizados podem

---

<sup>20</sup> “O Estado democrático nascido na revolução americana e da revolução francesa, elegendo a forma representativa parlamentar, de exercício do poder político como a viável, institucionalizou-se à base da chamada teoria da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos”. PASSOS, J.J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 90.

<sup>21</sup> “Sobre o contexto atual é possível observar que “a origem da crise de valores em que submerge a civilização ocidental está intimamente ligada a estas concepções políticas e a um fenômeno sem precedente na história humana, que é chamada “civilização de massa”, com seus dois fatores determinantes: o aumento populacional, formados das grandes cidades; e a incontida ascendência das massas às conquistas materiais da civilização industrial. Este último fator é responsável, indiscutivelmente, pelo exacerbado sentido igualitário e de justiça sócia que domina o homem contemporâneo, a determinar essa avassaladora busca de proteção judiciária, que literalmente dilacera as estruturas tradicionais, tornando-as rapidamente obsoletas”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.102.

<sup>22</sup> “Inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, como o político e como o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse

ser ouvidos, afinal este é um dos deveres do Poder Judiciário. É com o processo e através do processo que os indivíduos buscam o direito de se fazer ouvir<sup>23</sup>. É nele que

“os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela *práxis*: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade”. (MÜLLER, 2003, p. 127)

Para PASSOS (1988, p. 87), “o direito é uma forma de controle social e de manutenção do status quo, o que se traduz em cristalizar-se a desigualdade que foi institucionalizada e, por conseguinte, realizar-se o máximo de injustiça tolerável”.

Atualmente busca-se equilibrar as prerrogativas individuais e o bem-estar social. O desafio de hoje, portanto, é tornar realidade a democratização da sociedade, sem prejuízo da democratização do Estado. Em outros termos – conservar-se a prioridade do bem-estar social, mas sem restrição ao sacrifício da esfera da liberdade (PASSOS, 1988, p. 92).

Conclusão necessária a retirar-se é a de que “política, economia e direito são indissociáveis, interagindo entre si,

---

comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas.” PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 83.

<sup>23</sup> O direito não é, portanto; um fenômeno natural, algo posto à disposição do homem pela natureza e sujeito as leis necessitantes. Ele se situa no mundo da cultura, é uma criação do homem, uma das muitas formas pelas quais tenta compreender o existente para sobre ele interagir, conformando-o e direcionando-o no sentido do atendimento de suas necessidades e realização de suas expectativas. Não prescinde ele, portanto, do homem. Nem para sua formulação nem para sua efetivação. E o meio de que e vale o poder político para formular e realizar o direito é o processo, em suas várias manifestações. PASSOS, J.J Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p.86.

determinando uma realidade única: a da conveniência humana política organizada”. Deste modo, indubitável observar que o

“processo como técnica de formulação e realização do direito está fortemente comprometido com a carga ideológica, política e tem as implicações econômicas que se identificam no ordenamento jurídico a que instrumentalmente ele vincula.” (PASSOS, 1988, p. 87)

Destarte, é fulcral que a democracia participativa institucionalize os controles – tanto política quanto economicamente. Não ao ponto de obstar o seu funcionamento, mas o suficiente para coagi-los quando necessário (PASSOS, 1988, p. 83). Portanto, na democracia participativa, deve haver:

“não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública.”(PASSOS, 1988, p. 92)

Insta considerar que neste século o processo terá o papel de instrumento político de participação. Em outras palavras, *“a democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política”* (PASSOS, 1988, p. 95). Diante desse novo cenário jurídico-político que nos espera, PASSOS (1988, p. 96) faz os seguintes delineamentos para um processo além de uma democracia representativa, ou seja, um processo novo, o verdadeiro processo na democracia participativa:

“a) Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos

individuais como dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação dos interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários.

b) Superação do entendimento do processo como garantia de direitos individuais, alçado ele a instrumento político de participação na formulação do direito pelos corpos intermediários e de provocação da atuação dos agentes públicos e privados no tocante aos interesses coletivos ou transindividuais por cuja satisfação foram responsáveis.

c) Superação do mito de do poder da separação dos poderes e da efetivação do controle do poder pelo sistema de freios e contrapesos, institucionalizando-se controles sociais sobre o exercício do poder político e econômico, servindo o processo como instrumento de atuação desses controles nas situações que forem constitucional e legalmente definidas.”

Uma democracia verdadeira só poderá existir na medida em que houver participação, não só no sentido de remediar os flagelos da velha democracia representativa, mas uma participação efetiva onde o processo seja o instrumento de realização dos direitos fundamentais da sociedade. Uma democracia tão intensa e constante quanto seja possível, cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes (SILVA, 1988, p. 113).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um contexto de crise do Estado Democrático, cada vez mais há a aproximação entre democracia e o poder constituinte. Neste sentido, o *povo* destaca-se em meio às vicissitudes de uma democracia representativa decadente.

Com Friedrich Müller, é demonstrado que o conceito de povo vai além do que se propõe no sentido moderno de democracia. Deste modo, são explorados os conceitos de povo-ícone, povo como instância global de legitimidade, povo como ativo e povo como destinatário das prestações civilizatórias. Por conseguinte,

necessário estabelecer os pressupostos para o delineamento de um novo contexto democrático em que o povo seja ressignificado.

Nesse diapasão, encontra-se o Direito processual como condição de possibilidade para o máximo desenvolvimento das garantias individuais e de segurança no cumprimento das funções delegadas ao Estado. Assim, alicerçado em suas origens romanas, é através do processo que será assegurada a participação irrestrita a todos os cidadãos. Nesse aspecto, o processo se desvela com um viés político que possibilita a inclusão de todas as minorias, até então marginalizadas pela democracia representativa. Por meio do hermenêutico-fenomenológico, verificar-se-á que é através do processo que será possível fundamentar parâmetros para uma democracia participativa, buscando em sua pluralidade a concretização do texto constitucional.

Desse modo, a legítima práxis em um contexto democrático, fundadora de um Estado de Direito consolidado, apresenta-se principalmente na *efetividade* e na *concretização* dos direitos e garantias fundamentais e não meramente em abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes mecanismos de efetivação, entretanto, somente podem ser realizados através do processo. É através do suporte do Direito Processual que se constroem as mais profícuas relações de uma sociedade, não há obstrução ao seu acesso, uma vez que é no processo, ao menos, que se dá a inclusão de todos.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.70.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Futuro da Democracia**: Uma defesa das regras do jogo, O. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2003.
- BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998, p. 104-106.
- CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Juridição Constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- CRETELLA JR., José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CAPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. In O Processo Civil Contemporâneo, organizador Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: Juruá, 1994.
- GRASSI, Fiorindo David. **Direito romano hoje: síntese da história e da filosofia do direito romanista**. Frederico Westphalen – RS: URI, 1996, p. 53.
- HECK, Luís Afonso. **O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 124, outubro/dezembro, 1994.
- IHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Teil 2, Abteilung 2, Undervendänderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen, Scientia Verlag, 1968, n. XXXVIII, p. 332, t. III, nº 43, p. 17, da edição espanhola de 1910, traduzida por Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, Editorial Bailly-Bailliere *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e processo de conhecimento*. In **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição revista e ampliada. Saraiva: 2003.
- ISAIA, Cristiano Becker. *A Herança Romana no Direito Processual*. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3277/2060>.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 7. Ed. Tradução para o Espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MERRYMAN, John Henry. PERDOMO-PÉREZ, Rogelio. **A tradição da Civil Law**. Trad. Cassio Casagrande. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2009, p.155

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo – A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friederich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.32.

MULLER, Friedrich. **Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil**. In *Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos tribunais*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Porto Alegre, 2005. p. 27-36.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de Oliveira. *Esfera pública e participação na função administrativa do Estado: as contribuições de Hannah Arendt e Robert Dahl*. In. *Direito à Democracia – Ensaio Transdisciplinares./ Organizadores: Juarez Freitas; Anderson V. Teixeira*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PASSOS, J.J Calmon de. **Democracia, Participação e Processo**. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PICARDI, Nicola. P.122. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

PICO Y JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1997.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 13.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

SILVA, Ovídio Baptista da Silva. **Democracia, Participação e Processo**. Participação e Processo. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Direito à Democracia**: estudos transdisciplinares (organizador juntamente com Juarez Freitas). São Paulo, Conceito Editorial: 2011.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA FAMÍLIA: NOVAS DIRETRIZES JURÍDICAS E SOCIAIS DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Léia Comar Riva<sup>1</sup>

## Introdução

Na atualidade, torna-se indispensável um olhar direcionado ao Direito de Família a fim de examinar questões pertinentes, além das acolhidas por normas de ordem interna, e buscar fornecer subsídios para sua aplicação e o entendimento da dimensão e do alcance do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo investigar alguns aspectos jurídicos e sociais que circundam os estudos sobre a família na contemporaneidade. Ressalta-se que dada a amplitude da pesquisa não se fará um levantamento de todas as particularidades dos enfoques examinados.

A metodologia utilizada terá como base a pesquisa bibliográfica e documental e a análise interpretativa, a qual fundar-se-á “[...] na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas” (SPINK; LIMA, 2010, p. 102), com o aporte teórico de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42); Spink e Lima (2004, p.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra - *Ius Gentium Conimbrigae*- Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

102) e Marchi (2009, p. 66). Marchi (2009, p. 66), ladeado por outros autores, informa que pesquisadores da seara jurídica utilizam a denominada “[...] ‘tese em estilo clássico’, isto é, ‘a tese de erudição’: é aquela preparada em biblioteca, com a leitura atenta da bibliografia e fundada na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”. A pesquisa bibliográfica fundamentar-se-á na contribuição teórica de doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre os temas e na discussão das legislações brasileiras.

Para compreender o tema, num primeiro momento, buscar-se-á investigar sobre a família e o Estado e, em seguida, analisar a organização social e jurídica da família e as novas formas de organização das relações conjugais. Ao final, serão realizadas as últimas considerações da pesquisa.

## **1. A família e o Estado**

O homem, como ser social, não vive isolado e a primeira instituição a que pertence é a família e, a segunda, o Estado. Da primeira, ele pode se emancipar, mas da “[...] tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais”. (AZAMBUJA, 1980, p. 4). Longe de se discutir as várias questões já feitas à seara da Teoria Geral do Estado, não se pode esquivar da tarefa de situar a família em um contexto que ultrapasse os muros do privado, já que é, em alguns segmentos do universo público, que seus membros se inserem e necessitam de proteção.

No mundo moderno, o homem faz parte – simultânea ou sucessivamente – de diversas instituições ou sociedades, essas relações se dão por vínculos de parentesco, de interesses materiais ou espirituais. Tais instituições ou sociedades “[...] têm por fim assegurar ao homem o desenvolvimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, e para isso lhe impõem certas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei”. (AZAMBUJA, 1980, p.1). Apesar de a primeira e mais importante sociedade em que o homem ingresse seja a família, a qual deve alimentá-lo, protegê-lo e

educá-lo, há outra, “[...] que decorre da obrigatoriedade dos laços com que envolve o indivíduo; é a *sociedade política*, o *Estado*”. (AZAMBUJA, 1980, p. 2, grifo do autor).

Não cabe aqui investigar a época em que ocorreu o aparecimento do Estado ou as inúmeras teorias existentes, mas o Estado Moderno enquanto sociedade política organizada dotada de características bem definidas foi consolidada por volta do século XVI (AZAMBUJA, 1980, p. 7; BASTOS, 1997, p. 5; DALLARI, 2005, p. 53; MIRANDA, 2015, p. 16 e 25).

Para autores como Eduard Meyer e Wilhelm Koppers citados por Dallari (2005, p. 52), tanto o Estado como a própria sociedade sempre existiram e não parece restar dúvidas de que a família é precedente à constituição do Estado.

Nesse diapasão, razão assiste ao mestre português professor Jorge Miranda (2015, p. 4), no sentido de que a família está entre as sociedades antecedentes à formação do Estado “[...] ainda que não inelutavelmente conducentes à passagem a Estado”, entre outras, destacam-se a família patriarcal, o clã e a tribo e a *gens* romana.

O interesse em proteger a família por parte do Estado, segundo Espínola (1954, p. 13), no que é ladeado por doutrinadores italianos, existe porque é por meio do interesse na família que “[...] se descortina um outro interesse ainda superior que reclama e recebe proteção: 'o do próprio Estado, que na solidez e conservação do núcleo familiar haure a sua força e o impulso para seu desenvolvimento'. Esse entendimento, ainda hoje, não foi contestado.

Como nos lega Monteiro (1980, V.2, p. 1), ninguém contradiz o fato de que a família representa a própria vida, o “[...] núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”, e o Estado se mostra forte quando, efetivamente, a família encontra-se fortalecida e segura.

No tocante à família e sua íntima ligação ao Estado, os pensadores deixaram seus legados, entre eles: Rousseau (1978, p. 23) defende que a família é “o primeiro modelo das sociedades políticas” e Aristóteles, afirma que ela é “[...] uma instituição de

direito natural, anterior ao Estado e à própria sociedade civil". (MALUF, 2010b, p. 371).

## 2. Organização social e jurídica da família contemporânea

Apesar de a família ser considerada um organismo social, ela o transcende, assim como transcende o mundo jurídico (NADER, 2016, p. 5). Isso ocorre no Brasil e em outros países, conforme se apreende de algumas lições legadas por doutrinadores estrangeiros.

A família não deixou de, a um só tempo, sofrer transformações, por influência de fatores exteriores e de ser um poderoso veículo propagador de mudanças de comportamento. A família moderna, ao contrário da primitiva, é disciplinada pelos costumes e por normas sociais e jurídicas. (BEVILAQUA, 1933, p. 17).

Além disso, a família atual se distancia de suas precursoras por ser reconhecidamente considerada o mais importante organismo social. Nesse sentido, Bonfante (1926, V.1, p. 1 e 41) mostra que grande parte dos estudiosos, exceto Ihering, cuja direção é outra, reafirma ter sido ela um organismo social, o qual se sustentava sob uma estrutura política diferente da político-administrativa do Estado que lhe é posterior.<sup>2</sup> Atreladas a sua organização social e política, as relações familiares, regulamentadas pelos costumes, (GAUDEMET, 1967, p.

---

<sup>2</sup> Tradução livre do texto: *"Ne' concetti comuni sull'antica organizzazione gentilizia e familiare regna, per quelche mi sembra, molto del vago e dell'equivoco, e questo fatto turba l'intelligenza e la concezione vera del passaggio dall'organizzazione gentilizia ala civitas. Tutti gli scrittori, o romanisti, come il Mommsen e il Lange, o studiosi di orizzonte più vasto, come il Sumner Maine e il Fustel de Coulanges, e tutti quanti gli altri, che in qual unque modo trattano o sfiorano la questione, distinguono caratteristicamente l'organizzazione cosiddetta gentilizia o patriarcale, basata sul vincolodi parentela, di sangue, dall'organizzazione politica. E in generale (salvo il Iheringche devia in tutt'altra direzione) essi pongono che la città primitiva non sarebbe che un comune gentilizio o patriarcale, mentre l'organizzazione politica, lo Stato, sorge e s'impone molto più tardi. [...] Il concetto dela struttura politica della gente e dela famiglia, nel senso di organismo politico sovrano o Stato embrionale, non già in quello di organo politico-amministrativo o sud divisione artificiale dello Stato, è propriamente quel loche io recavo di nuovo nello studio del l'organizzazione sociale primitiva"*. (BONFANTE, 1926, p. 1 e 41).

381 730)<sup>3</sup> eram permeadas pela moral e pela ética, as quais sempre exerceram grande influência na elaboração e na aplicação do Direito de Família. (BIONDI, 1957, p. 229).<sup>4</sup>

Anotam os irmãos Mazeaud (1965, p. 673-676) que se seguirmos sua etimologia, a família é o grupo de pessoas o qual vive sob o mesmo teto e os mesmos recursos; é uma unidade econômica e o centro de produção e consumo, e sem ela enquanto "célula social por excelência", não se concebe a possibilidade de vida em sociedade.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Jean Gaudemet (1967, p. 381 e 730) comenta que o costume é a antiga fonte do direito e que "Na época real o costume é a fonte essencial (e sem dúvida exclusiva) do direito. Trata-se de focar principalmente os costumes dos grupos familiares, os quais certamente persistirão até a época clássica. Ao lado dos *mores gentis*, apareceram os costumes da cidade, em seguida e na medida em que aquela assegurou sua coesão e concorrência com o agrupamento familiar. Esses costumes nasceram do uso pacífico ou da repetição das decisões judiciais". Em períodos posteriores, mesmo concorrendo com a lei, os costumes não deixam de ser considerados como fonte do direito romano: "[...] porque costume e lei têm o mesmo fundamento: a vontade popular, exprimida formalmente dentro da lei e tacitamente pelo costume". A tradução livre é do seguinte texto: "*A l'époque royale la coutume est la source essentielle (et sans doute exclusive) du droit. Il s'agit tout d'abord et principalement des coutumes des groupes familiaux, dont certaines persisteront jusqu'à l'époque classique. A côté des mores gentis, apparaissent des coutumes de la cité au fur et à mesure que celle-ci affermit sa cohésion et concurrence les groupements familiaux. Ces coutumes naissent d'un usage pacifique ou de la répétition des décisions judiciaires. [...] Car coutume et loi ont le même fondement, la volonté populaire, exprime et forme elle-même dans la loi et tacitement par la coutume*".

<sup>4</sup> Tradução livre do texto: "*Il diritto di famiglia, più che ogni altra parte del diritto, è permeato dall'etica, ed i rapporti familiari si svolgono non opra tutto nell'orbita della morale; per tanto taluni ferrei principi giuridici, nella loro attuazione pratica, erano temperati dall'amorale, prima che inter venisse la legge, la quale nell'opera continua di demolizione dell'arcaica concezione, si ispira alle correnti e ichecheman mano si affermano*". (BIONDI, 1957, p. 229).

<sup>5</sup> Tradução livre do texto: "*Si l'ons'entient à l'étymologie, la famille, familia, constitue le groupement des personnes vivant sous le même toit et des mêmes ressources. La familia est une unité économique, centre de production et de consommation [...] Le plus importante, parce que, sans lui, on ne conçoit pas la possibilité d'une vie en société. On a si souvent répété que la famille est 'la cellule sociale par excellence'. [...]*". (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1965, p. 673-676).

A lei, a natureza e a vontade, segundo Malaurie (1994, p. 29)<sup>6</sup>, sempre exerceram um relevante papel no direito de família, pois essa é uma instituição social, dada pela natureza e vontade do indivíduo. Ao mesmo tempo, Josserand (1952, p. 4) mostra que ela possui valor de um grupo étnico intermediário entre o indivíduo e o Estado. Além disso, Cupis (1988, p. 2) comenta que é uma entidade, além de regulamentada pelos costumes, influenciada por diversos fatores ambientais, com inclusão de estruturas socioeconômicas e as concepções espirituais e religiosas; ressalta ainda que nesses setores a família sofreu sua mais profunda evolução histórica, a qual foi, particularmente, acentuada nos últimos tempos.<sup>7</sup>

Em seu aspecto social, verifica-se que entre todos os elementos formadores dos grandes aglomerados de homens, denominados como nações, o pequeno grupo familiar é o mais importante. Ao mesmo tempo, a família é para o homem uma necessidade inevitável, pois entre outros fatores, está o da fragilidade da criança, a qual desde o nascimento e, durante muito tempo, precisa de vários cuidados. (PANIOL; RIPERT, 1952, V.2, p. 244)<sup>8</sup>. Além disso, a família deve assegurar proteção, não apenas à criança, mas também a todos os seus membros. (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1965, p. 673-676).<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Tradução livre do texto: "*La loi, la nature et la volonté ont toujours exercé un rôle dans le droit de la famille, puis que la famille est une institution sociale, dominée par la nature et voulue par l'individu*". (MALAURIE, 1994, V.3, 29).

<sup>7</sup> Tradução livre do texto: "*La famiglia è un'entità coinvolta, ancor prima chenel diritto, nel costume, alimentato da diversi fattori ambientali, comprensivi di strutture economico-sociali e di concezione spirituali, anche religiose. Ed in tali settori ha subito una profonda evoluzione storica, particolarmente accentuata nei tempi recenti*". (CUPIS, 1988, p. 2).

<sup>8</sup> Tradução livre do texto: "*Le petit groupe de la famille est le plus essentiel de tous les éléments qui composent ces grandes agglomérations d'hommes qu'on appelle des nations. [...] La famille est pour l'homme une necessite inéluctable. L'était de faiblesse et dé nûment dans le quel naît l'enfant, le nombre et la durée des soins qu'il exige*". (PLANIOL; RIPERT, 1952, p. 244).

<sup>9</sup> Tradução livre do texto: "[...] *mais c'est la famille qui assure la protection de l'individu [...]*". (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD, 1965, p. 673-676).

A família, ao mesmo tempo, está assegurada por um organismo jurídico; portanto, ela forma não só um grupo social, mas, também, um grupo juridicamente organizado e disciplinado (CUPIS, 1988, p. 1-2);<sup>10</sup> Ademais é constituída por pessoas ligadas por múltiplos e variados vínculos jurídicos, tais como civil, de consanguinidade, de afinidade e de afetividade (BEVILAQUA, 1933, p. 20) e dessas ligações afloram funções biológicas, psicológicas e sociais. (NEVES, 2004, p. 39-40).

Quanto a sua acepção jurídica, infere-se junto à legislação estrangeira, mas não só nela, posto que o direito pátrio segue os mesmos critérios, de que é possível compreendê-la, basicamente, em dois sentidos: o amplo e o restrito. O primeiro engloba todas as pessoas unidas pelos laços de consanguinidade e de afinidade, na linha reta e colateral, os limites das linhas e a contagem dos graus se diferenciam entre as legislações. Essa concepção também abarca a adoção. O sentido mais restrito é diferente e compreende, unicamente, os cônjuges ou conviventes e a prole. (JOSSERAND, 1952, p. 3; PONTES DE MIRANDA, 1939, p. 47; BEVILAQUA, 1933, p. 17).

Seja sob o ponto de vista de um organismo social ou jurídico, Cupis (1988, p. 1-2), em brilhante lição, anota que para a união sexual entre duas pessoas corresponder propriamente a uma família em sentido amplo é necessário haver certo grau de estabilidade, complementado por afeto e mútua solidariedade entre as partes, entre o casal e entre os filhos gerados. A soma desses elementos forma um grupo ao qual convém atribuir o nome de "família".<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Tradução livre do texto: "[...] *la famiglia è coinvolta anche nel diritto, assurgendo ad organismo giuridico, cio è a gruppo, non ché sociale, anche giuridicamente organizzato e disciplinato*". (CUPIS, 1988, p. 1-2).

<sup>11</sup> Tradução livre do texto: "*Ma perché a tale unione corrisponda una famiglia propriamente intensa è necessário chel'unione medesima abbia un certo grado di stabilità e sia integrata da affetto e solidarietà reciproca tra gli uniti soggett ioltre che trastessi e quel ligenerati: dalla somma di questi elementi surge um grupo cui si ad disse la denominazione di 'famiglia'*". (CUPIS, 1988, p. 2).

Atualmente, as contribuições dos autores portugueses também são capazes de informar os novos rumos do Direito de Família. Segundo Diogo Leite de Campos e Mônica Martinez de Campos (2016, p. 14) até “[...] há muitos anos na Europa e na América a família era vista numa perspectiva de supremacia em relação aos seus membros. Na realidade, a família era representada pelo pai/marido cuja vontade e interesses se impunham”, a evolução social impôs uma revisão do Direito de Família e “[...] levou ao afastamento do modelo tradicional e à sua substituição por um modelo individualista, que ignora a comunidade familiar. Sendo uma comunidade de amor (e de solidariedade)”. (CAMPOS; CAMPOS, 2016, p. 14).

No âmbito do Direito de Família, Castán Tobeñas, citado por Rubio (1998, p. 168-169), afirma que se deve conseguir manter o maior equilíbrio possível entre os direitos propriamente individuais baseados na ideia de igualdade, no princípio do respeito devido à dignidade humana e nos direitos da família como grupo social, célula básica da sociedade e do Estado, que tem a seu cargo funções tão importantes e necessárias para o desenvolvimento da personalidade individual dos seres, que nela vivem e dentro dela devem obter seu próprio desenvolvimento.

Outrossim, a nível jurídico, Rubio (1998, p. 168) defende que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. Essa proteção por parte do Estado tem que ser questionada a partir de uma perspectiva individual de proteção dos direitos humanos.

No Brasil, tais orientações não se diferenciam. É recorrente junto à legislação, doutrina e jurisprudência que houve a ruptura do modelo assentado exclusivamente no casamento, o que exigiu a reflexão acerca dos laços de consanguinidade e afinidade (FACHIN, 2003, p. 220); que se deve vislumbrar na família “[...] uma possibilidade de convivência marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade” e que a

família é “o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa” e o “[...] instrumento para a realização integral do ser humano”. (DINIZ, 2015, p. 27).

Quanto ao Direito de Família, deve ele ser analisado “[...] do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional”. (TARTUCE, 2015, p. 5).

### **3. Modelos de família e de entidades familiares na contemporaneidade**

Acompanhado as profundas mudanças na seara do Direito em geral e do Direito de Família em particular ocorridas no século passado, no Brasil e em vários outros países Americanos e Europeus, a legislação brasileira, com a Constituição Federal de 1988, recepcionou, além da tradicional família instituída pelo casamento, duas outras formas de entidade familiar.

A Carta Constitucional, art. 226, parágrafos 1º ao 4º, determina que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado; que para “efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” e que entende-se, “também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Adverte o Professor das Arcadas Álvaro Villaça Azevedo (1992, p. 84), que os “parágrafos do aludido art. 226 não são taxativos, pois não é o Estado que determina como deva constituir-se a família, mas protege-a sob variadas formas de constituição”. As jurisprudências dos Tribunais Superiores, STF e STJ, firmam-se neste mesmo sentido.

A diferença entre família e entidade familiar é ressaltada por Leite (2003, p. 18). O autor mostra que a “distinção feita pela Constituição é veemente e afasta qualquer dúvida que possa pairar

com relação ao intuito do constituinte, tanto é que ao se referir à família, no art. 226, *caput*, referiu-se ao “casamento” e às “entidades familiares” (união estável - § 3º e família monoparental - § 4º).

Entre as classificações de família encontradas, alguns autores dividem em constitucionais e não constitucionais. Essas últimas são consideradas como modelos de famílias que não estão previstos na Carta Magna de 1988, como as famílias não monogâmicas e aquelas que podem ser separadas em matrimonial e não matrimoniais. A matrimonial tem como base o casamento “sendo o grupo composto pelos cônjuges e prole” e a não matrimonial ou extramatrimonial é oriunda das relações extraconjugais, como a instituída pela união estável e pela monoparentalidade. (DINIZ, 2015, p. 27).

Além dessas, no grupo que compõe as famílias não matrimoniais, atualmente é possível verificar uma infinidade de arranjos domésticos, sendo que alguns destes produzem efeitos pessoais e patrimoniais que interessam aos filhos e a terceiros, com os quais se mantêm relações jurídicas, idênticos à família instituída pelo casamento.

A união estável caracteriza-se como a união pública, contínua e duradoura com a finalidade de estabelecer família, com a possibilidade de constituição a partir de relação hétero ou homossexual. A união homossexual foi juridicamente reconhecida como entidade familiar a partir da decisão do STF (ADI n. 4.277) em 2011 “com igual tutela jurídica conferida às demais entidades familiares” (LÔBO, 2017, p. 19).

A família monoparental ou unilinear é formada por apenas um dos genitores e a prole, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, “produção independente” etc., essa se divide em matrifocal – sem provedor masculino estável, em que o adulto permanente é a mãe, comum nas classes mais baixa – e patrifocal sem a presença da mãe na família.

Além das mencionadas acima, existem as famílias previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao comentá-las Rossato

e Lépore (2009, p. 27) asseveram que o Estatuto “adota classificação trinária dos grupos familiares”, porque segundo se depreende dele há a família natural, formada pelos pais ou qualquer um deles e seus descendentes; a família extensa “formada também pelos parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” e a família substituta, a qual é compreendida pela “Lei n. 8.069/90, no art. 28, §§ 1º a 6º, acrescentados pela Lei n. 12.010/2009, refere-se à *família substituta*, que se configurará pela guarda, tutela e adoção”. (DINIZ, 2015, p. 27, grifos da autora).

Os vínculos que constituem a família combinam-se de vários modos e dão origem a diversas modalidades de arranjos domésticos. (RIVA, ROMANELLI, 2009, p. 157). Há as famílias ampliadas, “nas quais parentes do lado materno ou paterno agregam-se ao arranjo nuclear; as famílias reconstituídas, recompostas, mosaicas ou formadas por casais em segunda união, em que um convivente, ou ambos, já teve ou tiveram união anterior e conceberam filhos” (RIVA, 2012, p. 165; GRISARD FILHO, 2010, p. 77 e seguintes); a família parental ou anaparental, sem pais, caracterizada pela “convivência entre parentes ou entre pessoas ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de uma entidade familiar”, com direitos a alimentos, sucessórios etc. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando há constituição de entidade familiar, por meio da convivência de duas irmãs sobre o mesmo teto, durante longos anos e conjugação de “esforços para a formação do acervo patrimonial”. (DIAS, 2013, p. 55).

Entre a “ampla diversificação de arranjos de família produzidos pela cultura e pelos padrões de relações humanas” estudados por Riva (2012, p. 160), encontra-se o concubinato e as uniões paralelas. Quanto ao primeiro, o Código Civil de 2002, art. 1.727 assinala como “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. Já as uniões paralelas podem ser adúlteras “em que um dos companheiros é casado, mantendo,

paralelamente ao seu casamento, um lar concubinário”; incestuosas, quando houver parentesco próximo entre os amantes, ou desleais, no caso de dois concubinatos concomitantes. (AZEVEDO, 2002, p. 164-165).

Ao concubinato, apesar das controvérsias, encontra-se na doutrina autores que apontam para esta relação a produção de efeitos positivos, como partilha de bens, indenização e o direito da seguridade social. Tal arranjo familiar “tem sido objeto de demandas de soluções equitativas ao Legislativo e ao Judiciário, o que demonstra que não pode ser qualificado como simples relação ilícita, sem natureza familiar”. (LÔBO, 2017, p. 183).

Em relação às uniões paralelas, os debates doutrinários e jurisprudenciais são intensos. Alguns atribuem direitos aos amantes e consideram que estas uniões não constituem uma família, já outros se posicionam de forma contrária. É recorrente entre as doutrinas consultadas a presença de três correntes mais acirradas em relação a estas uniões:

a primeira, que se trataria de união ilícita, sem qualquer repercussão jurídica; a segunda, que seria apenas sociedade de fato, resolvendo-se o conflito no plano do direito das obrigações, segundo o modelo da Súmula 380/STF; a terceira, que constituiria idêntica união estável em relação à primeira, portanto, com natureza de entidade familiar. (LÔBO, 2017, p. 177. Neste sentido: TARTUCE, 2015, p. 317 e seguintes).

O entendimento que tem prevalecido é o apresentado por Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo, adeptos da primeira corrente, no sentido de que nenhuma das uniões paralelas constitui união estável, porque há “deslealdade nas relações plúrimas a impedir a caracterização da união estável, trata-se do *concubinato impuro desleal*”. (TARTUCE, 2015, p. 317). Com exceção ao companheiro de boa-fé, que caracteriza a união estável putativa, “além de não merecerem, por parte do Estado, proteção e regulamentação legal, não constituem uma família porque nascem concubinato” (AZEVEDO, 2002, p. 164) e não há elementos que permitam edificar uma família pelo descumprimento do dever,

conforme o caso de fidelidade ou de lealdade e de respeito; são relações e convivências reprovadas; contrariam a regra moral prescrita pela sociedade; causam instabilidade social; não há nelas a *affection maritalis*; e afrontam nosso sistema monogâmico e jurídico. Logo não incidem as normas aplicáveis à união estável como alimentos e direitos sucessórios (LÔBO, 2017, p. 177), mas, somente as da sociedade de fato, cuja competência para resolver os conflitos, se existirem, é da Vara Civil. (RIVA, 2012, p. 163).

Outra forma de relação diz respeito às denominadas relações poliafetivas, na qual há um relacionamento formado por três ou mais pessoas. Para Ann Tweedy (*apud* LIMA FILHO; MALVEIRA, 2017, p. 35, grifo da autora), “o poliamor descreve a prática, o estado ou a habilidade de ter mais de um relacionamento amoroso e sexual ao mesmo tempo, com o pleno conhecimento e consentimento de todas as partes envolvidas, devendo ser diferenciado de outros tipos de relacionamentos não monogâmicos como o *swing*”.

Segundo Lima Filho e Malveira (2017, p. 36), existem muitos modelos de relações de poliamor e, “de forma mais genérica, é possível identificar seus modelos relacionais, que não representam as suas únicas formas de manifestação”; os modelos são: “poliamorismo individual, poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados, poliamorismo aberto e a polofidelidade”.

A discussão ganha relevância a partir da elaboração da escritura pública declarando a existência de uma união poliafetiva, na comarca de Tupã, interior do estado de São Paulo em 2012 (LIMA FILHO; MALVEIRA, 2017, p. 31)<sup>12</sup>. A análise dessa relação

---

<sup>12</sup> Ainda, os autores trazem as seguintes informações: 1) “Na cidade de Tupã, interior de São Paulo, um homem e duas mulheres lavraram a primeira escritura pública de união poliafetiva em cartório de notas e protesto”. 2) “Recentemente, em função do aumento de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva no país, o Conselho Nacional de Justiça sugeriu que cartórios suspendam a lavratura de escrituras públicas de união estável poliafetiva até a regulamentação do tema, uma vez que houve representação por parte da Associação de Direito

passa pelo debate acerca da monogamia e de todas as questões alegadas para se negar a constituição de união estável, as relações plúrimas ou paralelas acima.

Alguns autores como José Fernando Simão, com o qual se concorda, alega “haver nulidade absoluta no ato, por suposta ilicitude do objeto (art. 166, inc. II, do CC)”, Tartuce (2015, p. 323) mostra

o reconhecimento de um afeto espontâneo entre duas ou mais pessoas não parece ser o caso de dano à coletividade, mas muito ao contrário, de reafirmação de solidariedade entre as partes, algo que deve ser incentivado perante a sociedade. Por fim, o texto da escritura é bem sutil, de mera valorização de um relacionamento que já existe no mundo dos fatos, podendo ou não gerar efeitos jurídicos, o que depende da análise do pedido e das circunstâncias do caso concreto.

Árdua é a tarefa de “encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito”. (DIAS, 2013, p. 41). O conceito de família precisa ser considerado dentro de cada área do conhecimento que o toma como objeto de estudo. Nos termos da Constituição Federal, Maluf (2010, p. 36) diz entender-se por família “o *locus* onde cada ser desenvolverá sua personalidade, valorizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção estatal conferida a cada membro que a constitui, tal como se estabelece pelo artigo 226, § 8º, da Carta Constitucional”. Também, em termos jurídicos, complementando este entendimento, o conceito privilegiado pode ser o trazido pela lei que coíbe a violência doméstica e familiar

---

de Famílias e das Sucessões que pediu, em liminar, a proibição do reconhecimento do poliamor”. 3) Tramita na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 4.302/2016, proposto pelo Deputado Vinícius Carvalho, que visa alterar o artigo primeiro da Lei n. 9.278/1996, para constar “que torna defeso o reconhecimento da união poliafetiva, sob a justificativa de que o reconhecimento destas uniões pelos cartórios no Brasil, fere de morte a família tradicional em total contradição com nossa cultura e valores” (LIMA FILHO; MALVEIRA, 2017, p. 31).

contra a mulher, a Lei n. 11.340/2006. Esta Lei, em seu art. 5º, I dispõe que a família se emoldura no “âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”.

De forma não exaustiva, os princípios que sustentam o atual Direito de Família e, portanto, aplicáveis à família estão elencados a seguir. Desses princípios ensejam-se outros princípios, como é o caso do princípio da liberdade que é consequência do princípio da igualdade. Entre os princípios temos: proteção de todas as espécies de família (pluralismo familiar); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais; *ratio* do matrimônio – segundo esse princípio, o fundamento básico do casamento e da vida conjugal é a afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida; igualdade entre os cônjuges; dissolubilidade do vínculo conjugal e matrimonial; respeito à dignidade da pessoa humana; liberdade; afetividade<sup>13</sup>; solidariedade; superior interesse da criança e do adolescente, dever da família, da sociedade e do Estado garantirem à criança e ao adolescente a proteção integral; amparo às pessoas idosas é dever da família, da sociedade e do Estado, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade; igualdade entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, por adoção ou inseminação artificial; respeito recíproco entre pais e filhos; consagração do poder familiar; planejamento familiar e

---

<sup>13</sup> Etimologicamente a palavra “afetividade”, significa qualidade ou caráter de afetivo. De acordo com a Psicologia, afetividade é o conjunto “de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimento e paixões, acompanhados sempre da impressão de dar ou de prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza”. Em sentido anímico “pertencente ou relativo a alma/psíquico” e juridicamente, com força normativa, a afetividade impõe o dever e obrigação aos membros da família. A afetividade sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico (LÔBO, 2017, p. 69; FERREIRA, 2004, p. 61 e 41).

paternidade responsável e comunhão plena de vida baseada na afeição. (DINIZ, 2015, p. 36 e seguintes; MALUF, 2010, p. 37).

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, virtude que só ao homem é facultada, é possível afirmar, ao mesmo tempo, que na prática e com o propósito de facilitar a vida das pessoas ele: 1) sustenta a norma de conduta de um para com o outro e vice-versa; 2) norteia o comportamento entre os membros que compõem a unidade familiar; 3) faculta, a cada um, uma existência digna, honesta, honrada, respeitosa e responsável; 4) garante o exercício de direitos, o cumprimento de deveres e a proteção de interesses e 5) contém a “velha” ideia de relação, fundada na solidariedade, da qual se irradiam direitos e deveres recíprocos. (RIVA, 2012, p. 115).

A concepção da natureza jurídica do Direito de Família brasileiro também acompanha a evolução social e jurídica e, às vezes, entranha-se com o próprio conceito de família. Nesse diapasão, atualmente, se reconhece: que o interesse individual encontra-se sujeito ao interesse da família; que a família constitui o alicerce mais sólido em que se assenta toda organização social e a função social<sup>14</sup> dela; que se trata de um direito extrapatrimonial ou personalíssimo, irrenunciável e intransmissível, não admitindo condição ou termo ou exercício por meio de procuração; que as normas que regulamentam o Direito de Família são cogentes ou de ordem pública, porque seus institutos, como o casamento, a filiação, a união estável, não podem se submeter ao árbitro individual, uma vez que manifestam o interesse da sociedade em geral; que é a sólida organização familiar que constitui a base da sociedade e da qual resulta a preservação e o fortalecimento do Estado; que suas instituições jurídicas são de direitos-deveres, ou seja, as pessoas têm o direito de constituir família, ser pai/mãe, ter sob sua guarda,

---

<sup>14</sup> Inúmeros são os significados atribuídos à expressão “Função Social”, sendo que sua definição passa sempre pela área do conhecimento que a toma como objeto de estudo. De acordo com a sociologia jurídica, “função social” são “atividades e papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, com o escopo de obter o atendimento de necessidades específicas” (DINIZ, 2008, p. 657).

tutela, adoção a criança ou o adolescente e esses vínculos acarretam deveres porque o próprio Estado assim os determina, além disso, destaca-se que é um ramo do direito privado “apesar de sofrer intervenção estatal, devido à importância social da família”. (DINIZ, 2015, p. 45).

### **Considerações Finais**

Após a coleta e análise, os dados apontam a família como precursora do Estado e contribuem para os debates acerca da edificação da organização familiar na contemporaneidade e das novas formas de conjugalidade, além disso, mostram que os discursos, que sustentam as relações intrafamiliares, são contemporâneos da norma jurídica aplicada em muitos países ocidentais e estão pautados na convivência marcada por laços de afeto, entre cônjuges e conviventes e entre esses e demais membros familiares.

Constatou-se que o direito é um ramo das ciências jurídicas e sociais dinâmico por excelência e como ocorreu desde os tempos primitivos, hodiernamente, a regulamentação de alguns de seus institutos, sobretudo aqueles afeitos à área do Direito de Família, continuam obedecendo às regras estabelecidas por um pacto social comum para que melhor se adaptem à realidade vivenciada pela população à qual é dirigido.

Os encargos atribuídos a todos que trabalham, principalmente na área do Direito de Família, parece ser os de procurar criar mecanismos para dar efetividade às novas reivindicações sociais e às novas diretrizes as quais devem culminar na construção de uma sociedade que tem na esfera do privado o local privilegiado para o desenvolvimento de sua personalidade e caminha, por consequência, ao encontro do conceito de “família”.

Depreende-se que o conceito de “família”, pode assumir vários sentidos, de acordo com a área do conhecimento que a toma como objeto de estudo e tende a ampliar-se e a englobar várias

peessoas reunidas sobre o mesmo teto ou não. De acordo com o material levantado, até o momento, pode-se conceituá-la como um organismo social, anterior ao Estado e que transcende o mundo jurídico, cujos alicerces sustentam-se em princípios firmados na dignidade, na afetividade, na solidariedade e na reciprocidade de direitos e deveres que deve existir entre as pessoas unidas pelos vínculos familiares.

Um dos fatores preponderantes para apreender as diferentes noções de famílias é a compreensão e o respeito as suas diferentes formas de organização social e jurídica. Isto porque as diversas formas de organização familiar influenciam e propulsionam as mudanças que ocorrem na família, a qual vai rompendo com seu passado e adquirindo novos contornos.

Do levantamento é possível ponderar, ainda, acerca das novas diretrizes que norteiam as atuais relações familiares. Verificou-se que estas, as relações familiares, têm suas raízes na sociedade, a qual se encontra em constante processo de construção, com vistas inclusive ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana. No que concerne às novas diretrizes, percebe-se que se deve respeitar as diferenças e a maior liberdade conquistada nas escolhas pessoais, sobretudo, em relação as novas e distintas formas de conjugalidade.

## Referências

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 19. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1980.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família e nova Constituição (arts. 226 e 227, § 6º). In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANS, Semy (Coord.). **O direito na década de 1990: novos aspectos**. Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed.ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BIONDI, Biondo. **Il diritto romano**. Bolonha: Licinio Cappelli, 1957.

BONFANTE, Pietro. **Famiglia e successione**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1926. v. I.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de direito de família**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2016.

CUPIS, Adriano de. **Il diritto di famiglia**. Pádua: Cedam, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9. ed.rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helen. **Dicionário jurídico**. 3. ed. rev., atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 2.

DINIZ, Maria Helen. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 5.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Gazeta Judiciária, 1954.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GAUDEMET, Jean. **Institutions de l’antiquité**. Paris: Sirey, 1967.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas**: novas uniões depois da separação. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Tradução de Santiago Gunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1952.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA FILHO, João Pereira; MALVEIRA, Jamilye Saráty. União estável poliafetiva: poliamorismo e sua possibilidade de gerar uma entidade familiar no Brasil. **Revista IBDFAM**: Famílias e sucessões. jul./ago, 2017. V. 22.

LÔBO, Paulo. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre sociofetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM**: Famílias e sucessões. jul./ago, 2017. V. 22.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALAURIE, Philippe. **Cours de droit civil**: la famille. 4. ed. Paris: Éditions Cujas, 1994. t. III.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. 3. ed., 2. tir. Paris: Montchrestien, 1965. T. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 2.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NEVES, Anamaria S. **A violência física de pais e mães contra filhos: cenário, história e subjetividade**. 2004. 270f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade de São Paulo, FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, 2004.
- PANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 2.
- RIVA, Léia Comar. **União estável sob a perspectiva do parentesco por afinidade**. 2012. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Discurso sobre as ciências e as artes**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- RUBIO, Valle Labrada. **Introduccion a la teoria de los derechos humanos**. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1998.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo: Cortez & Moraes Ltda, 1979.
- SPINK, Mary Jane; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade: a explicitação dos passos da interpretação. In: SPINK, Mary Jane (Org.). **Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. 5



# DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E SOCIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Léia Comar Riva<sup>1</sup>

## Introdução

Apesar dos inegáveis avanços teóricos e metodológicos em praticamente todas as áreas do Direito Público e Privado, entranha-se com a construção do processo de consagração dos Direitos Fundamentais a procura por compreender, cada vez mais, questões que a eles se atrelam, como as relativas aos efeitos por eles produzidos e aos diferentes institutos<sup>2</sup> jurídicos os quais podem ser utilizados para efetivá-los.

Por seu turno, a abordagem desses temas requer o estudo, dentre outros, das diferentes teorias que procuram contribuir para

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FD-UC), Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br

<sup>2</sup> A palavra **instituto**, utilizada com frequência no decorrer do trabalho, segundo seu sentido etimológico, derivada do latim *institutum de instituere* (instituir), exprime, na terminologia jurídica, a “[...] expressão usada para designar o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem certas entidades ou certas situações de direito” (SILVA, 1982, p. 487). E com essa compreensão dizemos: instituto de direitos fundamentais, instituto da interpretação das normas, instituto da eficácia das normas etc.

a compreensão, interpretação e aplicação da norma no caso concreto e para proteger a dignidade da pessoa humana.

O estudo dos direitos fundamentais será dirigido a examinar sua positivação na Carta Magna brasileira de 1988, assim como os princípios constitucionais e a forma de interpretá-los. O procedimento metodológico constituir-se-á de pesquisa bibliográfica e documental; a análise interpretativa dos dados levantados junto à doutrina brasileira e estrangeira fundar-se-á “na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”, e terá como referencial os trabalhos de Severino (1979, p. 60-62); Eco (2010, p. 42) e Marchi (2009, p. 66).

Dada a complexidade das questões propostas, a investigação se mostra um grande desafio a ser transposto, mesmo para os renomados constitucionalistas, civilistas e processualistas. Por isso, ao considerar, não só a complexidade como também a amplitude da matéria investigada, como opção metodológica, entre os vários institutos envolvidos, foram delimitados aqueles que, ao mesmo tempo, atendessem ao objetivo central da pesquisa e que fossem atuais e relevantes para as ciências jurídicas, em geral e para a proteção da família, em particular. Portanto, a escolha desse recorte nada tem de aleatório.

Para alcançar os objetivos propostos, abordar-se-ão os direitos fundamentais e o direito de família; os princípios constitucionais fundamentais e a estrutura normativa e a interpretação dos direitos fundamentais. No final serão apresentadas as últimas considerações.

## **1. Direitos Fundamentais e Direito de Família**

Em geral a evolução da vida em sociedade acarreta novos fatos e conflitos “[...] e exige o estabelecimento de normas jurídicas que regulem os atos de seus componentes”. (DINIZ, 1999, p. 328). Com as normas constitucionais ocorre quase o mesmo. Hesse (1991, p. 18) leciona que a Constituição converte-se “[...] na ordem geral

objetiva do complexo de relações da vida”; no entanto, sua força normativa não reside somente na adaptação da realidade, porque é preciso, além da vontade de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, compreender a necessidade e o valor da ordem normativa e entender que ela é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos.

Entre as normas jurídicas previstas constitucionalmente tem-se aquelas que compõem a lista, a relação ou catálogo de direitos fundamentais. Como examinado em outros estudos,<sup>3</sup> apesar do conceito de direitos fundamentais não ser unívoco, ele se constitui de elementos capazes de garantir o respeito aos mais básicos direitos do homem, ou seja, aos direitos elementares do ser humano como a vida, a dignidade, a igualdade e a liberdade (RIVA, 2014, p. 390) e que “[...] a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo sistema jurídico” (COMPARATO, 2010, p. 74). Além disso, o campo de abrangência dos Direitos Humanos, “expressão preferida nos documentos internacionais” (SILVA, 1992, p. 162), trata de “[...] algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos” (COMPARATO, 2010, p. 70) e tem essencialmente por escopo “um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 38).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. RIVA, Léia Comar. Direitos humanos e direito de família. In: NOZU, Whashington Cesar Shoiti; LONGO, Marcelo Pereira; BRUNO, Marilda Moraes Garcia (Org.). **Direitos humanos e inclusão: discursos e práticas sociais**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2014.

<sup>4</sup> Existem diversas teorias que procuram explicar os direitos humanos. Anón (1992, p. 60) comenta sobre a teoria dos direitos humanos a partir do conceito de direitos morais. Nesses estão inclusas aquelas exigências éticas, bens, valores, razões e princípios morais de especial importância que gozam todos os seres humanos por serem humanos, de tal forma podem determinar uma exigência ou demanda frente ao resto da sociedade, e tem a pretensão de ser incorporado no ordenamento jurídico como direitos jurídicos positivos, se já não estiverem.

Quanto à denominação direitos humanos e fundamentais, nos âmbitos das doutrinas jurídicas estrangeiras e nacional hodiernas admitem distinções. Nesse sentido, Comparato (2013, p. 239) mostra que a distinção dos “direitos humanos dos direitos fundamentais” ocorre “[...] na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado mediante normas escritas”.

Canotilho (2007, p. 377) ensina que os direitos fundamentais são “[...] estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”, no entanto, a positivação dos mesmos “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais”, caso contrário, não serão “[...] direitos protegidos sob a forma de norma (regras e princípios) de direito constitucional”. (CANOTILHO, 2007, p. 377).

Ainda, no âmbito da doutrina estrangeira, Fuster (1992, p. 44-45) anota que a distinção reconhecida com unanimidade reserva a expressão “direitos humanos” para os direitos humanos positivados a nível internacional (nas Declarações e Convenções Internacionais), junto àquelas exigências básicas, ladeadas por determinadas condições e relacionadas com a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa. Por sua vez, restringe o termo “direitos fundamentais” para os direitos humanos positivados a nível interno, isto é, os direitos humanos garantidos pelos ordenamentos jurídicos estatais. Dessa maneira, o critério distintivo se basearia no diferente grau de concretização positiva dessas categorias.

Como visto, o maior passo para assegurar os direitos e as garantias individuais e sociais dados pelo Brasil ocorreu com a Constituição Federal de 1988. Silva (2014, p. 23) anota que a “Constituição brasileira consagra também outros direitos fundamentais que não aqueles chamados de ‘clássicos’, ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, cujo catálogo de

direitos fundamentais consagra essencialmente direitos de caráter liberal, ou seja, liberdades públicas”.

A Carta Magna – Título II, artigos 5º a 17 – “[...] estabelece cinco espécies ao gênero para os direitos fundamentais”. (GUERRA, 2007, p. 40). Esserol compreende: os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5); os direitos sociais (arts. 6 a 11); os de nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 16) e os partidos políticos (art. 17). Dos direitos e garantias fundamentais acima, no momento, serão objeto de investigação os direitos e deveres individuais e os direitos sociais, também denominados pela doutrina, respectivamente, de direitos de primeira e segunda geração, surgidos em épocas diferentes, as quais, em tese, acompanham as concepções do Estado Liberal e Social.

Além desses, são assegurados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais referentes à inviolabilidade da família, quando determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem”.

No tocante aos direitos individuais, relevante é a previsão contida no *caput* do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade”. No extenso rol de incisos desse artigo estão previstos os termos em que tais direitos serão garantidos, e como exemplo de direitos e suas respectivas, citam-se: Art. 5º *caput*: “Todos são iguais perante a lei [...]” (direito); art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e art. 5º, XLII “[...] a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (garantia) (SILVA, 1992, p. 360-361), art. 5, VI: “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos” (direito), e

garantida, "na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (garantia). (LENZA, 2010, p. 741).<sup>5</sup>

Ainda, sobre os direitos e as garantias fundamentais ou constitucionais, Bastos (1999, p. 248) leciona que tanto "[...] os direitos fundamentais como as garantias fundamentais não deixam de ser direitos; pertencem, portanto, à categoria ampla de direitos individuais" e que a diferença entre eles reside na "[...] circunstância de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo especialmente fortes e rápidos para garantir os direitos individuais". (BASTOS, 1999, p. 248).

Entre os autores consultados, percebe-se que há falta de unanimidade doutrinária quanto à finalidade, às categorias e às funções das normas de direitos fundamentais. Quanto às últimas, Silva (2006, p. 46) as descreve como as formas "[...] em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado". Em geral, os autores nacionais e estrangeiros consultados classificam os direitos fundamentais segundo suas funções desempenhadas na sociedade, e para isso, se utilizam de algumas teorias como a geracional, a unitária, a bipartite e a do status. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 24, 64 e 127). Apesar das críticas a todas elas, uma das mais aceitas, ainda hoje, é a teoria do status, de Georg Jellinek.

Quanto à finalidade, Dimoulis e Martins (2014, p. 22) ensinam que é a de "[...] conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado", assim, cada direito

---

<sup>5</sup> Ainda, segundo o mesmo autor, a distinção entre direitos e garantias fundamentais reside no sentido de que as garantias "são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício" e o gozo dos aludidos direitos (bens ou vantagens). Ainda, no tocante à distinção entre garantias fundamentais e remédios constitucionais, o autor mostra que esses "últimos são espécie do gênero garantia". (LENZA, 2010, p. 741 e 829).

fundamental constitui um “direito individual que vincula o Estado”.

Alexy (2014, p. 273) leciona que por meio “[...] de normas de direitos fundamentais o cidadão é inserido em status com determinados conteúdos” e que a doutrina estrangeira é muito rigorosa em relação à classificação de status. Ao comentar sobre as diversas teorias acerca dessa questão, o autor cita e explica a teoria dos status desenvolvida por Georg Jellinek como um dos expoentes no assunto. Segundo o autor, tal teoria se diferenciava em “[...] quatro status: o *status passivo* ou *status subiectionis*, o *status negativus* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*”. (ALEXY, 2014, p. 255).

Sem negar a importância de todas as funções desempenhadas, para a matéria aqui investigada citar-se-ão os *status positivus* e os *status negativus*, os quais “se encontram em uma relação de contradição”. (ALEXY, 2014, p. 263). Os *status negativus* “correspondem à concepção liberal clássica que procura impor limitações à atividade do Estado, para preservar a liberdade pessoal que inclui a atuação econômica e o usufruto da propriedade. Dessa forma, objetiva-se, afastar quaisquer possibilidades de intervenções arbitrárias na esfera individual”, ou seja, “permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50) e “[...] efetivamente limitam o poder estatal impondo-lhe uma atitude de abstenção, de não intervenção. Estes os chamados direitos subjetivos do homem contra o Estado”, (MALUF, 2010, p. 231), são faculdades, “[...] direitos de defesa, ou seja, aos direitos, em face do Estado, a ações negativas”. (ALEXY, 2014, p. 258). A autoridade do Estado é limitada frente ao homem.

Os *status positivus* “[...] consistem na faculdade de exigir e obter determinadas prestações assistenciais do Estado” (MALUF, 2010, p. 231); é “[...] o reino das exigências, das postulações e das pretensões com que o indivíduo dirigindo-se ao poder público, deste recebe as prestações mediante as quais o Estado constrói socialmente as

condições da liberdade concreta e efetiva” (BONAVIDES, 2013, p. 684). Dessa forma, o “[...] indivíduo está inserido nesse status sempre que o Estado a ele ‘reconhece a capacidade jurídica para requerer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, [quando] garante ao indivíduo prestações positivas’”. (ALEXY, 2014, p. 269). Em outras palavras, pode-se dizer que a pessoa tem direito de exigir do Estado determinadas providências.

No tocante aos direitos individuais, também denominados de direitos humanos ou liberdades públicas (BASTOS, 1999, p. 236), são reconhecidos como uma prestação negativa “[...] para o Estado, isto é, a proibição de os poderes públicos agirem contra a vida, a propriedade, a liberdade de locomoção, de culto, de expressão de pensamento dos indivíduos”. (AZAMBUJA, 1980, p. 168). No *status negativus*, “[...] ficam os direitos individuais que postulam a abstenção do Estado e veem neste tão somente o *negativum* da liberdade”. (BONAVIDES, 2013, p. 684).

Em relação aos direitos sociais, ao contrário, o Estado assume a “[...] tarefa de prover a satisfação dos direitos dos cidadãos aos cuidados de saúde, acesso à educação, segurança social e a dispor de habitação condigna” (SOARES, 2002, p. 9); são perfilhados como “[...] normas de ação, obrigações positivas, para o Estado, de promover, assegurar e melhorar a saúde pública e a assistência social sob todas as suas formas”. (AZAMBUJA, 1980, p. 168). Esses direitos “[...] se completam e se efetivam através de regulamentação legislativa ordinária”. (MALUF, 2010, p. 233).

Essa categoria dos direitos de *status positivus*, chamados de direitos sociais ou a prestações, abarca os “[...] direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo a liberdade de *status negativus*”. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50).

Portanto, ambos são reconhecidos como direitos da pessoa, a qual é titular de direitos. Os chamados individuais “são os direitos do

indivíduo à vida e à liberdade” e os sociais “[...] são os direitos do indivíduo à saúde, à educação, ao amparo contra a moléstia, os acidentes do trabalho e a morte e, em geral, a garantia de seu desenvolvimento moral, intelectual e físico”. (AZAMBUJA, 1980, p. 168).

Nossa Constituição Federal de 1988, art. 6º, disciplina os direitos sociais que abrangem: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, e, nos arts. 7º a 11, os direitos dos trabalhadores. O direito ao transporte passou a integrar o rol de direitos sociais fundamentais, recentemente, por determinação da Emenda Constitucional n. 90, de 15.09.2015.

Azambuja (1980, p. 168), antes mesmo de tais direitos serem incorporados ao nosso atual ordenamento jurídico, anunciava que diferente das várias hipóteses levantadas, os direitos sociais incluem as conquistas obtidas nas esferas moral e intelectual e não somente as “reivindicações de classe, a vitória do trabalho na sua luta constante contra o capital”.

Por direitos sociais, segundo Bobbio (2000, p. 501), “[...] entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos”.

A Constituição brasileira de 1988 incorporou em seu texto grande parte dos direitos sociais no Capítulo II, Título II (Dos direitos sociais), no Título VII (Da ordem econômica e financeira) e no Título VIII (Da ordem social). Denota-se no último, arts. 226 *usque* 230, da Carta Magna – Da família, da criança, do adolescente e do idoso – que o Estado brasileiro “[...] como todas as repúblicas democráticas no mundo civilizado, reconhece e declara os direitos fundamentais da família”. (MALUF, 2010, p. 374).

Sobre as bases constitucionais do direito de família, Maluf (2010, p. 374) mostra que a “República brasileira, tradicionalmente, enquadra no campo do direito público quase toda a matéria referente ao direito de família, em consonância com os princípios e ideias expressas na própria Constituição política” e Oliveira (2002, p. 77) assevera que é nesse ramo do direito “[...] que se sentem mais facilmente as mudanças sociais e a dificuldade do ordenamento jurídico, através de seu subsistema normativo, em acompanhá-las, integrando-se e adaptando-se à realidade social”.

O estudo da positivação dos direitos fundamentais no Brasil liga-se a várias questões, entre elas a da primazia dos princípios fundamentais constitucionais e a de sua interpretação. Isso porque a positivação pressupõe a aplicação dos princípios fundamentais, já que seria inútil inseri-los no ordenamento jurídico se não fosse para aplicá-los.

## **2. Princípios constitucionais fundamentais**

### **2.1 A estrutura normativa dos direitos fundamentais: princípios e regras**

De início, verifica-se que, atualmente, há certo consenso doutrinário no sentido de que as normas de direitos fundamentais estruturam-se sob a forma de princípios e regras, o que permite aferir que o conceito e a aplicação dos princípios modificaram-se. “O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*”. (BARROSO, 2008, p. 29). Os princípios constitucionais “[...] explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”. (BARROSO, 2008, p. 29).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ainda, segundo o autor: “Os princípios, vindos de textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento do

Ao comentar a transformação dos princípios gerais do direito e dos princípios constitucionais, Bonavides (2013, p. 268) mostra sua trajetória em três fases, as quais serão aqui sucintamente mencionadas: na primeira, a fase jusnaturalista, “[...] os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula ou duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados da justiça”; na segunda, o autor apresenta os estudos de vários doutrinadores, e que prevalece entre elas é a dos princípios como “fonte normativa subsidiária”; a terceira, a do pós-positivismo, “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2013, p. 273), ou seja, atualmente, na seara jurídica, mas, não só nela, ocorre a valorização dos princípios. Assim, continua o autor, após a moderna doutrina proclamar e reconhecer o caráter e o lugar normativo dos princípios ele “salta dos Códigos”, nos quais “[...] eram fonte de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais”. (BONAVIDES, 2013, p. 299-300). Ainda, para o autor “todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” se assentam nos princípios.

Segundo Bastos (2014, p. 13), o direito “[...] não é uma ciência que se encontra apartada do mundo que o circunda. Os elementos

---

*respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: ‘Não pode ser e não ser simultaneamente’, preceito subjacente à ideia de que o Direito não tolera antinomias [contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação]. No Direito Romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: ‘Viver honestamente, não lesar outrem e dar a cada o que é seu’ (BARROSO, 2008, p. 28-29).

exteriores, as realidades culturais exercem influencia direta sobre esta ciência” e esses “[...] elementos, dotados de conteúdo material podem ser estudados por uma ciência que procurar levar em conta a realidade normativa ou valorativa”. (BASTOS, 2014, p. 13).

Acerca dos princípios constitucionais, Bastos (1997, p. 154) leciona que são “[...] aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, espriar os valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico”. Ainda, no tocante ao assunto, Pereira (2006, p. 62) explica que “um princípio é constituído de valores” e que os valores “[...] contidos em um princípio podem não estar no texto jurídico, mas estão inscritos na consciência, no inconsciente e no contexto social e cultural”. Ainda, o autor comenta que o valor atribuído a um princípio nem sempre é o “senso comum médio da sociedade”, porque o mesmo princípio pode ser invocado em situações antagônicas.

Quanto à compreensão do que sejam “valores” previstos na Constituição, Bastos (2014, p. 171-172) aduz:

Entende-se por valores os conteúdos materiais da Constituição, que conferem legitimidade a todo ordenamento jurídico. Eles transcendem o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, pois indicam aspirações ideais que devem informar todo o sistema normativo [...]. Eles são manifestações da vontade de todos os cidadãos, são aquelas metas que devem ser sempre alcançadas e preservadas por todo ordenamento jurídico. São eles: a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana [...].

Na doutrina estrangeira a orientação é a mesma. Wlasic (2011, p. 15) comenta que os valores fundamentais da pessoa são os protegidos pelos direitos humanos, com especial referência ao valor da dignidade humana do qual se derivam os valores da liberdade (fundantes dos denominados Direitos civis e políticos) e da igualdade (fundantes dos Direitos econômicos, sociais e culturais).

Silva (1992, p. 85) mostra que os princípios previstos na Constituição Federal, de 1988, “[...] se traduzem em normas da Constituição ou que delas diretamente se inferem”, ou seja, são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 1992, p. 87). Ainda, segundo o autor, os princípios se distinguem em constitucionais fundamentais e gerais do Direito Constitucional. Aqueles “integram o Direito Constitucional positivo” e traduzem-se, entre outras, em normas fundamentais; os últimos “formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional” e envolvem “[...] conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacada da dogmática jurídico-constitucional”, eles informam a ordem jurídica e decorrem “[...] de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais”. (SILVA, 1992, p. 86-87). Isso ocorre, por exemplo, com o princípio individual, decorrente da declaração de direitos e da proteção da família.

Tarefa não menos difícil é estabelecer o conceito de regra. As elucidativas explicações trazidas por Guerra (2007, p. 7) ajudam a compreender a questão. Para o autor, regras “[...] são aquelas prescrições que regulam situações subjetivas de direito, dispondo de um caráter vinculativo entre a conduta e o enunciado prescritivo. Delas surgem duas considerações relevantes”. De um lado, “[...] têm a finalidade de reconhecer as partes envolvidas na relação jurídica, sejam pessoas ou entidades, e fornecer-lhes a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou de outrem (ação ou abstenção)” e de outro lado, “[...] criam vínculos jurídicos entre as pessoas ou entidades envolvidas, submetendo-as à obrigação de realizar uma prestação (positiva ou negativa), sob pena de incorrer uma sanção”. (GUERRA, 2007, p. 7).

É recorrente entre os constitucionalistas a afirmação de que com o advento da Constituição Federal de 1988 acirraram-se os estudos em torno da valorização e normatividade dos princípios e do desenvolvimento de algumas teorias que procuram explicar sua

incidência no caso concreto. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 379; SILVA, 2014, p. 30).

Nesse sentido, Silva (2014, p. 30) anota que logo após a promulgação da atual Constituição as discussões davam-se em torno de sua classificação, distinção etc, mas, no “[...] desenrolar dos anos, algumas teorias desenvolvidas no exterior foram sendo assimiladas ao debate”. Quanto aos teóricos, Bonavides (2013, p. 286), com sua distinta habilidade acadêmica, comenta que como na Alemanha, Müller “[...] rompe com a tradição de Kelsen, Jellinek, Laband e Gerber, já Dworkin, no mundo anglo-americano, levanta a cátedra de Harvard contra a de Oxford, onde até então a filosofia jurídica de Hart conservava intangível a inspiração positivista de Bentham e Austin”. A seguir, o alemão Robert Alexy “[...] instituiu a distinção entre regras e princípios, que na essência, é a mesma de Dworkin. Conjugou as duas modalidades debaixo do conceito de normas”. (BONAVIDES, 2013, p. 287).

Apesar de todos os esforços, complementa Silva (2014, p. 30): “A partir de um certo momento, passou a ser quase obrigatória a menção da contraposição entre regras e princípios, principalmente na versão desenvolvida por Robert Alexy”. Referindo-se à contribuição do jurista alemão Robert Alexy, Canotilho (2007, p. 1.159) comenta que a “teoria da metodologia jurídica tradicional”, a qual distinguia normas e princípios foi abandonada e substituída pela que reconhece que: “as regras e princípios são duas espécies de normas”. (CANOTILHO, 2007, p. 1.160).

Alexy (2014, 87) afirma serem normas as regras e os princípios e a distinção ocorre entre duas espécies de normas porque “ambos dizem o que deve ser”. Ainda, segundo o autor, “Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” (ALEXY, 2014, p. 87). O autor assegura, ainda, que quando se busca distinguir regras e princípios está se distinguindo entre duas espécies de norma e apresenta um critério para essa

distinção: “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, são “mandamentos de otimização” e podem ser satisfeitos em graus variados; enquanto “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Quanto à distinção entre ambas, conclui tratar-se de “uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”. (ALEXY, 2014, p. 90).

Por sua vez, Ronald Dworkin, citado por Bonavides (2013, p. 292), cuja teoria em muitos aspectos coincide com a do alemão Robert Alexy, assevera: “O conceito de validade da regra é conceito de tudo ou nada apropriado para a mesma, mas incompatível com a dimensão de *peso*, que pertence à natureza do princípio”. Ainda, segundo o autor, só os princípios possuem “dimensão de peso, ou importância ou valor” posto que “não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso”. (BONAVIDES, 2013, p. 292). Por outro lado, para o Professor Anglo-americano, quando houver colisão deve prevalecer o de maior peso, mas o outro não é excluído.

Embora a aceitação da aplicação da teoria desenvolvida por Robert Alexy não seja unânime, e segundo Silva (2014, p. 29), sua distinção entre regras e princípios “[...] não é sempre compatível com as definições desses conceitos na doutrina brasileira”, sua teoria é adotada por renomados autores nacionais e estrangeiros. Sarlet (2015, p. 83) informa: “[...] adotamos a classificação das normas jurídicas (e constitucionais) em princípios e regras, seguindo, em linhas gerais, a já referida doutrina de Robert Alexy” a qual foi “amplamente difundida em nosso meio – notadamente por intermédio da obra de Gomes Canotilho”. Barroso (2008, p. 30-31) também apresenta a matéria com fundamento na sistematização de Ronald Dworkin e seus sucessores e infere que como na colisão de princípios não se pode decidir em termos de tudo ou nada [validade ou invalidade], é preciso reconhecer “uma

dimensão de peso ou importância” diante dos casos concretos, como ocorre com a liberdade de expressão e o direito à privacidade e o direito de propriedade e a função social.

Como acima referido, em seus estudos, Hesse (1991, p. 21) defende que o rol dos princípios fundamentais não deve ser extenso, mas seu conteúdo deve ser capaz de atender as mudanças na realidade social e política; caso contrário, toda vez que altera o cenário em que eles foram apresentados, “estariam irremediavelmente derogados”.

Igualmente, sobre os princípios, Souza Neto e Sarmiento<sup>7</sup> (2014, p. 379) comentam: sua valorização foi tanta que “[...] hoje se reconhece, de forma praticamente incontroversa, o caráter plenamente normativo” dos mesmos e explicam que a “[...] abertura dos princípios permite também que a Constituição se adapte mais facilmente às mudanças sociais, sem a necessidade de alterações formais tão frequentes no seu texto” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 379) e garantem segurança jurídica; logo, são fundamentais por inúmeras razões.

Como visto, as novas Constituições do século XX, principalmente após a II Guerra Mundial, aos poucos foram reconhecendo que “[...] todas as normas constitucionais eram normas jurídicas, inclusive os princípios”. (BONAVIDES, 2013, p. 268; SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 380). No Brasil, apesar de certa demora, não foi diferente. “Na literatura jurídica brasileira, a ‘virada’ principiológica deu-se a partir da década de 90, com a recepção das lições sobre princípios” de Dworkin e Alexy. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 380).

No Brasil, exceto para consagrados doutrinadores, os quais aqui são utilizados como referencial teórico e constam da bibliografia, nota-se, ainda, hoje, que há certa dificuldade em compreender o tema; que os conceitos de princípios e regras são polêmicos e que

---

<sup>7</sup> Daniel Sarmiento – Pós-Doutorado Yale Law School, YLS, Estados Unidos e José Afonso da Silva – Doutor em Direito Universidade de Kiel, Alemanha.

a caracterização dos direitos fundamentais como princípios ou como regras traz ínsito um posicionamento sobre a possibilidade de estes serem objeto de restrições, sobre os métodos hermenêuticos a serem empregados para determinar sua esfera de proteção e sobre o papel dos Tribunais desempenham ao interpretar a Constituição. (PEREIRA, 2006, p. 89).

Como desenvolvido em outros estudos, constam no Preâmbulo da Carta Magna brasileira as diretrizes adotadas pela maioria das Constituições modernas, e no seu art. 1º, os princípios que a sustentam: da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Além desses princípios que informam o Estado democrático de Direito, existem outros na mesma Carta que subsidiam a aplicação e a interpretação dos direitos e garantias fundamentais, tais como os princípios da igualdade e da liberdade e outros a serem observados em litígios que envolvem questões em outras áreas do direito público e do privado, onde recebem grande atenção, entre outros, os da solidariedade e da convivência familiar.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana muito já se discutiu e foi possível verificar a relação entre ele, o Estado Democrático de Direito e o Direito de Família.

No tocante ao Direito de Família, a estrutura calcada na codificação da clássica família “matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal”, inserida “[...] em texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo”, cede espaço para “[...] princípios e normas básicas do Direito de Família, espalhados”, entre outros na afetividade, na igualdade, na neutralidade. (FACHIN, 2003, p. 47-49).

Nesse sentido, Pereira (2005, p. 93) afirma: “[...] toda e qualquer decisão deve, necessariamente, considerar os princípios” elencados na Carta Magna, porque sem “[...] isto as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórias com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais”. (PEREIRA, 2005, p. 93).

Acerca dos princípios gerais, Madaleno (2015, p. 48) comenta que eles “[...] integram a maioria dos sistemas jurídicos e no Brasil sua reafirmação tem sido constantemente observada diante da tendência de constitucionalização do Direito Civil e, notadamente, do Direito de Família”, ladeado por alguns constitucionalistas, explica que o princípio da dignidade da pessoa humana inserido no artigo 1º, III da Carta Magna, atua, no âmbito constitucional, tanto como “princípio fundamental do Estado Democrático de Direito”, quanto “[...] princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça”. (MADALENO, 2015, p. 48).

No Direito de Família, vários princípios estão assentados no da dignidade da pessoa, e segundo Madaleno (2015, p. 49), entre eles citam-se: o melhor interesse da criança e do adolescente; planejamento familiar, a pluralidade de formas de família; a autonomia e menor intervenção estatal; a afetividade e a paternidade responsável. Também nessa área Pereira (2006, p. 62) instrui que aos princípios são atribuídos valores, os quais são relativos, porque o mesmo princípio pode ser “invocado em situações antagônicas”, e essa “relatividade dos valores é que provoca a colisão de princípios. Se fossem absolutos os princípios seriam harmônicos entre si”.

Evidente que a menção a tais princípios é apenas exemplificativa e outros *in casu* os quais tenham por finalidade proteger a família em geral e seus membros, em particular, devem, sempre que se fizerem necessários, ser utilizados e que em caso de colisão devem ser interpretados de acordo com as novas regras.

### **3. A interpretação dos direitos fundamentais**

O estudo da atual hermenêutica jurídica e da interpretação da norma constitucionais, relevantes diante da “expansão do papel da

constituição”, podem ser verificados por meio de diferentes vieses, os quais, apesar de complexos e dotados de especificidades, vão desde a utilização dos métodos clássicos até aqueles que as novas doutrinas formulam de “[...] catálogos de princípios específicos de interpretação constitucional”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 396). Nesse momento, o levantamento, após breve explanação geral da matéria citada, ater-se-á aos últimos. Qualquer que seja o caminho a ser trilhado, o tema é importante para as ciências jurídicas.

Tradicionalmente, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º, a aplicação dos princípios gerais do direito ocorre quando a lei for omissa, e nesses casos “[...] o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Diniz (1999, p. 456 e 462) e Reale (1981, p. 300-301) afirmam que os princípios gerais do direito são como normas ou enunciações normativas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, quer em sua aplicação e integração ou para a elaboração de novas normas e que nem todos os princípios “constam de textos legais”, nem têm “a mesma amplitude, pois há os que aplicam neste ou naquele ramo do Direito”. Na sequência o art. 5º da Lei de Introdução estabelece: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, portanto, ao interpretar a lei, juízes e tribunais devem direcionar-se por essas finalidades.

Em matéria de interpretação da norma, há muito tempo, seu estudo permeia nosso sistema jurídico e os processos subsuntivos ou métodos clássicos de interpretação como o literal ou gramatical, o histórico, o lógico e o sistêmico, cunhados a Savigny e o teleológico, proposto por Ihering, são sempre citados por renomados juristas. (REALE, 1991, p. 273 e ss; MAXIMILIANO, 1998, p. 40 e ss).

No tocante a essas formas de interpretação em relação à norma constitucional, anotam Souza Neto e Sarmento (2014, p. 413) que elas “[...] também são relevantes no campo constitucional, mas nele

assumem peculiaridades”. Igualmente Barroso e Barcellos (2008, p. 331) defendem que não se deve desprezar ou abandonar o método clássico, o subsuntivo,<sup>8</sup> que se funda na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais da hermenêutica como o gramatical e os demais acima mencionados, ao “[...] contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido da norma e na solução de casos concretos. Relevância, mas nem sempre suficiente”. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 331).

Ainda, em matéria de interpretação das normas constitucionais, duas importantes orientações não podem ser esquecidas, segundo Bastos (2014, p. 131): “É mister preliminarmente, contudo, lembrar que o elemento literal, a letra da lei, constitui sempre o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional, infraconstitucional ou até mesmo de índole contratual” e Silva (2014, p. 27): “[...] os próprios princípios gerais do direito, aos quais a doutrina privatística costuma frequentemente recorrer, não podem mais ser considerados como princípios morais ou princípios supra ou extrajurídicos, mas uma expressão dos próprios princípios constitucionais”.

Sobre a hermenêutica e a interpretação da Constituição e dos princípios consagrados no Texto Constitucional, Bastos (2014, p. 21) ensina: “O certo é que a interpretação tem sempre em vista um caso determinado. Já a Hermenêutica, como observado, tem por objeto os enunciados, aquelas fórmulas que serão utilizadas pelo intérprete”. E, “os princípios consagrados constitucionalmente servem, a um só tempo, como objeto de interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa”. (BASTOS, 2014, p. 104). Assim, “[...] a interpretação é a atividade

---

<sup>8</sup> Acerca dessa perspectiva da interpretação jurídica, Barroso e Barcellos (2008, p. 331), em nota de rodapé, explicam que a mesma “consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela da criação do Direito para o caso concreto”.

que procura imprimir uma vontade ao texto interpretado, de modo que este possa incidir no caso concreto” (BASTOS, 2014, p. 104), enquanto que a hermenêutica, “[...] segundo Emilio Betti, é uma ciência do espírito que engloba o estudo a atividade humana de interpretar”. (BASTOS, 2014, p. 104).

No tocante à interpretação constitucional, Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 395) explicam que o texto constitucional “dá espaço às mais variadas disputas e controvérsias”, e que no atual cenário jurídico, “[...] marcado pela expansão do papel da constituição, a interpretação constitucional se torna extremamente importante, não só para o operador jurídico, como também para o cidadão” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 395), como exemplos, citam: as normas constitucionais são referências para “resolução de controvérsias no âmbito do poder judiciário”; quando é aplicada diretamente às relações sociais, serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade e “[...] diretrizes para a interpretação das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 395).

Ainda, os autores detalham a aplicação dos princípios específicos de interpretação constitucional. Mostram que no Brasil são utilizadas duas listas de princípios elaboradas por Konrad Hesse e Luís Roberto Barroso, além daquela por eles elaborada. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 438). Da lista de princípios específicos de interpretação apresentadas pelos autores, de acordo com o objeto da pesquisa, verificar-se-á o da força normativa da constituição.

Antes, porém, imprescindível citar as contribuições de Konrad Hesse (1991, p. 20-23) para compreensão dos temas aqui tratados, ressaltadas pela melhor doutrina. O autor mostra que a interpretação constitucional deve ser ampla e “[...] tem significado decisivo para a consolidação e preservação” de força normativa da constituição; que “[...] a interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma” que se a constituição tem “[...] a sua eficácia condicionada pelos fatos

concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa” e que a “[...] interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

Retornando ao tema da normatividade da constituição e da ponderação de interesses, Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 442) explicam que a discussão em torno do princípio da força normativa da Constituição, também conhecido como o princípio da máxima efetividade da Constituição, dá-se porque, apesar de existir “[...] uma grande distância entre os valores constitucionais e a realidade, a cultura jurídica hoje hegemônica vê na Constituição uma norma jurídica de verdade, que deve ser efetivada por meio de diversos mecanismos, dentre os quais desponta a jurisdição constitucional”. Na sequência os autores mostram que foi o próprio constituinte quem se preocupou com a efetivação da Constituição, ao consagrar no texto constitucional “o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º),” e ao instituir “[...] duas novas ações constitucionais voltadas ao propósito de efetivação da constituição”: Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Percebe-se que segundo o princípio da força normativa da constituição a interpretação da norma deve dar-se no sentido que lhe confira maior efetividade e, se “[...] determinada norma constitucional se abre a diversas interpretações, cabe ao intérprete optar pela que produza mais efeitos práticos concretos” e evitar, quando possível, normas de eficácia limitada ou programática. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 442).

Para a moderna interpretação constitucional, Barroso e Barcellos (2008, p. 332) explicam que considerando os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os “fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção de solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido”, assim a interpretação, “[...] envolve

escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados”. (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p.334).

Com seu brilhantismo, Bastos (2014, p. 216), põe fim à questão ao esclarecer que o Texto Constitucional tem compromissos com valores e nele “[...] nada é tão suficientemente claro que não demande interpretação. E esta há de ter por meta os valores e os princípios arrolados na própria Constituição, e que por sua vez sofrem o embate dos fatos sociais que regulam”; assim, o melhor caminho da interpretação constitucional será o de “aclarar” os conteúdos do próprio Texto Constitucional.

Ladeado por renomados civilistas, Bittar (1990, p. 33 e 42) elucida: “a hermenêutica jurídica distinguir-se-ia como a teoria científica; a interpretação como a prática; e, a aplicação, como a modo técnico e aplicação”, ainda com sua reconhecida maestria, num momento em que os debates acerca da valorização dos princípios davam os primeiros passos no Brasil, em relação à interpretação da aplicação das normas Constitucionais no Direito Civil, o renomado jurista leciona que as anotações do Preâmbulo da Constituição ao determinar que as normas as regras de direitos fundamentais são de aplicação imediata, norteiam a ação do intérprete.

Acerca dessas questões na seara do Direito Privado e, especificamente, no Direito de Família, o memorável civilista Pereira (2010, p. 15) ensina que na hermenêutica do “Código Civil destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira ‘constitucionalização’ do Direito Privado”. Continua anotando que, apesar de a Constituição Federal de 1988 não ter “o efeito de substituir, com um só gesto, toda a ordem jurídica existente”, a partir dela o trabalho do intérprete deve ser “informado por uma visão diferente da que preside a interpretação das leis ordinárias”.

É recorrente entre os doutrinadores brasileiros que nos termos determinados pelo nosso ordenamento jurídico, o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro, cumulada com o art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, a proteção da dignidade da pessoa humana deve sempre orientar qualquer tarefa interpretativa. (TARTUCE, 2016, p. 426-427).

### **Considerações Finais**

A análise dos dados permite afirmar que o surgimento das normas de direitos fundamentais está condicionado à presença de diversos fatores, tais como os históricos, os políticos e os sociais; que a mesma regulamenta relações sociais mutáveis e que o maior passo para consagrar tais direitos, inerentes a todas as pessoas, no Brasil, adveio com a Ordem Constitucional de 1988, a qual, após perceber as transformações ocorridas aqui e em outros países assegura, em Capítulos e Títulos próprios, extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Ao estudo acerca dos direitos fundamentais no Brasil ligam-se vários institutos, alguns nesta ocasião analisados, tal como o que se refere aos princípios constitucionais fundamentais e sua interpretação. Após o levantamento, parece não haver dúvidas no sentido de que a atual interpretação deve ocorrer de forma ampla a fim de dar efetividade às normas constitucionais. Assim, a interpretação deve, sem dispensar o processo de subsunção ou os métodos clássicos propostos por Savigny e Ihering, utilizar-se daqueles citados e denominados pela atual doutrina de catálogos de princípios de interpretação constitucional.

O estudo da positivação dos direitos fundamentais no Brasil liga-se a várias questões, entre elas a da primazia dos princípios fundamentais constitucionais e a de sua interpretação. Isso porque a positivação pressupõe a aplicação dos princípios fundamentais, já que seria inútil inseri-los no ordenamento jurídico se não fosse para aplicá-los.

A pessoa insere-se como titular de uma norma de direito fundamental, entre outros, de direitos individuais e sociais, respectivamente denominados de *status negativus* e *positivus*. E, apesar das diferentes posições em que a pessoa se encontra em face do Estado, quando se visa à proteção integral da família, verifica-se haver entre eles uma relação de complementariedade. Isso porque cada um dos membros que compõem a unidade familiar é ao mesmo tempo titular dos direitos fundamentais individuais e sociais e podem, a um só tempo, se utilizar de tais direitos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.
- ANÓN, José Garcia. Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez. In: BALLESTEROS, Jesús (Editor). **Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos**. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1992.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 19. ed. Porto Alegre, RS: Editora Globo, 1980.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre, RJ: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 11. ed. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 1999.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo, SP: Perspectiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003.

FUSTER, Blanca Matínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales: del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: BALLESTEROS, Jesús (Ed.). **Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos**. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1992.

GUERRA, Sidney. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, RS: Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2015.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 30. ed. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia jurídica**. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo, SP: RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 18. ed. rev. e atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2010. v. V.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais orientadores do direito de família**. Belo Horizonte, BH: Del Rey, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. rev. São Paulo, SP: Saraiva, 1981.

RIVA, Léia Comar. Direitos humanos e direito de família. In: NOZU, Whashington Cesar Shoiti; LONGO, Marcelo Pereira; BRUNO, Marilda Moraes Garcia (Org.). **Direitos humanos e inclusão: discursos e práticas sociais**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. eampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editor, 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: Cortez & Moraes Ltda, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Malheiros, 1992.

- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1982. v. I, III e IV.
- SILVA, Maria de Fátima Alflenda. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre, RS: Fabris Editor, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo, SP: Malheiros, 2014.
- SOARES, António Goucha. **A carta dos direitos fundamentais da União Europeia**: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2014.
- TARTUCE, Flávio. A técnica da ponderação e suas implicações ao Direito de Família e das Sucessões. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte, v. 13, p. 107-135, jan./fev., 2016.
- WLASIC, Juan Carlos. **Manual crítico de derechos humanos**. 2.ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

## O "PROBLEMA" DA IMIGRAÇÃO: MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS

Mário Lúcio Garcez Calil<sup>1</sup>

Carlos Malta Leite<sup>2</sup>

Luana Pereira Lacerda<sup>3</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escrito, em regime de cooperação, com os estudos realizados no decorrer das atividades do Grupo de Pesquisa "Direito e Fraternidade", vinculado à linha de pesquisa "Construção do Saber Jurídico", do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

---

<sup>1</sup> Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. <mario.calil@yahoo.com.br>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul. <carlosmaltaleite@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2015-2016) pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito (2010-2014) pela Faculdade de Direito de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM. Advogada. Membro e Secretária Geral do "Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas" (GEP) "Direito e Fraternidade", vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Atualizadora da página Direito e Fraternidade (<http://www.lafayette.pro.br/fraternidade>) desde 2015. E-mail: <luanaplacerdaadv@gmail.com>.

Os diversos movimentos de imigração, que passaram a ocorrer ao redor do mundo, enfaticamente, a partir da segunda metade do Século XX, têm aumentado exponencialmente nas últimas décadas. As razões para esse fenômeno podem ser políticas, sociais e, até mesmo, ambientais.

Apesar do quadro histórico acima referido, os chamados “direitos humanos” continuam a ser inspirados nos ideais ocidentais de vida, igualdade e dignidade, que muitas vezes não coincidem as culturas de vários povos civilizados, que propagam ideários éticos e culturais os mais diversos.

O “choque” entre culturas é inevitável, de maneira que é indispensável encontrar um padrão hermenêutico para os direitos humanos no contexto dos movimentos migratórios, que permita a convivência pacífica entre as culturas em conflito. Para tanto, proceder-se-á a uma pesquisa bibliográfica, em referenciais específicos.

O presente trabalho será dividido em três partes. Na primeira, serão estudadas as diferenças conceituais entre o chamado “relativismo cultural” e o denominado “multiculturalismo”. Em seguida, será tratado o multiculturalismo a partir da incidência dos movimentos migratórios.

Por último, será trabalhado o multiculturalismo como paradigma hermenêutico no contexto da imigração. O presente trabalho é justificável, tendo em conta a gigantesca incidência de imigrações ao redor do mundo, bem como os constantes conflitos que ocorrem nesse quadro de choques culturais.

## **1. RELATIVISMO X MULTICULTURALISMO**

Toda sociedade, especialmente no mundo moderno, é complexa. Não são meros “ajuntamentos” de pessoas que convivem de maneira alheia e indiferente entre si, com pensamentos, ideais, crenças e ações hermeticamente divididas. Ao contrário, todos esses fatores são compartilhados.

A sociedade é composta por seres humanos, que a integram, porém, é algo diferente da simples soma de todos os seus seres humano: "[...] há outra coisa, anterior ao indivíduo, que engolida e determina seu comportamento: a própria sociedade". (LAFFORGUE-SANYÚ, 2001, p. 50)

Assim, até que nos tornemos atores humanos, os atores criativos controlam nossas vidas? Ou grande parte do que fazemos é resultado de forças sociais que escapam ao nosso controle? "Essas questões produziram, continuam e continuarão a produzir uma divisão básica entre os sociólogos". (LAFFORGUE-SANYÚ, 2001, p. 50)

No referido contexto, o direito se torna um mecanismo de controle das várias sociedades. Globalmente, o conceito de direitos humanos volta-se a "domar" alguns dos sentimentos mais destrutivos e a impedir a sua concretização. É daí que deriva a sua "universalidade".

Em regra, o argumento mais aceito contra a chamada "universalidade" dos direitos humanos é elaborado pelas correntes relativistas, que se baseiam em uma leitura redutora do multiculturalismo. A partir disso, "[...] nada pode atender ao bem-estar de todo ser humano, isto porque, os seres humanos, no entendimento relativista, não são semelhantes em nenhum aspecto que comporte generalizações." (BARRETO, 1998, p. 374)

Nesse contexto, para a antropologia, entre os grupos sociais, existiriam tradições culturais múltiplas, o que provaria que é impossível estabelecer normas universais de comportamento social (BARRETO, 1998, p. 374). São perceptíveis as enormes falhas do conceito, especialmente se for considerada a amplitude protetiva dos direitos humanos.

Essa constatação ("empírica") não pode ser entendida de forma reducionista: é possível estabelecer diferenças entre as necessidades culturais específicas, as que originam respostas diferentes e as que têm a mesma resposta em todos os grupos

humanos. As últimas indicariam “[...] a existência de uma mesma natureza humana.” (BARRETO, 1998, p. 374)

Estabelece-se, então, um “imperativo jurídico categórico”, como um instrumento hermenêutico adequado para que se possa estabelecer os conteúdos dos princípios morais que se tornam argumentos racionais necessários à solução de uma “tautologia”. (BARRETO, 1998, p. 377)

Essa “tautologia” é a de que “os direitos humanos são os direitos do ser humano”. No contexto do “universalismo”, a definição dos direitos humanos fica restrita, o que retira desse âmbito os direitos morais que não se referem à realização da pessoa humana. (BARRETO, 1998, p. 377)

Os princípios que fundamentam os direitos humanos são supostamente categóricos, pois não condicionam sua titularidade às condições externas ao próprio ser humano ou construídas social e artificialmente por uma coletividade como, por exemplo, nacionalidade, riqueza, religião, gênero etc. (BARRETO, 1998, p. 377-378)

Aqui, os direitos humanos existem por si mesmos, “[...] pautando a regulação das particularidades sociais e culturais da pessoa” (BARRETO, 1998, p. 378). Ocorre que, além do problema da pretensa homogeneidade dos direitos humanos a partir do “universalismo”, existe, também, o problema da “homogeneidade ética”.

O Estado se torna hegemônico em matéria de moralidade, pois a moralidade estatal passa a valer mais do que outras moralidades, como a religiosa ou a dos diferentes grupos que integram o seu território. Isso é sustentado, inclusive em decorrência de sua “neutralidade ideológica”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 80)

Diversos problemas surgem da presunção de neutralidade do Estado, inclusive o risco de que uma ideologia domine a ética e, em especial, os direitos humanos. O que poderia se passar por uma “tirania terapêutica” demonstra ser o progresso de uma democracia

que busca a expansão da lista de direitos humanos para um regime de "reeducação" da opinião global.

Ocorre que os direitos humanos, conseguidos mediante "sacrifícios de sangue" passam por uma "secularização protestante", que se torna base para um direito universal: a expressão determinadas "liberdades", impedindo a construção de uma nova condição de vida. (GOTTFRIED, 2002, p. 9-11)

Essa "cruzada moral" pela homogeneidade resulta em pressões que influenciaram os governos ocidentais a tratar, por exemplo, o sexismo e a homofobia como problemas internacionais, de modo que se pune aqueles que violam o que é declarado como "direito humano". (GOTTFRIED, 2002, p. 11)

A maioria dos direitos, a partir do Art. 1º da Carta das Nações Unidas, foram apresentados como direitos *humanos*, não como pertencentes especificamente aos cidadãos. A lista de direitos humanos não era apenas uma abordagem da parte organizacional da Constituição, mas, sim, seu princípio orientador. (GOTTFRIED, 2002, p.89).

Referido compromisso está expresso nos artigos 1º e 2º da Carta, de proteger a dignidade humana e promover o "[...] livre desenvolvimento da personalidade e a proteção física dos órgãos". Já o artigo 16 proclama um direito de asilo extensível a todos os refugiados da opressão. (GOTTFRIED, 2002, p. 89-90)

Aliás, várias das preocupações na elaboração do documento foram ligados à experiência da tirania nazista e ao "[...] remordimento do colapso da República pré-nazista de Weimar". Assim, o "[...] novo caminho alemão voltou-se a evitar que o 'militarismo alemão e o nazismo'" voltassem à Europa Central. (GOTTFRIED, 2002, p. 90)

Defender uma postura "universalista" não era tarefa das mais difíceis: o antigo contexto da soberania estatal era capaz de isolar e preservar tradições de determinados povos dentro de seus territórios. Ocorre que, a partir dos movimentos imigratórios,

tornou-se muito mais difícil defender a postura de “isolacionismo cultural” pregada pelo “relativismo”.

A multiculturalidade que os movimentos migratórios introduziram em nossas sociedades constituem o fenômeno mais nebuloso. São as imigrações massivas que quebram não apenas as sincronias que o Estado forçava no desenvolvimento social, mas, também, a relativa homogeneidade de suas bases culturais. (GUTIÉRREZ, 2007, p. 20)

As novas diferenças dificilmente se deixam reduzir, hoje, mediante a aplicação “formulária” dos expedientes integradores já conhecidos, por mais que se continue subtraindo os aspectos simbólicos dessa função integradora que o Estado e a Constituição têm. (GUTIÉRREZ, 2007, p. 21)

A defesa do relativismo era simples antes do aumento dos movimentos imigratórios, que dificultaram a defesa do “isolacionismo cultural”. Assim, para a (re)formulação e aplicação útil dos direitos humanos no contexto dos movimentos imigratórios, passa-se a demonstrar que o “multiculturalismo” é mais adequado que o “relativismo”.

## **2. MULTICULTURALISMO A PARTIR DOS MOVIMENTOS IMIGRATÓRIOS**

Desde o pós-guerra, o mundo sofre profundas alterações nos modelos de sociedade e nação. Há cem anos, os países europeus começaram a recrutar a máxima quantidade de estrangeiros possível, para conseguirem compensar as demandas do mercado de trabalho industrial. O fluxo de imigrantes perdura, no mundo todo. (GASPAR; GASPAR, 2014, p. 13)

Para que se possa entender os efeitos do chamado “multiculturalismo” na interpretação dos direitos humanos, é preciso ditar seus aspectos conceituais. É necessário estudar as possibilidades do multiculturalismo para o entendimento dos direitos humanos a partir dos movimentos imigratórios.

Ao contrário do “universalismo”, o multiculturalismo ressalta a dificuldade para se efetivar uma ordem internacional dos Direitos Humanos, pois os Estados dão importância a direitos diferentes: a liberdade, a igualdade, a propriedade privada ou a propriedade coletiva. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 82)

Ocorre que, assim como existem problemas interculturais entre os Estados, “[...] existem pluralismos e diversidades culturais no interior dos Estados-nação.” Assim, os problemas do “universalismo” se relacionam aos valores dominantes, entendidos como “neutros”, mas que refletem crenças e convicções de um sistema que exclui outras possibilidades. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 82)

Os Estados atuais têm na lei e na burocracia o norte de sua atuação. Correspondem “[...] a certos ângulos de uma democracia formal”, dependem de mudanças culturais dos sujeitos que neles atuam de modo a que possam fazê-lo de uma perspectiva “comunicativa” com as sociedades em constante mudança. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2007, p. 83)

Nesse diapasão, para que os direitos humanos encontrem uma formulação e, em especial, uma aplicação útil e concreta no contexto dos movimentos migratórios, o conceito de “multiculturalismo” se aplica de maneira muito mais adequada do que o chamado “relativismo”.

Nem todas as sociedades são pluralistas, de modo que não se pode “colocar no mesmo saco” as sociedades caracterizadas por um pluralismo moderno, como as ocidentais, ao lado de sistemas de *status* hierárquico “medieval”, como as castas dos hindus ou a “fragmentação tribal” dos africanos. (SARTORI, 1995, p. 114-115)

O pluralismo existe em três (3) níveis: cultural, social e político. No primeiro, uma cultura pluralista implica em uma visão do mundo baseada essencialmente na crença de que a diferença, a dissidência e a mudança contribuem para o “bem viver”, diferentemente da semelhança, da unanimidade e da imutabilidade. (SARTORI, 1995, p. 115).

No segundo nível ("social"), o pluralismo não permitiria a diferenciação societária, pois uma sociedade complexa é diferenciada. Não faria com que todas as sociedades fossem pluralistas. Já o terceiro nível ("político", aponta para a "diversificação do poder" em uma pluralidade de grupos independentes e não inclusivos (SARTORI, 1995, p. 115-116).

Hoje, a idéia de "sociedade doméstica", ou seja, separada de outras culturas e países, é cada vez mais anacrônica. Essa comunidades (a exemplo das *polis* gregas), pequenas e de relacionamento "cara a cara", são muito diferente das sociedades atuais, que, constitutivas de "identidades" ocupam-se de comunidades vastas e distintas. (SARTORI, 1995, p. 123)

Diante disso, a continuidade da "moral societária" das Cidades-Estado gregas é impossível nos tempos atuais, caracterizados pela "globalização" econômica e ético-jurídica e pela constante modificação paradigmática, que fez cair por terra até mesmo o critério "geracional", próprio dos padrões de estudo histórico-crítico do Século XX.

A sociologia apresenta justificativas para esse entendimento. As funções de cada um na organização de uma sociedade são dadas pela cultura, conhecimento primordial que define tanto a institucionalização quanto os papéis dos seres humanos nas instituições. (BERGER; LUCKMAN, 2003, p. 37)

Além disso, a sociologia percebe que existem duas principais tensões internas no multiculturalismo. O multiculturalismo vem para definir um conjunto de políticas de Estado, voltadas a lidar com a diferença, assim como define as estratégias para cuidar das políticas de diferença. (ISIN, 2006, p. 407)

A sociologia do multiculturalismo incorpora as tensões ao pressionar a si mesmo, de um lado, nos serviços de integração, coesão e inclusão e, de outro lado, articular novas maneiras de ser diferente e, mesmo assim, igual, nos estados e cidades pós-nacionais. (ISIN, 2006, p. 408)

Necessário, portanto, um olhar jurídico-sociológico sobre a questão do multiculturalismo na imigração, tendo em vista que o contexto fático atual é determinante no que concerne à tutela da identidade cultural, em um período no qual os fluxos imigratórios aumentam constantemente.

### **3. OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO MULTICULTURALISMO A PARTIR DOS MOVIMENTOS IMIGRATÓRIOS**

É possível, então, ter o chamado “multiculturalismo” como um “padrão interpretativo” para os direitos humanos. Ocorre que a aplicação destes, da maneira como foram originalmente formulados (de forma “ocidentalizada”), pode não ser suficiente para lidar com a problemática dos movimentos imigratórios

O conceito de direitos humanos assentam-se em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, todos relacionados à idéia de uma “[...] natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente”, que “[...] é essencialmente diferente e superior à restante realidade”. (SANTOS, 2003, p. 155)

O ser humano, assim, possuiria “[...] uma dignidade absoluta e irreduzível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres [...]”. (SANTOS, 2003, p. 155)

Assim, o multiculturalismo é uma “pré-condição” para uma relação equilibrada e mutuamente potencializadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo. (SANTOS, 2003, p. 162)

Até porque os direitos humanos, ao basearem-se, ao menos no que tange à sua origem teórica, nas perspectivas ocidentais de liberdade, igualdade e dignidade, evidentemente estranhas a

diversas culturas, não poderiam ser aplicados em sua inteireza, sob pena de se demonstrarem insuficientes na proteção dos imigrantes.

As imigrações exigem a aplicação dos direitos humanos em outros lugares do mundo, de modo a permitir ao imigrante continuar ali vivendo, da mesma forma como vivia em seu país. Trata-se, contudo, também, do direito de preservar suas formas de vida e orientações valorativas, junto com as garantias normativas de ambas. (GRIMM, 2007, p. 53)

É nesse contexto que se fala sobre importância da vivência democrática participativa, atenta aos vários "segmentos sociais", em especial, aos refugiados. Tal modelo almeja a universalidade que registra o desenvolvimento sob um humanismo integral que protege todos "[...] os seres humanos: o crescimento e desenvolvimento econômicos de qualquer país passa pela atenção de todos os segmentos da sociedade, como consignado no pensamento humanista de Maritain (POZZOLI, 2017, p.1)

A sociedade acaba por oscilar entre os dois pólos: a "exigência de assimilação" e a "liberdade cultural". Oculta-se, nesse mesmo contexto, o temor da "estrangeirização". Os conflitos que surgem do encontro de culturas diferentes desembocam no jurídico. (GRIMM, 2007, p. 54)

Em primeiro lugar, o direito fundamental ao qual os imigrantes podem se socorrer é, frequentemente, a liberdade religiosa. Em segundo lugar, os conflitos se agudizam, frequentemente, nas relações especiais de sujeição, sobretudo: a escola, o trabalho e a família. (GRIMM, 2007, p. 56)

Quanto às "pretensões", de um lado, trata-se de uma "dispensa" das regras jurídicas vigentes com caráter geral e, de outro lado, há uma demanda por prestações estatais que permitam cumprir os mandamentos religiosos ou manter os costumes culturais. (GRIMM, 2007, p. 56)

A Lei Fundamental de Bonn, *v.g.*, não reconhece um direito fundamental à identidade grupal dos imigrantes, nem protege as minorias culturais, expressamente. A liberdade de associação,

contudo, não pode incorporar tal função; a proteção se estende, certamente, à associação, mas não se permite ampliar seu marco jurídico de ação. (GRIMM, 2007, p. 57)

O problema imigratório reclama atenção sobre o direito de que a identidade pessoal se alimenta, em grande medida, do contexto cultural no qual se desenvolve. A liberdade religiosa é, assim mesmo, um direito individual, que não se limita a religiões determinadas. É uma liberdade, sem determinação de conteúdo. (GRIMM, 2007, p. 58)

Não é compatível, portanto, com o sentido da liberdade religiosa que se concede às religiões afetas à cultura nacional: a proteção apenas do núcleo de suas convenções religiosas, deixando de lado a tutela do direito fundamental às formas de expressão da religiosidade, que não estão religiosamente determinadas. (GRIMM, 2007, p. 58)

Nesse quadro, sempre haverão casos nos quais a colisão entre as leis gerais e as exigências fundadas na religião ou na cultura dos imigrantes não poderão ser solucionadas por meio de dispensas, porém, apenas mediante prestações especiais em favor daquele grupo. (GRIMM, 2007, p. 67)

É necessária, assim, uma transformação na interpretação dos direitos humanos, bem como em sua aplicação: os direitos humanos em sentido "prestacional" demonstram-se mais adequados à tarefa de concretizar a perspectiva multicultural no contexto dos movimentos imigratórios.

Primeiramente, é necessário superar o debate sobre universalismo e relativismo. Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural é uma "atitude filosófica incorreta." Após, precisa-se perceber que todas as culturas têm diferentes concepções de dignidade humana, mas nem todas a concebem em termos de direitos humanos. (SANTOS, 2003, p. 165)

A terceira premissa é a de que todas as culturas são incompletas e problemáticas em suas concepções de dignidade humana, incompletude que vem da própria existência de uma

pluralidade de culturas. Até porque, “[...] se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura”. (SANTOS, 2003, p. 165)

A quarta e última premissa é a de que algumas das diferentes acepções de dignidade são mais amplas que outras. Diante disso, algumas concepções demonstram ter “círculos de reciprocidade” mais compreensivos. Além disso, são mais abertas a outras culturas do que outras. (SANTOS, 2003, p. 166)

Assim, o multiculturalismo demonstra ser um padrão interpretativo compatível com os direitos humanos no contexto dos movimentos migratórios, preservando as culturas e, ao mesmo tempo, possibilitando a convivência pacífica entre pessoas que têm ideais e tradições tão diferentes entre si.

## CONCLUSÃO

O argumento mais comum contra a chamada “universalidade” dos direitos humanos foi elaborado pelo relativismo cultural, que se baseia em uma leitura redutora do multiculturalismo. São perceptíveis, no entanto, grandes falhas no conceito, especialmente se for considerada a amplitude protetiva dos direitos humanos.

A defesa de uma postura relativista era simples antes do aumento dos movimentos migratórios, que tornaram impossível defender a postura de “isolacionismo cultural”. Assim, para sua (re)formulação e aplicação útil dos direitos humanos no contexto dos movimentos migratórios, o “multiculturalismo” é mais adequado que o “relativismo”.

Isso porque as migrações a todos os cantos exigem a aplicação dos direitos humanos em outro lugar do mundo, em referência específica ao direito que o migrante tem de continuar vivendo em seu “novo” país, da mesma forma como vivia no seu. Trata-se do direito de preservar sua forma de vida e suas orientações valorativas.

O multiculturalismo, nesse contexto, demonstra ser um padrão interpretativo compatível com os direitos humanos no contexto dos movimentos migratórios, por preservar as culturas e possibilitar a convivência entre pessoas que de ideais e tradições tão diversas, antes distantes entre si, mas que passam, inevitavelmente, a conviver.

## REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no Século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 1998, p. 369-389.
- BERGER, Peter; LUCKMAN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GASPAR, Bruna Luiza; GASPAR, Marcela Goulart. A inclusão política do estrangeiro: uma abordagem comparativa. **Revista Em Tempo**, v. 13, p. 11-23, dez., 2014.
- GOTTFRIED, Paul Edward. *Multiculturalism and the politics of guilt: toward a secular theocracy*. Columbia: University of Missouri Press, 2002.
- GRIMM, Dieter. *Multiculturalidad y derechos fundamentales*. In: \_\_\_\_; DENNINGER, Erhard. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007, p. 53-70.
- \_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007.
- GUTIÉRREZ, Ignacio. *Introducción: derecho constitucional para la sociedad multicultural*. In: GRIMM, Dieter; DENNINGER, Erhard. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007, p. 9-28.

- ISIN, Engin. Multiculturalism. In: TURNER, Bryan (Org.). *The Cambridge Dictionary of Sociology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 407-408.
- LAFFORGUE-SANYÚ, Martín. *Sociología*. Buenos Aires: Editora Era Naciente, 2001.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes de. Cultura democrática para direitos humanos multiculturais. **Estudos Jurídicos**. UNISINOS. n. 40(2), p. 79-83 jul.-dez., 2007.
- POZZOLI, Lafayette. **Refugiados e Ecumenismo**. 2017. Disponível em: [https://www.univem.edu.br/cursos/noticia\\_curso.php?id=4364&curso=18](https://www.univem.edu.br/cursos/noticia_curso.php?id=4364&curso=18). Acesso em: 20 dez. 2017.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Direitos Humanos no Século XXI**. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 155-198.
- \_\_\_\_\_ (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- SARTORI, Giovanni. *Homo Videns*. Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- TURNER, Bryan (Org.). *The Cambridge Dictionary of Sociology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

## O CINEMA E O ENSINO DOS DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES A PARTIR DO FILME "TROPA ELITE 2"

Mário Lúcio Garcez Calil<sup>1</sup>

Carlos Malta Leite<sup>2</sup>

Raquel Cristina Ferraroni Sanches<sup>3</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi produzido, em regime de cooperação, com dos resultados das pesquisas e estudos realizados no contexto do Grupo de Pesquisa intitulado "Reflexões sobre o Ensino Jurídico Brasileiro", vinculado à linha de pesquisa "Crítica aos fundamentos

---

<sup>1</sup> Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito. Defensor Público aposentado do Estado de Mato Grosso do Sul.

<sup>3</sup> Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestrado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), Coordenadora da Seção de Avaliação Institucional, Docente do Programa de Mestrado em Direito. Pró-reitora de Graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Docente dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* e *stricto sensu* do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Líder do Grupo de Pesquisa "Reflexões sobre o Ensino Jurídico Brasileiro", vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM. <raquel@univem.edu.br>

da dogmática jurídica", do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM.

O fenômeno jurídico é dotado de extrema complexidade, tanto em relação ao seu conteúdo e quanto no que concerne aos resultados de sua aplicação no mundo dos fatos. Essa complexidade deriva, especialmente, do desejo que os juristas têm de "prever" todos os eventos passíveis de ocorrência no mundo fenomênico. Tarefa, evidentemente, impossível.

Isso porque a "realidade", apesar de "limitada" por "leis" físicas, químicas e lógicas, jamais deixa de surpreender, a cada instante, os seres humanos. Diante disso, assim como a realidade não pode ser "prevista" (ao menos não em sua inteireza), também não pode ser completamente regulada, especialmente pelos operadores do Direito.

A arte, entretanto, difere, nesse aspecto, do Direito. É capaz de "enganar" a realidade, "criando-a" ao sabor dos pensamentos dos criadores, que narram suas fantasias. A arte abre espaço para o "compartilhamento" da imaginação do artista. A literatura, por exemplo, faz com que cada apreciador construa imagens em sua própria mente a partir dos símbolos.

A arte, apesar de libertária no que concerne à interpretação dos símbolos, nem sempre faz com que a linguagem colocada pelo autor materialize-se de conformidade com suas intenções. No cinema, especificamente, porém, encontra-se um panorama simbólico diverso, no qual a ficção materializa-se em imagens, deixando muito pouco à imaginação.

O cinema, tendo em vista utilizar tanto a linguagem literária quanto a jurídica, passa a ser "possuidor" de importantíssimo "capital simbólico", capaz de afetar um número ainda maior de pessoas, inclusive, em decorrência da possibilidade de "sintetizar" e "expor" a imaginação do roteirista, do produtor e do diretor por meio da sequência fotográfica e sonora.

Diante dessas afirmações, o objetivo do presente trabalho é o de estudar as possíveis relações entre o Direito e o Cinema,

especialmente no que concerne às suas possibilidades de “sintetização” da realidade e de exposição mais estrita da linguagem por intermédio da imagem e do som, bem como suas utilizações no ensino dos direitos humanos.

Com o objeto de exemplificar essas possibilidades, utiliza-se, como paradigma, a película “Tropa de Elite 2”, um filme de ação brasileiro, que estreou no ano de 2010, com roteiro escrito por Bráulio Mantovani e José Padilha e dirigido pelo último, estrelado pelo premiado ator Wagner Moura.

A presente pesquisa será feita na bibliografia pertinente e no filme acima referido, e será dividida em três partes. De início, será trabalhada a questão das imagens e dos símbolos no cinema. Na segunda parte serão trabalhadas as relações entre direito e cinema no ensino dos direitos humanos.

Na terceira e derradeira parte será trabalhado, especificamente, o filme “Tropa de Elite 2”, em especial, o seu roteiro, de modo a materializar, a partir desse exemplo, as possibilidades de utilização do “capital simbólico” cinematográfico no que concerne ao ensino dos direitos humanos.

Diferente de várias abordagens, o presente trabalho não se propõe a fornecer exemplos de várias películas “pertinentes” à questão, mas, sim, fixar um “panorama teórico” sobre essas relações, materializando-o a partir de um exemplo. O trabalho é justificável pela necessidade de complementar e desenvolver estudos que demonstram as relações entre Direito e cinema.

## **1. IMAGEM E SÍMBOLOS NO CINEMA**

O cinema, por evidente, surgiu muito tempo depois da literatura escrita. Produziu, todavia, impactos tremendos no que concerne à cultura em todo o mundo. O cinema, inclusive, conseguiu modificar o próprio conceito de “ficção”, de maneira completamente irreversível.

Nos primórdios, o cinema era uma "possibilidade de registrar a realidade". Voltava-se a documentar o cotidiano. Percebeu-se, contudo, ainda no início, a potencialidade da captação de imagens em movimento. Assim, a câmera estática deu lugar à possibilidade de edição de imagens e à junção de sequências de registros diferentes (MARÍ, 2002, p. 17)

Abriu-se uma nova "[...] possibilidade de contar histórias" o que, até então, era feito apenas com palavras, oralmente e, cada vez mais, pelo registro escrito. Mesmo na era do cinema mudo, "[...] já se contavam histórias aproveitando recursos essencialmente literários, mais especificamente das narrações". (MARÍ, 2002, p. 17)

"Contar histórias" por intermédio de imagens, porém, não era novidade na história da humanidade. A arte responsabilizou-se pela propagação de várias narrativas, ficcionais e históricas, através dos tempos. O cinema, porém, promoveu uma transformação paradigmática irreversível no que concerne ao ato de "contar histórias".

A história da imagem vem desde as inscrições rupestres nas eras iniciais da história humana, passando pelo fim do Século XIX até os dias de hoje. Isso demonstra a incessante busca da humanidade pela representação da realidade. As técnicas criadas durante os séculos buscavam representar, de maneira cada vez mais fiel, o real. (MODRO, 2009, p. 13)

O paradigma da imagem foi quebrado no início do Século XIX, por Joseph-Nicéphore Niépcedos e Louis-Jacques Mandé Daguerre, que fixaram imagens em superfícies sólidas, criando a fotografia. Ainda no Século XIX, William Henry Fox Talbot tornou o processo mais eficaz. A fotografia passou a tomar o espaço da pintura. (MODRO, 2009, p. 14)

Há pouco mais de um século, pessoas ficavam, em uma barraca, frente a uma lona branca na qual era projetada uma imagem de um trem que vinha chegando a uma estação, como vindo em direção aos espectadores, o que provocava reações

desesperadas, causadas pelo medo causado pela imagem. (MODRO, 2009, p. 21)

As reações e emoções observadas nos primórdios do cinema, contudo, até hoje são observadas, "[...] em produções que arrebatam o espectador e o remetem a um mundo de infinitas possibilidades emocionais". As possibilidades do cinema são, de certa forma, as mesmas para as quais a literatura conduz os leitores, há milênios. (MODRO, 2009, p. 21)

Os filmes são representações do real: "[...] trata-se da realidade transposta para a imagem da tela pelo ponto de vista de algumas pessoas que o realizaram". Mesmo os filmes que se propõem a realizar resgates históricos fiéis, como os documentários, possuem "[...] uma visão segmentada de acordo com quem o produziu". (MODRO, 2009, p. 32)

Os filmes são apenas "[...] uma base representativa para poder ser analisada a realidade, e invariavelmente não devem ser vistos como representantes fiéis de fatos e acontecimentos, por mais verossímeis que sejam, já que são construídos sob o ponto de vista do(s) produtor(es)". (MODRO, 2009, p. 32)

O cinema dá "vida" à imaginação do autor, porém, com um impacto direto na mente do espectador; a literatura deixa muito mais à imaginação do leitor. Assim, apesar das diferenças, resta claro que o cinema "aproveita-se" da linguagem literária, porém, "manipulando" a realidade de maneira diversa da narrativa escrita.

O "realismo" do cinema não está na sua capacidade de captar a realidade "tal como ela é" ou "tal como ela aparenta ser", mas, sim, na sua possibilidade de revelar, por meio de associações e relações de diversos aspectos da realidade (criando uma "nova realidade"), camadas mais profundas e essenciais da própria realidade. (GUTIÉRREZ ALEA, 1984, p. 41)

Faz-se possível estabelecer, assim, uma diferença entre a realidade "objetiva", que o mundo oferece, no seu sentido mais amplo, e a imagem da realidade que o cinema oferece a partir dos

“estreitos marcos da tela”: uma seria a realidade; a outra, a ficção. (GUTIÉRREZ ALEA, 1984, p. 42)

Assim como a literatura, o cinema trabalha com "representações" da realidade. As "lacunas interpretativas", porém, são diferentes entre as duas artes. Na literatura, as lacunas são preenchidas por imagens; no cinema, todavia, as lacunas das imagens são preenchidas pelas tentativas de se encontrar elementos "ocultos" no enredo ou no roteiro.

A própria instituição cinematográfica relaciona-se ao desejo, ao imaginário e ao simbólico, até mesmo porque “[...] insiste nos jogos de identificação e nos complexos mecanismos que regulam o funcionamento de nossa psique, de nosso inconsciente”. (COSTA, 2003, p. 25)

O cinema, assim, é um "dispositivo de representação", com mecanismos de organização dos espaços e dos papéis. Há analogias com os dispositivos de representação da pintura, por um lado, e do teatro, por outro,. Existem, também, características peculiares, devidas à dinâmica da produção da imagem. (COSTA, 2003, p. 26)

Mais do que isso, o cinema traduz-se em uma “linguagem” que tem suas próprias “regras e convenções”, assim como tem parentesco com a literatura, possuindo, em comum com esta, o uso da palavra, das personagens e a finalidade de “contar histórias”. (COSTA, 2003, p. 27)

O cinema, contudo, não encerra sua funcionalidade na apreciação passiva, nem mesmo no entretenimento. Assim como as demais formas de arte, o cinema pode ser um veículo de informação, de desconstrução de paradigmas ou de demonstração de problemáticas sociais complexas, por exemplo.

A fabricação da imagem libertou-se do "utilitarismo antropocêntrico". O que conta não é mais a sobrevivência do homem, mas, sim, “[...] a criação de um universo ideal à imagem do real, dotado de destino temporal autônomo”. A história das artes plásticas não se relaciona apenas à estética, mas, antes, à sua psicologia. (BAZIN, 1991, p. 19-20)

Diferentemente das demais formas de arte, o cinema é a “[...] consecução no tempo da objetividade fotográfica”. Não se contenta com “o objeto lacrado no instante”, de modo que “livra a arte barroca de sua catalepsia convulsiva”. A imagem das coisas é também a imagem da duração delas, “[...] como que uma múmia em mutação”. (BAZIN, 1991, p. 24)

A lógica cinematográfica, assim, contribui para uma demonstração dinâmica de várias problemáticas importantes, alcançando, em espaços curtos, uma infinidade de pessoas. Feitas essas considerações sobre o cinema, sua linguagem e símbolos, necessário expor as relações entre direito e cinema, bem como suas implicações para o ensino dos direitos humanos.

## **2. RELAÇÕES ENTRE DIREITO E CINEMA NO ENSINO DOS DIREITOS HUMANOS**

Assim como o cinema, direito é, sim, uma arte. Para Ulpiano, “[...] a justiça é o fim da arte jurídica”. Celso definia o direito como a arte da busca pelo bem (*jus est ars boni et aequi*). (VILLEY, 2008, p. 94) Cada um, porém, tem uma linguagem própria, diversa das demais artes.

Ambas, todavia, baseiam-se, na realidade, cada uma à sua maneira: o cinema o faz por intermédio de representações saídas da mente dos roteiristas, diretores e produtores.; o direito, o faz por meio da normatização, na incessante busca por “moldar” à realidade aos ideais do legislador.

Assim, apesar da resistência à reforma do direito oficial, o cotidiano incorporou, no seu imaginário, elementos que provêm daí. O direito, apesar de não ser capaz de regular intencionalmente a vida diária, acaba por fazê-lo, de forma indireta, pois é “[...] fonte das imagens do senso comum que orientam os nossos comportamentos”. (HESPANHA, 2005, p. 106)

O direito tem a capacidade de modelar, subliminarmente, os imaginários, contribuindo para as imagens da “mulher”, da

“sociedade civil”, do “meu” e do teu”, do “sujeito”, entre outros, e “inculcar”, em níveis por vezes profundos, “[...] os esquemas de construção da realidade, que é descrita como a função constitutiva do direito”. (HESPANHA, 2005, p. 106)

A tentativa de “reaproximar” direito e arte, porém, não é algo novo. Existe desde a Idade Média. Isso porque a ficção é um conceito originalmente jurídico: “[...] a idéia de que 'a arte imita a natureza' deriva de uma máxima aristotélica, reproduzida no *Digesto* de Justiniano, passando a ser invocada no período medieval”. (HESPANHA, 2005, p. 110)

O direito encontra-se com a arte desde as origens da ficção. As relações entre direito e literatura restam consolidadas no imaginário dos juristas. Não há razão para que a relação entre direito e cinema não se estabeleça: as semelhanças entre o “ser” cinematográfico e o “dever ser” jurídico são imensas: ambas se relacionam a uma ideia ficcional da realidade.

Há, ainda, outras características comuns entre Direito e Arte: ambos ostentam uma “pretensão de universalidade”, dispõem de “códigos” comunicacionais próprios e de técnicas de reprodução, bem como de “meta-discursos auto-justificativos”. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 97)

A sempre presente “romantização” da Arte, caracteriza-se como “[...] expressão intuitiva de sentimentos e formas do desconhecido, ou exploração simbólica dos recônditos do desejo e do medo”. Isso lhe confere legitimidade social “de partida”. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 97-98)

O Direito, todavia, em sua “ambição regulatória”, tem uma legitimidade “de chegada”, que deve ser conquistada por via de diversos procedimentos de justificação, bem como “[...] de decisões normativas e mecanismos de legitimação do poder”. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 97-98)

A ação do Direito, assim, está “[...] presa à razão de seus próprios fundamentos, supervisionada por um imaginário ‘dogmático’, enquanto a arte, ao produzir a novidade e o prazer

estéticos, desloca temporalmente o exame de sua própria coerência". (ALBUQUERQUE, 2008, p. 98)

As relações entre direito e cinema são mais profundas do que o senso comum teórico dos juristas e até mesmo a intuição seriam capaz de presumir. O embasamento de ambos no "real" e a possibilidade que os dois têm de "modelar" a realidade, cada um à sua maneira, faz com que se entronizem de forma natural, porém, cuja percepção tem de ser estimulada.

Assim, falar em "cinema e direito" equivale a rever a concepção tradicional e normativista deste, de modo a abrir espaço para outras formas simbólicas de manifestação do direito, refletindo sobre a história, os fundamentos da lei e sua teoria. (MAGALHÃES, 2009, p. 105-106)

Aliás, a "cultura jurídica popular" pode ter um papel de destaque na forma como a sociedade encara o direito. Os meios de comunicação, a exemplo do cinema, podem dar visibilidade ao direito, de modo que poderia contribuir para "tirar as vendas da justiça". (MAGALHÃES, 2009, p. 106)

Um roteiro cinematográfico que se comprometa a representar institutos jurídicos, por meio da sequência de sons e imagens, que é a sua mecânica específica, pode contribuir tanto para a construção do pensamento quanto para a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Por meio do cinema, o Direito pode ser compreendido como um "sistema de representações", cujo objetivo é convencer a sociedade de que o sistema jurídico controla, exclusivamente, os sentidos do conceito de justiça. A única possibilidade de "ver a realização da justiça" é enxergar a imagem *associada* à justiça. (ALMOG; AHARONSON, 2004, p. 2)

Isso possibilita a existência de um processo de "cinematização das noções de justiça", consequência da construção social de suas concepções contemporâneas, a partir de convenções, imagens e idéias, que integram uma memória social e constituem-se em um

“capital simbólico áudio-visual”. (ALMOG; AHARONSON, 2004, p. 3)

Assim, o cinema, nos tempos atuais, é o principal fornecedor desse capital simbólico, ocupando uma posição central na construção do sentido e dos formatos da própria justiça. (ALMOG; AHARONSON, 2004, p. 4). É possível, assim, visualizar, mesmo que de maneira "ficcional", diversos institutos jurídicos em "funcionamento" (correto ou não).

Diante disso, a análise do Direito a partir do cinema pode contribuir para uma abordagem próxima ao projeto de ciência jurídica em nossos dias, "[...] na luta pela superação de uma visão meramente dogmática e normativamente recortada do fenômeno jurídico". (RIBEIRO, 2007, p. 19)

O cinema inclui o direito na "[...] dinâmica das relações de vida", que, "[...] segundo os jusfilósofos contemporâneos, é capaz de dimensionar o correto sentido das normas, [...] na luta pela superação de uma visão meramente dogmática e normativamente recortada do fenômeno jurídico". (RIBEIRO, 2007, p. 19)

Abre-se a possibilidade para a compreensão efetiva de como a sociedade de massas percebe o Direito, bem como, de "[...] suscitar espaço para uma permanente crítica aos institutos jurídicos, mediante a abertura ao diálogo com outras ciências e fenômenos sociais". (RIBEIRO, 2007, p. 19)

O cinema oferece ao espectador a compreensão, por intermédio das imagens e símbolos cinematográficos, não apenas da prática ou da ritualística forense. Existe a possibilidade de se lançar na tela uma infinidade de dilemas que se relacionam direta ou indiretamente com o direito.

Assim, não se trata apenas de "ver o direito" no cinema, assim como nos filmes que abordam o ambiente dos Tribunais ou os mistérios policiais. O cinema apresenta diversificadas versões de realidades do convívio humano "[...] a demandar a apreciação, a reflexão e a atuação do profissional do direito". (ALMEIDA, 2009, p. 42)

Nesse sentido, a formação crítica do jurista, inserido em uma realidade de rápidas transformações tecnológicas, deve contar com o auxílio dessa arte "[...] que só tem pouco mais de um século de existência e que se caracteriza pela plasticidade e permeabilidades em face das inúmeras facetas das ações humanas". (ALMEIDA, 2009, p. 42)

A ligação do cinema com o direito deve perpassar o conhecimento da história do cinema, as fases de seu desenvolvimento, os principais movimentos ou fases que contribuíram para construir de sua linguagem, para que possa desenvolver uma visão crítica das obras cinematográficas e uma reflexão sobre as questões jurídicas. (ALMEIDA, 2009, p. 42)

Desse modo, para o jurista, a articulação da linguagem cinematográfica com a linguagem e as práticas jurídicas propicia uma atuação decisional mais inserida na realidade histórica e social. O cinema permite ler a linguagem simbólica do direito, retratando temas voltados à compreensão dos fenômenos da prática jurídica. (ALMEIDA, 2009, p. 42-45)

Trata-se da forma mais acessível à apreciação visual dos infundáveis dramas jurídicos e, em especial, judiciários. O filme pode mostrar, mesmo que com imprecisão, as intempéries pelas quais os operadores passam, por exemplo, no sistema de justiça criminal: legisladores, administradores, juízes, advogados, policiais, peritos e todos os demais.

O cinema é capaz de "matizar o evento de julgar", pois, nas telas, "[...] condicionam-se espaço, tempo, toga, atores, gesto, discurso e ritual forenses". Não bastasse, encenando-se o conflito, redesenha-se o "espaço judiciário", tornando palatável e acessível "o drama da justiça". (GODOY, 2001, p. 93)

O cinema focaliza diversos temas sob a questão da justiça, da ética, e da "jurisprudência pretensamente universal", por meio da explícita referência jurídica ("Tempo de Matar", "A Qualquer Preço", "A Firma"), e por alusões implícitas, percebidas em várias obras como "Pixote" e "Passagem para a Índia". (GODOY, 2001, p. 98-99)

Descreve rituais judiciários de várias tradições, presentes e pretéritas (“Letra Escarlate”) e, ainda: “[...] promove miríades de concepções, criações, variações. Acena com interminável banquete de referências. É inesgotável repertório retórico. O cinema estimula a compreensão do direito”. (GODOY, 2001, p. 100)

Os filmes que abordam a temática jurídica e as inúmeras películas que retratam questões humanas e sociais relevantes contribuem para a compreensão crítica dos direitos humanos. As problemáticas tornam-se acessíveis a um sem número de pessoas que podem se encontrar fisicamente distantes dos lugares nos quais as situações ocorrem.

Até porque, ampliando-se esse olhar, é possível compreender que a crise do “ensino jurídico”, à luz dos direitos humanos, relaciona-se à necessidade de uma educação mais complexa, “[...] baseada em uma visão holística que possibilite a união dos saberes fragmentados”. (SANCHES; DOBARRO, 2015, p. 5)

Mesmo tendo se modificado, “[...] o debate sobre os direitos humanos canalizou-se paralelamente às sucessões de períodos que realçavam a desigualdade entre os homens e a exploração de uns por outros”. Esse “contexto de forças”, foi tematizado por várias linguagens artísticas, em especial, contudo, pelo cinema. (SANCHES; DOBARRO, 2015, p. 11)

Desse modo, o aproveitamento didático e metodológico da obra cinematográfica estende as possibilidades de envolvimento, alicerçando a reflexão crítica sobre o Direito, da construção da cidadania e da consolidação da democracia. (SANCHES; DOBARRO, 2015, p. 17)

No mesmo sentido, a análise das obras cinematográficas é capaz de auxiliar para que, “[...] gradativamente, as nações tomem providências que garantam o reconhecimento e a observância universal e efetiva dos direitos humanos por todos os povos do mundo”. (SANCHES; DOBARRO, 2015, p. 17)

Ficam demonstradas, desse modo, as diversas possibilidades de utilização do cinema no que concerne à ciência do direito,

especificamente no que tange ao ensino jurídico, por intermédio da facilitação, em especial, das temáticas relacionadas à questão dos direitos humanos.

### 3. O EXEMPLO DO FILME "TROPA DE ELITE 2"

A título de exemplificação, utiliza-se, na presente pesquisa, o filme "Tropa de Elite 2". Evidente que, em decorrência do reduzido espaço da presente exposição, mostra-se impossível estabelecer uma análise dialógica em relação à integralidade do roteiro da película. Assim, serão selecionados e trabalhados alguns trechos essenciais.

"Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro" é um filme de ação brasileiro, que estreou em 2010, escrito por Braulio Mantovani e José Padilha e dirigido pelo último, e estrelado pelo premiado ator Wagner Moura. (TROPA, 2010). Trata-se da sequência do laureado filme "Tropa de Elite", dirigido e estreado pelos mesmos profissionais, respectivamente.

A película narra a história do policial militar Roberto Nascimento, que atua na capital do Estado do Rio de Janeiro, no batalhão de operações especiais (BOPE). De acordo com o filme, a ação desses policiais é extremamente violenta e ocorre, em especial, nas favelas da cidade. (TROPA, 2010)

No primeiro filme, sua patente era de Capitão. Na película sob análise, porém, mostra-se que foi promovido a Tenente-coronel, passando a comandar, à distância, operações do referido Batalhão (TROPA, 2010), utilizando-se, claramente, de sua larga experiência tática no "combate" à criminalidade carioca.

A primeira fala do filme é a seguinte: "É na hora da morte que a gente entende a vida. Dei muita porrada em viciado, esculachei muito policial corrupto e mandei um monte de vagabundo pra vala. Mas não foi nada pessoal. A sociedade me preparou pra isso. E missão dada, parceiro, é missão cumprida". (TROPA, 2010)

Como se revelará, a voz é do protagonista, Tenente-coronel Nascimento. Nota-se que ele busca justificar suas ações,

demonstradas no primeiro filme, ainda como Capitão, no comando de uma das tropas do BOPE e, de antemão, refere-se a atitudes que ainda serão mostradas.

Ao se ensinar sobre direitos humanos com base no referido filme, seria possível estabelecer, a partir da primeira fala do protagonista, que o policial militar não pode ser considerado, isoladamente, "opressor" ou "opositor" dos direitos humanos: é um profissional treinado e condicionado, pelo Estado, para lidar com situações extremas, de formas extremas.

Mais do que isso, sua atividade se volta à preservação de um direito humano que é basilar à convivência em sociedade, qual seja, o direito à segurança, reconhecido, expressamente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,<sup>4</sup> bem como pela própria Constituição Federal.<sup>5</sup>

Após, o Tenente-coronel Nascimento, afirma que havia tentado encontrar um substituto para sua posição no referido batalhão e que, não encontrando, regressou à posição que antes ocupava. Na cena seguinte, há uma rebelião no presídio de Bangu 1. O líder de uma facção criminosa ("Beirada") cobre a lente de uma câmera de segurança. (TROPA, 2010)

Nascimento explica que facções criminosas rivais foram colocados em alas distantes para que não se matassem. Afirma: "Por mim trancava a porta e deixava eles se matarem. Mas tem muito intelectualzinho de esquerda que ganha a vida defendendo vagabundo. E o pior é que fazem a cabeça de muita gente". (TROPA, 2010)

O personagem se identifica com algumas características de uma pretensa "direita" brasileira, relacionando a defesa dos direitos

---

<sup>4</sup> "Artigo 9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos". (BRASIL, 1992, n.p.)

<sup>5</sup> "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:". (BRASIL, 1988, n.p.)

humanos com a "esquerda". Evidencia-se o "senso comum" que guia os pensamentos do personagem, incutidos, talvez, pelo treinamento militar ou pelos anos passados a serviço de um órgão estatal repressivo e truculento.

Passa a ser mostrada uma palestra de um professor de história chamado Diogo Fraga, conhecido "defensor" dos "direitos humanos". Na referida exposição, Fraga condena veementemente o sistema penitenciário brasileiro (TROPA, 2010), expondo diversos paradigmas derivados de um "senso comum teórico", comum aos acadêmicos brasileiros.

Nota-se a veemente defesa dos direitos dos presos e a "inversão" no recrudescimento do sistema penal, considerada resquício do regime militar. Fraga representa a epítome da retórica liberal que produz, na população, a impressão de que "direitos humanos é só pra bandido", ao propagar um discurso que se relaciona apenas a uma faceta desses direitos.

Fraga, durante sua palestra, é chamado a tentar negociar com os presos rebelados. O narrador afirma: "É de caras como o Fraga que bandido precisa quando faz merda" (TROPA, 2010), reproduzindo o mesmo discurso de "predileção" dos ativistas pelos "bandidos". Ao mesmo tempo, Fraga parece confirmá-lo, atendendo à chamada e se dirigindo ao presídio.

Fraga adentra o presídio, sem colete à prova de balas. Nascimento informa: "André, o 'Chê' Guevara entrou aí sem colete". (TROPA, 2010). São comuns as (equivocadas) correlações feitas entre a "esquerda" e a defesa dos direitos humanos e entre o revolucionário/guerrilheiro Ernesto "Chê" Guevara e os ideais da "esquerda".

Fraga termina com uma arma apontada para si por "Beirada" que, durante a ação, é morto por um disparo do fuzil 762 do Capitão Mathias, que atinge sua cabeça. Nascimento, enquanto narrador, justifica a ação do BOPE, afirmando que Mathias havia feito "o que tinha sido treinado pra fazer" (TROPA, 2010).

O sangue de “Beirada” mancha a camiseta de Fraga, justamente sobre o *silk* que continha a frase *Human Rights Aid*, formando uma imagem impactante. Fraga, apesar de ter sido salvo pelo BOPE, durante uma entrevista (ainda vestido com a referida camiseta), passa a criticar severamente a ação dos policiais (TROPA, 2010). Afirma que “[...] o Governador vai ter que explicar como me prometeu que não ia ter carnificina, pra imediatamente depois o Tenente-coronel Nascimento e o Capitão André Mathias entrarem e executarem. Porque foi uma execução!”. Exibe o sangue que mancha sua camiseta, dizendo: “[...] o BOPE faz limpeza étnica, limpeza social”. (TROPA, 2010).

Fraga externa um “contra discurso” ao “conservadorismo” de Nascimento. Em uma sobreposição maniqueísta, a posição do “mal” se desloca dos criminosos para a polícia. Prevalece, porém, o ideal de “justiça” demonstrado pelos personagens ligados ao BOPE. Nesse sentido, a morte de um criminoso, em qualquer contexto, seria justificada

Trata-se de um giro discursivo. Fraga continua a afirmar que o BOPE somente mata pessoas pobres e/ou negras, não importando o cometimento ou o julgamento de qualquer crime. Note-se que essa fala se encontra em sobreposição ao discurso anteriormente manejado por nascimento, de que “direitos humanos só protege bandido”.

Mostra-se, assim, que há pessoas que defendem os direitos dos detentos de maneira extrema. Exemplo disso é Diogo Fraga que, na película, defende que prisão é cara e “[...] que serve para tornar as pessoas piores”, por meio de dados carcerários. (ALONSO; SANTANNA, 2016, p. 82)

Fraga foi inspirado no Deputado Estadual Marcelo Freixo, que presidiu a CPI que investigou as milícias e, o mesmo, lutou pelos direitos humanos. Seu objetivo (declarado) era agir contra a desigualdade social e a criminalização da pobreza. Criou vários projetos sociais penitenciários. (ALONSO; SANTANNA, 2016, p. 84)

Nesse sentido, conviria esclarecer que, na verdade, todos os Direitos são Direitos Humanos, estejam eles no Código Penal, na CLT ou no Código Civil. (COSTA; SAPPER, 2010, p. 82), de modo a que seja possível romper com as referidas impressões, derivadas do senso comum, a partir de seus fundamentos.

Em um programa de televisão, um homem chamado Fortunato, afirma que Nascimento não pode ser exonerado do comando do BOPE, pois, se isso ocorresse, “a coisa iria feder” e que o Governador iria transformar o Rio de Janeiro em uma “enorme poça de sangue”. E encerra dizendo: “Faca na caveira e porrada na vagabundagem”. (TROPA, 2010)

Mostra-se a contaminação da mídia pelo discurso punitivista. Vários programas vão diariamente ao ar, banhados em sangue, vísceras e desespero de vítimas e parentes, alcançando índices astronômicos de audiência, alimentando-se do fluido espinhal de uma sociedade desesperada e maniqueísta, contaminada pelo lepra do populismo penal midiático.<sup>6</sup>

O Governador, para “agradar a esquerda”, determinou que Mathias servisse em outra unidade. Mathias, frustrado e trancafiado em uma sala jogada às traças, oferece entrevista à jornalista Clara Vidal, criticando duramente o Governo do Estado. Em decorrência disso, Mathias é detido em uma unidade prisional militar. (TROPA, 2010)

---

<sup>6</sup> "O populismo penal conservador clássico, fundado num determinado *saber criminológico* (do século XIX: o criminoso é um ser diferente, perturbador da ordem social – tida como 'natural') bem como num específico poder *político* (institucionalizado), esbraveja um discurso nitidamente *subjetivo* e, muitas vezes, *sensacionalista* da realidade, sempre voltado para a repressão dura (política de 'mão dura') de *alguns* criminosos (os considerados desiguais ou inimigos), culminando essa política *emocional, moralista, irracional, seletiva e enviesada* com o castigo (no mínimo informal: castigo midiático) não só dos criminosos violentos (perversos ou psicopatas), senão, sobretudo, dos clássicos segmentos suspeitosos *estereotipados* (criminalidade dos jovens marginalizados e excepcionalmente dos poderes organizados privados). Como se vê, o populismo penal conservador clássico tem como objetivo alcançar (e estigmatizar) os (considerados) inimigos desiguais". (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 13)

Ao se expor sobre direitos humanos a partir do filme, é possível proceder a um "rompimento" com os paradigmas firmados pelo senso comum, explicando-se, *v.g.*, que os direitos humanos não se restringem à proteção dos criminosos, mas, sim, têm as mais diversas vertentes, bem como que há várias entidades que protegem outras espécies de direitos.

Nesse sentido, observe-se a situação do Capitão Mathias. Mesmo tendo, de acordo com Nascimento, "feito o que tinha sido treinado pra fazer", acabou suspenso de suas atividades junto ao BOPE e, em decorrência de ter exercido seu direito (humano) à livre expressão do pensamento, terminou, imotivadamente, privado de sua liberdade.

Assim, ao se ensinar sobre direitos humanos tendo por base a película ora comentada, seria recomendável iniciar uma reflexão acerca da facilidade com que os direitos (humanos) nos policiais militares podem ser cerceados por "medidas disciplinares", sem possibilidade do exercício do direito (humano) ao devido processo legal.

Fraga se lança candidato a Deputado Estadual. Nascimento afirma: "É claro que todos os maconheiros da cidade iriam votar nele" (TROPA, 2010), um discurso difundido no imaginário popular: os simpatizantes da "esquerda" e os defensores dos direitos humanos consomem maconha; os policiais e simpatizantes da "direita", não.

No ensino dos direitos humanos, conviria explicar que as referências ao uso de psicotrópicos pelos "esquerdistas" e defensores dos direitos humanos derivam de impressões criadas a partir do lema "paz e amor" dos movimentos *hippie*, famosos pelo uso generalizado dos narcóticos. (SAGGIORATO, 2008, p. 22), o que confirma sua falácia.

A trama se desenrola a partir da descoberta, por nascimento, nomeado Secretário de Estado de Segurança Pública, da existência de milícias armadas em atividade nos bairros pobres do Rio de

Janeiro. Desse esquema participam policiais, legisladores estaduais e o próprio Governador do Estado. (TROPA, 2010)

Sérgio Cabral foi a inspiração para o Governador do Estado do Rio de Janeiro na película. Segundo investigações, há suspeitas que suas campanhas haviam sido financiadas por milícias, afirmação que negou veementemente, "esclarecendo", também, "[...] que não tem ligação com elas". (ALONSO; SANTANNA, 2016, p. 85)

Mostra-se a carnificina provocada pelos milicianos, que assassinam, covardemente, o Capitão André Mathias. De acordo com Fraga: "[...] na prática, milícia é máfia: você paga pra ela te proteger dela mesma". (TROPA, 2010): "[...] com isso o Deputado encontrou mais uma causa pra defender em nome dos direitos humanos". (ALONSO; SANTANNA, 2016, p. 89)

Mostra-se que a população se encontrava alheia à situação, nem mesmo se importando com o quadro de violência, festejando seus opressores sem se dar conta da opressão. O discurso punitivista se mostra, bem como a demagogia de Fortunato que, apesar de envolvido no esquema, age como defensor da segurança dos cidadãos do Rio de Janeiro.

Nesse contexto, a autoridade policial passa a ser o "mal", ainda que travestido de "bem", de defensor da comunidade. No quadro apresentado, os moradores das comunidades sob o poder das milícias ficaram completamente desprotegidos. Se, antes, eram "protegidos" pela polícia, como seriam protegidos *da* polícia?

Fraga, antes acusado de "proteger bandido", passa à ferrenha defesa da população assombrada pela violência do poder paralelo exercido pelas mesmas "autoridades" que o execravam: passa a perseguir servidores corruptos ("bandidos"), contudo, ainda voltado à concretização da igualdade e da justiça social.

Caberia indagar, como na frase atribuída ao satírico romano Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodes* ("quem guardará os guardiões")? Conviria esclarecer, a partir dessa película, que uma das funções dos direitos humanos é justamente proteger a

população do arbítrio dos governantes: aos direitos humanos cabe, precipuamente, a tarefa de "guardar os guardiões".

A fidelidade entre os "caveiras" é demonstrada desde o primeiro filme. Os membros do BOPE não medem esforços para proteger seus companheiros. Estão sempre em "estado de guerra". Nascimento tenta justificar a truculência do BOPE. Coloca-se, também, na posição de "objeto do sistema", manipulado pelo Governo. (TROPA, 2010)

Nascimento, porém, reafirma a honestidade inabalável dos homens do BOPE, que jamais receberiam suborno e cumpririam seu dever até a morte, se necessário (TROPA, 2010). Demonstra-se, porém, que a comunidade se encontrava completamente desprotegida, pois, nem mesmo a imprensa estaria livre das garras do governo espúrio.

Paralelamente, Nascimento parece reconhecer que Fraga, eleito Deputado Estadual, é um político honesto e dedicado. Apesar das discordâncias ideológicas e mesmo profissionais, o Secretário de Segurança Pública não deseja a morte de Fraga, tanto que corre para avisá-lo da possibilidade de seu assassinato. (TROPA, 2010)

No mesmo sentido, conviria esclarecer que, no que concerne a direitos humanos, pouco importa a inclinação política: "direita" ou "esquerda", todos são sujeitos de direitos e desejam o bem comum; por caminhos diversos, porém, com o mesmo objetivo final. Essa dicotomia, maniqueísta de ambos os "lados" revela-se, assim, uma imensa falácia.

Na conclusão do filme, Guaracy, ex-Secretário de Segurança Pública, acusado de envolvimento no esquema das milícias, é eleito Deputado Federal e se candidata à Presidência da Comissão de Ética. É criticado por Fraga, ora também Deputado Federal. Afirma, em sua defesa, que não há sentença transitada em julgado em seu desfavor. (TROPA, 2010)

Guaracy foi inspirado em José Beltrame, que foi Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, e foi "convidado" a

prestar depoimento na CPI das milícias, acerca das suspeitas sobre o seu envolvimento com tais atividades criminosas. Nada, porém, restou comprovado. (ALONSO; SANTANNA, 2016, p. 85)

Reproduz-se, assim, o mesmo discurso demagógico de vários políticos brasileiros, protegidos pelo manto sagrado da eleição “democrática” e pela lentidão do processo judicial, superlotado de recursos. Referidos políticos, entretanto, continuam a ser indefinidamente reeleitos.

Comprova-se, diante disso, as vantagens advindas da utilização do cinema no ensino dos direitos humanos. No que se relaciona especificamente ao filme analisado, torna-se possível desconstruir várias paradigmas derivados do senso comum, na tentativa de esclarecer o espectador que, espera-se, não se torne, ou, não continue a ser, propagador de tais falácias.

## CONCLUSÕES

A “realidade”, pretensamente “limitada” por “leis” físicas, químicas e lógicas, jamais deixa de surpreender. Assim como a realidade não pode ser “prevista”, também não pode ser completamente regulada pelo Direito, notadamente por intermédio das previsões legislativas abstratas.

A escrita literária é capaz de “enganar” a realidade. No cinema há um panorama simbólico diverso, que alcança o espectador por imagens e sons. O cinema utiliza linguagens literária, comum e jurídica, “possuindo” um importante “capital simbólico”, capaz de afetar um número maior de pessoas, modificando, irreversivelmente, o conceito de “ficção”.

O “realismo” do cinema não se encontra na sua capacidade de captar a realidade, mas, sim, na de revelar diversos aspectos dela, criando uma “nova realidade”. Diferentemente das demais formas de arte, trata-se o cinema da “consecução no tempo da objetividade fotográfica”. Trata-se de uma “linguagem” que tem suas próprias “regras e convenções”.

As relações entre direito e cinema vão muito além das possibilidades didáticas, pois “Justiça” é um conceito abstrato, de forma que o único meio de “ver a realização da justiça” é conseguindo enxergar uma imagem associada à justiça, o que é plenamente alcançável por meio do cinema.

Por meio do cinema, o Direito pode ser compreendido como um “sistema de representações”. Torna-se possível “matizar o evento de julgar”. Falar em “cinema e direito” equivale a rever sua concepção “tradicional e normativista”. Assim, a utilização da linguagem cinematográfica auxilia o Direito nas teorizações, entendimentos e no ensino jurídico.

Há, portanto, várias possibilidades de utilização do cinema no aprendizado e no debate acerca dos direitos humanos. As possíveis discussões acerca do filme “Tropa de Elite 2: o inimigo agora é outro”, que poderiam tangenciar a problemática dos direitos humanos, exemplificam claramente essas possibilidades.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. O jogo dos espelhos: relações sociais de produção de sentido no Direito e n’Arte. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; COSTA, Rodrigo Vieira; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. (Org.). **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008, p. 97-106

ALMEIDA, José Rubens. Cinema, direito e prática jurídica - uma introdução. **Revista do curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista**, v. 7, p. 38-47, 2009.

ALMOG, Shulamit; AHARONSON, Ely. *Law as film: representing justice in the age of moving images*. **Canadian Journal of Law and Technonolgy**, v. 3, n.1, p. 1-18, mar, 2004.

ALONSO, Ricardo Pinha; SANTANNA, Camila. A Segurança Pública no Rio de Janeiro: uma análise do filme Tropa de Elite 2: O inimigo agora é outro. In: BERNARDI, Renato; ARAÚJO, Felipe

Ferreira de; COSTA, Maria Natalina da. (Org.). **Direito e cinema nacional em debate**. Jacarezinho: UENP, 2016, p. 79-94.

BAZIN, Andre. **O Cinema: ensaios**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

BERNARDI, Renato; ARAÚJO, Felipe Ferreira de; COSTA, Maria Natalina da. (Org.). **Direito e cinema nacional em debate**. Jacarezinho: UENP, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <www.planalto.org.br> Acesso em: 22 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 592**. 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <www.planalto.org.br> Acesso em: 22 nov. 2017.

COSTA, Antônio. **Compreender o cinema**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2003.

COSTA, Eder Dion de Paula; SAPPER, Alexandre Neves. Os direitos humanos e a democracia: o acúmulo de significantes vazios como entrave para uma real efetivação. **JURIS**, Rio Grande: FURG, v. 15, p. 81-90, 2010.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; COSTA, Rodrigo Vieira; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. (Org.). **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes.. Direito e cinema: "Tempo de matar. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 8, p. 96-103, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo : Saraiva, 2013. (Coleção saberes monográficos)

GUTIÉRREZ ALEA, Tomás. **Dialética do espectador**. São Paulo: Summus, 1984.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobrevoando verdes campos: perspectivas de investigação direito-cinema. Formas consagradas e novas possibilidades. 4ª mesa de debates no 2º

Seminário Internacional Direito e Cinema: visões sobre o direito e a ditadura. In: \_\_\_\_; PIRES, Nádia; MENDES, Gabriel; CHAVES, Felipe; LIMA, Eric. (Org.). **Construindo memória: seminários direito e cinema 2006 e 2007**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, p. 109-111.

\_\_\_\_; PIRES, Nádia; MENDES, Gabriel; CHAVES, Felipe; LIMA, Eric. (Org.). **Construindo memória: seminários direito e cinema 2006 e 2007**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

MARI, Enrique. *Teoría de las ficciones*. Buenos Aires: EUDEBA, 2002.

MODRO, Nielson Ribeiro. **O mundo jurídico no cinema**. Joinville: Nova Letra, 2009.

PIRES, Nádia; MENDES, Gabriel; CHAVES, Felipe; LIMA, Eric. (Org.). **Construindo memória: seminários direito e cinema 2006 e 2007**. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

RIBEIRO, Fernando Jose Armando. Direito e Cinema: uma interlocução necessária. **Del Rey Jurídica**, ano 9, n. 18, ago.-dez., 2007.

SAGGIORATO, Alexandre. **Anos de chumbo: rock e repressão durante o AI5**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em História. Passo Fundo: UPF, 2008

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. A educação jurídica como ferramenta didática no combate às violações da dignidade da pessoa humana na obra “A Lista de Schindler”. **Em Tempo**, Marília. v. 14, p. 31-60, 2015.

**TROPA de Elite 2: o inimigo agora é outro**. Roteiro: Braulio Mantovani e José Padilha. Direção: José Padilha. Rio de Janeiro: Zazen Produções, 2010, son., color., 35mm.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

# DOCÊNCIA E PESQUISA UNIVERSITÁRIA: O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO NO ENSINO JURÍDICO

Raquel Rosan Christino Gitahy<sup>1</sup>  
Claudia Karina Ladeia Batista<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

A discussão sobre a qualidade do ensino superior brasileiro e em especial do ensino jurídico não é nova. A falta de qualidade tem preocupado a sociedade e os órgãos governamentais, uma vez que a sua falta produz distorções sociais graves. Segundo dados do Exame Nacional de Cursos de 2003 e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), apesar da necessária cautela deste instrumento enquanto avaliação educacional, “[...] dos 5.897 cursos participantes do teste, nenhum obteve média acima de 80, numa escala de zero a 100, e apenas 1,5% entre 60 e 80 pontos”. São dados preocupantes uma vez que apresentam as condições formativas de boa parte do ensino superior brasileiro.

Nos últimos anos correu uma massificação<sup>3</sup> do número de cursos de nível superior e de vagas, um considerável crescimento, pois os dados do INEP de 2001 apresentava 1.180 Instituições de

---

<sup>1</sup> Doutora em Educação. Pedagoga. Bacharel em Direito. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista

<sup>2</sup> Doutora em Direito Constitucional. Docente no curso de graduação em Direito e Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

<sup>3</sup> Massificação é a denominação do processo de transformação de um sistema de educação elitista para um sistema educacional de massas, conforme explica Gomes (2008, p.10).

Nível Superior passando em 2002 para 1.637. A partir de 2002 até 2008, essa evolução atingiu a marca de 2.252 IES, representando um aumento de 37,56 de crescimento em um curto espaço de tempo. (MEC/INEP/DEED, 2009).

Acompanhou essa evolução a criação de novos cursos de Direito ofertados no país, o qual tem contribuído com grande quantidade formandos, o que não garante que estejam melhorando a qualidade do ensino jurídico.

Entretanto, um advogado com boa formação técnica e humanista tem importante influência na distribuição da justiça, e Machado (2009, p. 40), diz que o advogado bem “[...] preparado é sinônimo de Justiça melhor. Quando o operador do Direito domina, com eficiência, o campo das postulações e demandas, o resultado pode se verificar até no quesito da agilidade da Justiça, na medida em que as causas bem amparadas e defendidas facilitam seguramente o julgamento do magistrado”.

## **1. PESQUISA: A CONSTANTE CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO**

Salientamos que, para o discente dominar o campo das postulações, sabendo bem argumentar e enfrentar as alterações dos ideais de justiça, mutáveis segundo a sociedade de seu tempo, é fundamental a insubmissão a conhecimentos estanques. Para isso, os docentes devem provocar nos alunos a produção do conhecimento por meio da pesquisa, ou seja, cultivar sua própria autoria. Neste sentido, pesquisar é fundamental para a formação, porque possibilita à autoria e à autonomia (DEMO, 2008, In. ARAUJO, 2008, p.8).

Mas o ensino jurídico que prepara o recurso humano nem sempre prima pela construção do conhecimento, uma vez que se apresentam com propostas liberais ou progressistas, que são premissas opostas. É importante a discussão de tais propostas a fim de esclarecermos que o ensino jurídico liberal, com as suas

concepções, instiga menos a pesquisa e a produção do conhecimento ao repassar conteúdos já existentes, primando por posturas de submissão ao conhecimento posto.

O ensino jurídico liberal apresenta a concepção de uma sociedade essencialmente boa e correta e sua proposta visa à manutenção/conservação dessa sociedade.

Já o ensino jurídico progressista, prima pela insubmissão, reflexão, instigando o debate e a pesquisa como base para a construção de conhecimento.

A corrente progressista critica o capitalismo e a forma pela qual a sociedade está organizada, do capital explorando o trabalho para gerar mais capital, entendendo que o conhecimento jurídico, na maioria das vezes, é construído pelos detentores do capital. Assim, o ensino jurídico progressista tem denunciado a distância entre o conhecimento que é transmitido e o que é produzido pelo educando e a realidade social, trabalhando no sentido de desenvolver a consciência crítico-social, primando pela superação da contradição.

O ensino faz parte de uma sociedade e por sua sistematização possui boa estrutura, cabendo a ele auxiliar e corrigir os eventuais desvios que possam estar ocorrendo. Em nome da melhoria é que ocorrem mudanças na formação, nos métodos, técnicas, enfoques didáticos, nas formas de relacionamento entre aluno e professor.

Ao analisar as tendências pedagógicas do ensino jurídico, observa-se que a predominante prima por uma conservação da sociedade usando-se da educação liberal.

Para Faria (apud GRINOVER, 1996, p. 41),

O ensino atual não habilita os estudantes a operar o Direito efetivamente praticado na sociedade e nos tribunais; não lhes permite compreender o Direito como fenômeno social, limitando-se a apresentá-lo como um conjunto de normas que não se pode ser posto em discussão; não plasma sua sensibilidade para a solução de problemas novos, para os quais nem sempre a legislação oferece respostas em suas normas.

A não compreensão do direito como fenômeno social faz com que o ensino jurídico não atinja a sua finalidade jurídica que é ir além da técnica, alcançando as finalidades sociais e políticas.

Falta ao operador do Direito uma formação sócio-política, que lhe traria uma visão ampla e uma participação ativa no processo social, globalmente entendido. A técnica é necessária, porém, não é suficiente. Há que aliar uma extrema sensibilidade social, uma vez que o hoje aluno, futuro profissional, deverá estar preparado para apreender os problemas contemporâneos que estão em constantes mudanças, para poder solucioná-los, muitas das vezes, deixando de lado a técnica. Por isso se faz necessário entender o processo social.

Percebe-se que não há um aprofundamento de temas buscando as causas sociais e as razões do fenômeno, nem espaço para reflexão. Os amontoados de citações demonstram a erudição de seus autores e a sua absoluta falta de criatividade e de formação humanizada.

Rodrigues (1996, p. 105), faz o seguinte conceito dos cursos de Direito:

[...], as salas de aula de um curso de Direito muitas vezes lembram mais um “velório” do que um lugar de formação de profissionais, que pela sua titulação, irão desempenhar papéis estratégicos na sociedade. E o pior deste “velório” é que alguns (ou muitos) ainda acreditam que o de cujus vai ressuscitar.

Diante de um ensino jurídico liberal arcaico mantém-se um descompasso em relação à realidade, não conseguindo acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, devido ao fato de que ainda existe a utilização de velhas técnicas de ensino que são baseadas na dogmática e na visão formalista do Direito e informadas pelo prisma individualista e privatístico da Teoria do Direito.

Fica-nos, porém, a indagação: o ensino jurídico continuará sob a égide da educação liberal ou tenderá a reflexão, pesquisa, pilares de um ensino progressista construtor de conhecimento?

## 2. O PERFIL DO PROFISSIONAL DO DIREITO

O autor Aguiar (1999, p. 126) traça um perfil observável e não desejável do profissional do direito, que se constitui da seguinte maneira :

1. Pessoas que reúnem informação técnica, o que os habilita lançar-se na carreira jurídica
2. Essas informações técnicas não são entendidas como fruto do momento histórico concreto
3. Eles são profissionais com dificuldades de vislumbrar campos jurídicos emergentes e as novas aplicações e criações do Direito.
4. São poucos os diplomados que transcendem a estreiteza dos currículos mínimos
5. São profissionais que trabalham com a retórica, sem noção de lógica, pesquisa e ciência.

Tal perfil talvez seja reforçado por posições como:

A proposta de introduzir pesquisa e monitoria representa, portanto, uma utopia; e não será pela pesquisa e pela monitoria que os alunos serão melhor preparados profissionalmente (JUNQUEIRA,1998,p. 14)

Desejando construir um novo perfil deve-se considerar o fato de que os alunos do curso de Direito são parte de um contexto social, sendo que a escola deve ampliar os horizontes além de seus muros, não desconsiderando o real, pois

Compreender o processo de construção histórico-socio-cultural da sociedade, do Estado e do próprio Direito parece ser meio necessário para se analisar a base sobre a qual se constrói o saber jurídico, até então, considerado, por muitos, incipiente enquanto conhecimento científico, instrumento de dominação do Estado, decadente de legitimidade na sua base primária, ou seja, a sociedade. (GASPAROTO e NASCIMENTO, 2005, p. 1036)

A necessidade de um novo perfil para o ensino jurídico também aparece nas portarias, resoluções buscando anular as crises do ensino jurídico positivista, normalista, alienado, alienante e incentivar as demandas sociais com relação ao profissional do Direito, descritas no estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

1. demandas sociais; 2. demandas de novos sujeitos; 3. demandas tecnológicas; 4. demandas éticas; 5. demandas técnicas; 6. demandas de especialização; 7. demandas de novas formas organizativas do exercício profissional; 8. demandas de efetivação do acesso à justiça; 9. demandas de refundamentação científica e de atualização dos paradigmas (Estatuto da OAB, 1992)

Na realidade, tais documentos consignam as discussões que já aconteciam há mais de 15 anos, transpondo-as para o seu articulado. Pode-se observar isto pelos relatos dos problemas levantados, por exemplo, em 1981.

Em 1981, efetivamente, os Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, em discussão a propósito do ensino jurídico, denunciavam a tendência escamoteadora do formalismo típico do processo pedagógico em Direito, responsável por uma prática de ensino que não incentiva a percepção e compreensão normativa da vida social no seu processo de mudança, apenas desvinculado de suas referências de realidade (SOUSA JÚNIOR, 1996, p.91)

Pensando nas demandas descritas acima, e tendo consciência de que não é possível estruturar um sistema de ensino, sem que se dê ao aluno um total acesso a informação e a problematização da mesma, o art 3º e 4º da Portaria 1886/94 reza:

Art 3º: O curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão, interligadas e obrigatórias, segundo programação e distribuição aprovadas pela própria Instituição de Ensino Superior, de forma a atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em Direito.

Art 4º Independentemente do regime acadêmico que adotar o curso (seriado, créditos ou outro), serão destinados cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares ajustadas entre o aluno e a direção ou coordenação do curso, incluindo pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno.

Já a resolução nº 9 de 2004 discute as questões das diretrizes curriculares que a portaria 1886/94 somente havia apresentado. Observa-se, que dentre as diretrizes continua-se destacando um dos pilares para a mudança do ensino jurídico: a pesquisa

Art. 10 O trabalho de curso é componente curricular obrigatório, desenvolvido individualmente, com conteúdo a ser fixado pelas Instituições de Educação Superior em função de seus Projetos Pedagógicos (Resolução nº9, 2004)

Fica clara a opção de um ensino jurídico que busca a produção de conhecimento pela pesquisa. Sobre a importância da pesquisa comentam os autores

A pesquisa abre a visão sobre a crise do Direito, iluminando a reflexão acerca de suas determinações, enquanto forma o novo tipo de jurista capaz de empreender, para superar a distancia que separa o conhecimento do Direito de sua realidade social, política e moral, a edificação de pontes sobre o futuro, através da quais transitem os elementos de uma nova teoria do Direito e de um novo modelo de ensino jurídico(SOUSA JUNIOR,1996, p.93)

A atividade de pesquisa deve ser estimulada com o anseio de formar uma mentalidade científica, a partir do diálogo entre corpo discente e docente (BITTAR apud Ferreira, 2005)

...a articulação ensino-pesquisa é necessária para que se alcance um ensino de alta qualidade. (BALZAN, 2000, p. 116)

O ensino jurídico desejável busca a criação, não a reprodução. Embasa-se em uma pedagogia progressista e crítica que, segundo Wolkmer (1995, p. 18), tem a intenção da “emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado”

Com tal ideal, o ensino de Direito terá como procedimentos obrigatórios

a) Necessária democratização, descentralização e participação comunitária nos diferentes níveis de educação (do 1º ao 3º graus);

- b) Uma reordenação curricular interdisciplinar objetivando, de um lado, a qualificação do ensino e, de outro, a construção de uma mentalidade crítica, questionadora e desalienadora;
- c) Mudança total nas técnicas didáticas e nos instrumentos metodológicos, objetivando uma melhor compatibilização entre teoria e prática, ensino e pesquisa, aula-expositiva e aula-seminário. É a ruptura com o sistema de memorização de códigos e com a passividade, domesticação e falta de criatividade do aluno;
- d) Formação e qualificação de um corpo docente com a conseqüente valorização da carreira de magistério jurídico. Necessidade de um melhor preparo dos juristas para o exercício pedagógico;
- e) Para além do incremento da pesquisa jurídica, uma interação mais efetiva entre o papel dos cursos jurídico e as necessidades reais da sociedade. (WOLKMER, 1996, p. 78/79).

Destacando o último item, que vem ao encontro do nosso objetivo ter-se-á um ensino jurídico crítico, que não se baseia somente em códigos, mas tem relação com as mudanças sociais e realmente constrói conhecimento a partir da reflexão e pesquisa. Nunes (1999) já afirmou:

De há muito os professores universitários perceberam que uma das boas maneiras de ensinar e avaliar um aluno era através da feitura da monografia. (...) A monografia é muito útil para demonstrar que atualmente não se pode mais aceitar a idéia de que o professor que ensina, mas sim de que é o aluno que aprende. A função do professor é orientá-lo e auxiliá-lo nesse aprendizado.(NUNES, 1999, p. 3)

Confirmando a importância da pesquisa e da reflexão sobre o caminho a seguir para a pesquisa (metodologia), Leite (2004) escreve

A metodologia científica, como ciência auxiliar das demais e como campo de treinamento da atividade intelectual e da pesquisa, deveria ter lugar de destaque nos cursos superiores, desenvolvendo o hábito do estudo, da reflexão, do rigor da análise, da crítica e da documentação, muito antes de introduzir o discente no trabalho de pesquisa, ou informa-lo sobre a filosofia do Direito (LEITE, 2004, p. 25)

Henriques e Medeiros (2003) comungando da ideia sobre a importância da pesquisa no curso de graduação em Direito dizem ser louvável a exigência da monografia por permitir melhor preparo dos alunos, fazendo com que os mesmos exerçam a sua atividade intelectual.

### **3. O PAPEL DO ENSINO JURÍDICO NO DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS PROFISSIONAIS: ENTRE A REPRODUÇÃO DO CONHECIMENTO ESTANQUE E A FORMAÇÃO DO HERMENEUTA**

Considerando os reflexos do modelo de ensino jurídico liberal na produção legislativa e na própria aplicação da lei, verifica-se a existência de um abismo entre o profissional que os cursos formam e o profissional que a aplicação do direito exige.

A história do direito ocidental já experimentou diversas metodologias para a aplicação da lei. Entretanto tais buscas, sobre as quais já discorreremos, não refletiam a adequação do direito à realidade histórico-social do Estado que o instituiu. Há muito que a compreensão do direito se permitiu ser reduzida a mero texto legal. Apesar da existência de críticas doutrinárias ao modelo positivista de ensino e aplicação do direito, a prática continua reproduzida no meio acadêmico, cobrada em provas para provimento de vagas em concursos públicos da área jurídica, bem como empregada no julgamento de casos *sub judice*.

Em importante contribuição ao prefaciá-lo o trabalho de Rodolfo Luiz Vigo, Luiz Carlos de Azevedo com maestria defende que: “Se o direito não acompanha as transformações ocorridas no substrato social e insiste em permanecer na estrutura formal do dispositivo, direito já sequer será e tornar-se-á inútil, afastado da realidade presente, contraditório até” (VIGO, 2005)

Outro problema do direito “hermético” é considerar modelos alheios aos elementos factuais, axiológicos e normativos. Para Reale a legitimidade de um modelo jurídico “[...] depende, na realidade, tanto da fonte de que resulta como do conteúdo ético-

social de sua interpretação e aplicação ao longo do tempo”. Tal conteúdo há de ser valorado segundo a finalidade do modelo para o ordenamento como um todo. Somente pela compreensão global do ordenamento jurídico, dos valores por ele eleitos e seus propósitos é possível fazer com que o direito por ele produzido seja harmonizado “[...] com os valores que no seu todo compõem a intencionalidade do justo” (REALE, 2002, p.62).

O “aprisionamento do direito a modelos estanques”, a ausência ou insuficiência de posicionamento crítico e de habilidades para o exercício da dialética pelo emprego da prática argumentativa é um retrato do racionalismo, que busca segurança jurídica por meio da aplicação da metodologia das ciências da natureza. Não se ensina o direito, mas o “normativismo jurídico”, dado que o estudo se desenvolve muito mais ligado à norma que aos fatos. As universidades ensinavam o direito puro, a norma como axioma, não como problema a ser hermeneuticamente interpretado (SILVA, 2006, p. 35)

Em igual sentido o autor aponta que a forma como são elaboradas as provas do Exame de Ordem comprova que o direito nas universidades continua sendo uma ciência demonstrativa e não da compreensão. Leciona que nossas universidades ainda ensinam o estudante a resolver um problema geométrico, como preconizava Savigny. (SILVA, 2006, p. 37)

O racionalismo mostra-se tirânico na medida em que impossibilita a interpretação e compreensão do teor do ordenamento jurídico para além do texto normativo (o que se considera uma afronta ao legislador) e nutre o sistema de poder.

Entre os males ocultos sob o dogmatismo jurídico, ressalta-se a pretensão de “absolutizar” as instituições processuais como verdades matemáticas, por exemplo. Ocorre que absolutizar as instituições processuais implicaria desconsiderar o aspecto histórico e temporal inerentes ao direito. Tomando o processo civil como exemplo, verifica-se que sua racionalização tem como núcleo a concepção de direito como ciência demonstrativa, sujeita à

metodologia própria da matemática. Daí o caráter instrumental se perde no apego demasiado à forma.

O ensino jurídico habilita adequadamente o futuro profissional de direito? Capacita-os para empregar, em suas decisões, competências outras que não os silogismos próprios da lógica formal?

Nos *hard cases* (casos difíceis) sabe-se que a solução dos conflitos exige muito mais que a mera subsunção do fato à norma jurídica. É preciso que a atividade jurisdicional seja capaz de, novamente, estabelecer o laço entre o direito e a realidade. O problema é que o ensino jurídico não forma esse profissional. Ao contrário – os exames aos quais os acadêmicos se submetem para o ingresso na magistratura e outras carreiras jurídicas são marcados notadamente pela valorização da competência de armazenamento de conteúdo legislativo e a capacidade de externá-lo de forma objetiva.

Thomas Hobbes, considerado o pai do positivismo jurídico moderno no tratado intitulado *De Corpore* (1654), insiste em aplicar o raciocínio matemático nas ciências sociais e filosofia, de modo que:

[...] o que faz a lei não é aquela *jurisprudencia* ou a sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens [...]. O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, é injustiça (HOBBS apud SILVA, 2006, p. 76)<sup>4</sup>

É preciso enfatizar que a formação do pensamento dos futuros juristas é cada vez mais difícil, haja vista que as universidades ainda ensinam o direito processual moderno como “verdades

---

<sup>4</sup>O modelo positivista há muito foi superado pela doutrina, mas ainda encontra ampla aplicação na prática pedagógica, por diversas razões, sobretudo pelo fato das avaliações valorizarem, de maneira exacerbada em nosso sentir, as competências de mero armazenamento de informações legislativas.

eternas” que não dependem dos fatos, mas sim de definições. Eis o paradigma que nos prende ao racionalismo.

O núcleo da nova concepção do direito pressupõe ao jurista as competências para o exercício da hermenêutica constitucional com alternativa ao já ultrapassado positivismo jurídico. Para tanto, é preciso que o ensino jurídico seja capaz de desenvolver habilidades e competências para a prática argumentativa, cada vez mais exigida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Assim sendo, não se pode tratar o direito, ramo das ciências sociais aplicadas, da mesma forma que se trata a matemática, por exemplo, cujas verdades claras e distintas não dependem de interpretação por serem exatas.

Outro empecilho ao emprego da hermenêutica (sobretudo a constitucional) remonta à teoria da separação dos poderes que, para alguns juristas, somente se mantém incólume a partir da concepção de um Poder Judiciário subordinado, sem a menor parcela volitiva, que acaba por fazer do juiz, na visão “clássica” do processo, um mero reprodutor das palavras da lei (Montesquieu). Nesse sentido, “[...] os juízes continuam cultivando uma ideia anacrônica de si mesmos, como depositários de conhecimentos eminentemente técnico-jurídicos válidos enquanto tais, alijando-se assim das expectativas que a sociedade põe nesses sem receber resposta” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 148).

Ressalta-se ainda que “a ideia de perfeição do direito criado, que se oculta sob essa conduta, foi denunciada por Agnes Heller ao mostrar o *pathos* tirânico, conseqüentemente antidemocrático, desse modo que compreender o Direito”. O direito “perfeito” elimina qualquer tentativa de questionamento. É o direito do tirano na medida em que a submissão do juiz à letra fria da lei (ao legislador) decorria, então, de uma premissa lançada por Thomas Hobbes, pai do positivismo moderno, pela qual “a missão do juiz era dar aplicação ao que o legislador dissera ser direito, sendo-lhe indiferente a ideia de justiça” (SILVA, 2006, P. 93)

O ensino jurídico liberal, marcadamente acrítico e “asséptico”, próprio positivismo jurídico, ainda se mostra refratário ao novo paradigma estabelecido pelo Constitucionalismo contemporâneo, “e a ausência de compreensão adequada do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais”. (STRECK, 2009)

O emprego da hermenêutica constitucional de cunho filosófico representa um marco: a libertação da reprodução acrítica própria do positivismo jurídico e o afastamento do igualmente indesejável subjetivismo do jurista (o qual, igualmente nocivo, substitui a vontade do legislador pela “vontade do juiz”). Representa a verdadeira produção democrática do direito, que não mais se detém à mera aplicação da lei, mas também não se sujeita à discricionariedade dos juízes para a discussão dos casos difíceis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa bibliográfica realizada evidencia a dificuldade para se produzir conhecimento no curso de Direito. Fica clara a realidade de um ensino jurídico mais voltado à transmissão do saber do que a construção do mesmo.

A mudança é necessária para que ocorra um ensino jurídico desejável, que busque a criação e não a reprodução de conhecimento. O ensino jurídico que temos continua sob a égide da educação liberal, sendo demasiado distante da realidade, não tendente à reflexão e pesquisa, pilares de um ensino progressista construtor de conhecimento.

A necessidade da mudança de paradigma do ensino liberal é destacada também nas leis que dizem respeito ao conteúdo mínimo do curso de Direito. Destacamos a portaria nº 1886, homologada em 30 de Dezembro de 1994, que trouxe avanços quando estipulou o fato de ser obrigatório o trabalho no final de curso, momento este talvez único que garanta o contato com a pesquisa. Já a Resolução nº 9, homologada em 23 de Setembro de 2004, complementa o ideal

de que o ensino jurídico deve estar ligado à pesquisa para melhor alcançar a sua finalidade.

## **BIBLIOGRAFIA**

AGUIAR, Roberto A.R. A contemporaneidade e o Perfil do advogado. In: **OAB ENSINO JURÍDICO**, Brasília, s.e., 1996, p.129-142.

ARAUJO. D. A. de C. (Org.). **PESQUISA EM EDUCAÇÃO: inclusão, história e política**. Campo Grande-MS,: UCDB, 2008.

BALZAN, N.C. Indissociabilidade ensino-pesquisa como princípio metodológico. In VEIGA, I.P.A. e CASTANHO, M.E.L.M. (Orgs.). **Pedagogia universitária**. Aula em foco. Campinas: Papirus, 2000.

BRASIL. *Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre educação geral. São Paulo: Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino, 1997  
BRASIL. **Parecer nº 55. Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito**. 18 fev. 2004. Relatores: José Carlos Almeida da Silva e Lauro Ribas Zimmer. In: Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior, Brasília –DF, 2004.

FERREIRA, V. H.A.. **Ensino Jurídico**: as dimensões entre as perspectivas e possibilidades de um modelo em transição e a trajetória para a (re) construção de um novo cenário. Jus Navegandi. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6552>. Acesso em 10 ago 2005.

GASPAROTO, J.W; NASCIMENTO,L.M.B. O direito e o delineamento científico. In: **ANAIS DO XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI 2005**, Marília, 2005, p. 1035-1040.

GOMES. Alfredo Macedo. **Política de Avaliação da Educação Superior: controle e massificação**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12933.pdf>> Acesso em 24.02.2011.

GRIGOLI, J.A.G. Repensando a Didática Universitária: Apontamentos para a construção de uma prática pedagógica transformadora. In **A sala de aula na universidade na visão de seus alunos - um estudo sobre a prática pedagógica na universidade**. São Paulo, PUC, 1990, cap.III, p.63-81.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Crise e Reforma do Ensino Jurídico. In: **Ensino Jurídico OAB: Diagnóstico, Perspectivas e Propostas**. Brasília –D.F: Conselho Federal da OAB, 1996.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Disponível em: <http://www.inep.gov.br>. Acessado em 16/02/2011 e <http://www.abmes.org.br/Publicacoes/Jornal/84pag02.htm>.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusões**. Rio de Janeiro: IDES: Letra Capital, 1998.

MACHADO, Antonio Alberto Machado. **Ensino Jurídico e mudança social**. São Paulo: Atlas, 2009.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico**. 3ª tirag. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUSA JÚNIOR, J. G. Ensino Jurídico: Pesquisa e Interdisciplinaridade. In: **OAB ENSINO JURÍDICO**, Brasília, s.e., 1996, p.89-100.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Porto Alegre: UNISINOS. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>>. Acesso em: 14 de mar. 2018.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às nossas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 08.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise do Direito, mudança de paradigma e ensino jurídico crítico. In: **OAB Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

# DIREITOS HUMANOS E A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS SURDAS

Mariane Della Coletta Savioli Garzotti De Araujo<sup>1</sup>

Raquel Rosan Christino Gitahy<sup>2</sup>

Adriana Aparecida de Lima Terçariol<sup>3</sup>

## Introdução

A Educação das pessoas surdas sofreu várias mudanças objetivando obter junto aos Direito e a sociedade bases para a realização da perspectiva inclusiva. Foram séculos de luta que culminaram em um processo de incorporação de mudanças, ano a ano, criação de uma base crítica envolvendo a luta de educadores e toda a comunidade.

Nas linhas abaixo retratamos a trajetória desta luta, que continua nos dias atuais a fim de que a educação inclusiva das pessoas surdas torne-se uma realidade e o respeito a língua

---

<sup>1</sup> Mestre em Educação. Docente de Atendimento Educacional Especializado na Prefeitura Municipal de Araçatuba e da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Birigui Fateb. E-mail: mariane.aee@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Educação. Bacharel em Direito. Pedagoga. Avaliadora de cursos de Direito e Pedagogia do Mec-Inep. Docente da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e da Universidade do Oeste Paulista. Líder do grupo de Estudos e Pesquisas em Educação, Currículo e Tecnologias. Pesquisadora da Rede internacional ESTRADO. E-mail: raquelgitahy.rg@gmail.com

<sup>3</sup> Pós-Doutoranda na Universidade Aberta - Portugal junto ao Departamento de Educação e Ensino a Distância. Doutora em Educação e Currículo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre e Pedagoga pela Faculdade de Ciências e Tecnologia Unesp/Campus de Presidente Prudente/SP. Docente no Curso de Pedagogia (Presencial/Distância) e Programas de Pós-Graduação: em Educação, vinculados à Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP). Líder do Grupo de Pesquisa em Educação, Tecnologias e Cultura Digital – GRUPETeCD. E-mail: atercariol@gmail.com

brasileira de sinais como a língua oficial dos mesmos esteja sempre presente.

## **A luta pelo direito humano a educação das pessoas surdas**

O desenvolvimento da educação das pessoas surdas deu-se mediante a ocorrência de marcos históricos, tanto na área dos direitos das pessoas com deficiências, quanto aos direitos das pessoas com surdez, que avançaram e retrocederam-se, em torno das concepções oralistas e gestualistas.

Diante dos fatos históricos, as legislações sofreram mudanças. Assim as pessoas surdas, deixam de ser consideradas como deficientes intelectuais, e passam a exigir acesso à educação, a informação e aos seus direitos individuais e fundamentais.

Pode-se observar tais mudanças, através da legislação do Brasil e do mundo. Os artigos 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, afirmam:

### *Artigo 1º*

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

### *Artigo 2º*

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

(BRASIL, 1948, p. 2-3).

Nestes dois artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 1948), tais direitos referem-se a todos, e quando é dito "Todo ser humano tem capacidade de gozar os

direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, política ou de outra natureza”, aqui estamos também impondo os direitos da pessoa surda em estarem incluídas, usufruindo os mesmos direitos e garantias humanas que qualquer outro indivíduo possa ter.

Mesmo havendo leis que garantam os direitos das pessoas com deficiência, incluindo aqui os surdos, pouco foi colocado em prática, e apenas no século XX, surgiu uma lei que assegurasse os direitos específicos das pessoas com surdez.

Após o ano de 1948, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é que em nosso país, passou-se a organizar uma política, uma legislação que orientasse a educação de pessoas com necessidades educacionais especiais.

Na década de 60, associações de pessoas com deficiências e em alguns casos, seus familiares, se organizam e iniciam um movimento de crítica e não aceitação da segregação. Surgem atitudes de investimento em escolas especiais e serviços especializados e mais tarde, classes especiais dentro de escolas comuns. Teóricos defendem o princípio da normalização, ou seja, as pessoas diferentes deveriam se assemelhar à maioria para poder participar dos espaços sociais. As instituições especializadas dedicavam-se à reabilitação das pessoas deficientes, para garantir sua posterior inserção social. (RODRIGUES, p. 35, 2005)

O atendimento de pessoas com deficiências foi previsto na lei nº 4.024 de 1961, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que em seu artigo 88 do Título X, tratou da educação de pessoas excepcionais, dizendo que devesse enquadrá-las no sistema geral de educação com intuito de integrá-las. Em seu artigo 89, da mesma Lei, afirma-se que “toda iniciativa privada considerada eficiente pelos conselhos estaduais de educação, e relativa à educação de pessoas excepcionais, deverá receber tratamento especial por meio de bolsas de estudos, empréstimos e subvenções dos poderes públicos”.

O decreto Lei nº 1.044/69, traz o regime de educação especial aos alunos com deficiências:

Art. 1º. São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados, [...].

A Lei nº 5.692 de 1971, trata das condições especiais, entretanto, não determinou como deveria acontecer o ensino dos alunos com necessidades especiais, e assim, motivou cada vez mais a matrícula destes alunos nas escolas especiais ao invés de determinar como o sistema de ensino deveria incluí-lo nas escolas regulares.

Com a criação do Centro Nacional de Educação Especial, em 1973, o Ministério da Educação, o MEC, passa a orientar como deve ser organizado e realizado o atendimento educacional de alunos com deficiência, entretanto, sem realizar a inclusão destes alunos nas escolas regulares, agindo de forma assistencial e apenas integrando-os na sociedade.

Somente com a Constituição Federal de 1988, pode ser garantido em seus artigos 3º, bem como nos artigos 205, 206 e 208, que a educação deve ser um direito de todos e de igual permanência, devendo ser ofertado em toda a rede pública de ensino, o atendimento educacional especializado.

Rodrigues (2005), dá destaque a Lei 7.853, de 29 de outubro de 1989, como sendo a Lei responsável pela criação da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), que é o atual órgão do Ministério da Justiça, subordinado à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Estabelece também as competências da CORDE, ou seja, as competências que tratam, segundo Rodrigues (2005, p. 54), “[...] dos direitos das pessoas com deficiência aos serviços públicos das áreas da saúde, da educação, dos recursos humanos e também em relação às normas das edificações públicas, para facilitar o acesso e remover barreiras à acessibilidade.”

Com a publicação da Política Nacional de Educação Especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069 de 1990 reforça o que diz os artigos 205, 206 e 208 da Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 55, e obriga os pais ou responsáveis a matricularem seus filhos na rede regular de ensino.

Também no ano de 1990, aconteceram outros movimentos, com o intuito de assegurar a inclusão de pessoas com deficiências no sistema educacional.

Em 1990, na Tailândia, na cidade de Jomtien, teve lugar a Conferência Mundial sobre Educação para Todos. Nesta ocasião, mais de 1500 pessoas, representantes de diversos países, de organizações não-governamentais e especialistas em educação discutiram a situação da educação básica em suas localidades. (RODRIGUES, 2005, p. 38).

No artigo 1º, da Declaração Mundial de educação para Todos, vê-se assegurado o direito de ter satisfeita as necessidades básicas de aprendizagem dos alunos com necessidades especiais, assim:

1. Cada pessoa - criança, jovem ou adulto - deve estar em condições de aproveitar as oportunidades educativas voltadas para satisfazer suas necessidades básicas de aprendizagem. [...] A amplitude das necessidades básicas de aprendizagem e a maneira de satisfazê-las variam segundo cada país e cada cultura, e, inevitavelmente, mudam com o decorrer do tempo. (BRASIL, 1990).

Castro e Carvalho (2013), destacam a Lei nº 8.160 de 8 de janeiro de 1991, corresponde a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas, na época chamadas de “portadoras” de deficiência auditiva. Importante observar o Art. 1º desta lei e analisa-la.

Art. 1º É obrigatória à colocação, de forma visível do “Símbolo Internacional de Surdez” em todos os locais que possibilitem acesso, circulação e utilização por pessoas portadoras de deficiência auditiva, e em todos os serviços que forem postos à sua disposição ou que possibilitem o seu uso. (CASTRO e CARVALHO, 2013, p.49).

Interessante analisar, que essa Lei, embora traga um símbolo importante para elencar locais de auxílio e que possibilitem acessibilidade comunicacional aos indivíduos surdos, em seu texto, quando aparece, , “[...]em todos os locais que possibilitem acesso, circulação e utilização por pessoas portadoras de deficiência auditiva” (CASTRO E CARVALHO, 2013, p. 49), traz uma duplicidade de entendimento, pois ao analisá-lo aparenta salientar que o deficiente auditivo pode somente circular onde houver o referido símbolo. Assim, o texto da lei representou um teor de segregação e exclusão social às pessoas com surdez.

Acontece em 1994 a Declaração Mundial de Salamanca, segundo BRASIL (2005), que assegura e determina quais são os objetivos da educação na perspectiva da inclusão.

Com o objetivo de promover a Educação para Todos, realizou-se outra Conferência Mundial na Espanha, na cidade de Salamanca, em junho de 1994: a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade. O foco dessa reunião foi retomar as discussões a respeito da necessidade de capacitar as escolas para receber todos os alunos, especialmente os que têm necessidades educativas especiais. Assim, a educação especial passa a fazer parte efetiva da estrutura da “educação para todos” (RODRIGUES, 2005, p. 40).

Isso pode ser verificado em seus artigos abaixo relacionados: Artigo 2º, que confirma o direito dos deficientes e dos responsáveis deste à escolha da melhor forma de educação para seus filhos:

2. [...]. Qualquer pessoa portadora de deficiência tem o direito de expressar seus desejos com relação à sua educação, tanto quanto estes possam ser realizados. Pais possuem o direito inerente de serem consultados sobre a forma de educação mais apropriada às necessidades, circunstâncias e aspirações de suas crianças. (BRASIL, 1994).

Já o artigo 3º da Declaração Mundial de Salamanca, que garante que as escolas devem acomodar e dar a toda e qualquer criança com necessidades educacionais especiais, um ensino de qualidade e bem-sucedido:

3.O princípio que orienta esta Estrutura é o de que escolas deveriam acomodar todas as crianças independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, lingüísticas ou outras. Aquelas deveriam incluir crianças deficientes e superdotadas, crianças de rua e que trabalham, crianças de origem remota ou de população nômade, crianças pertencentes a minorias lingüísticas, étnicas ou culturais, e crianças de outros grupos desvantajados ou marginalizados. Tais condições geram uma variedade de diferentes desafios aos sistemas escolares. [...] Escolas devem buscar formas de educar tais crianças bem sucedidamente, incluindo aquelas que possuam desvantagens severas. Existe um consenso emergente de que crianças e jovens com necessidades educacionais especiais devam ser incluídas em arranjos educacionais feitos para a maioria das crianças. Isto levou ao conceito de escola inclusiva. O desafio que confronta a escola inclusiva é no que diz respeito ao desenvolvimento de uma pedagogia centrada na criança e capaz de bem sucedidamente educar todas as crianças, incluindo aquelas que possuam desvantagens severa. (BRASIL, 1994).

Outras Leis também começam a partir destas a serem criadas com o objetivo de assegurar uma educação inclusiva de qualidade, e que caminhe com os avanços da educação.

Surge a LDB, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/96, art. 24 – inciso V, art. 37 e 59, assegurando que o sistema regular de ensino, deva atender a esses alunos dando-lhes acesso ao currículo, recursos, métodos e organizando-os cada qual as suas necessidades. (BRASIL, 2010, p. 13).

O Decreto nº 3.298/99, que regula a Lei 7.853/89, a respeito da política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, que determina que a educação especial perpassa todos os níveis de modalidade do ensino. (BRASIL, 2010, p. 13).

O PNE, que é a Lei nº 10.172/2001, que estabeleceu os objetivos e metas para os sistemas de ensino, a fim de favorecer o atendimento das necessidades educacionais especiais dos alunos. (BRASIL, 2010, p. 14).

Surge o Decreto nº 3.956/2001, segundo BRASIL (2010), que decorre da Convenção de Guatemala, que realiza uma nova releitura da educação de pessoas com necessidades educacionais especiais, para a eliminação das barreiras de acesso à escolarização destas pessoas.

O Brasil é, portanto, signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Deficiente, celebrada em Guatemala, e esse documento foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001, e promulgado pelo Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. E de acordo com Fávero, Pantoja e Montoan, sobre a Convenção de Guatemala:

[...], no Brasil, ele tem tanto valor quanto uma lei ordinária, ou até mesmo (de acordo com o entendimento de alguns juristas) como norma constitucional, já que se refere a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, estando acima de leis, resoluções e decretos. (FÁVERO, PANTOJA e MONTOAN, 2007, p. 29).

Também no ano de 2001, de acordo com Rodrigues (2005), é elaborada a Resolução CNE/CEB Nº 2, de 11 de setembro de 2001, que institui as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, apresentando normas para os sistemas de ensino relativos ao atendimento dos alunos com necessidades educacionais especiais.

Após estudos envolvendo representantes de diversos estados do país, e tendo como base também muitos documentos, dentre eles os “Referenciais para a Educação Especial”, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação elaborou o texto das Diretrizes Nacionais que propõe a política pública educacional de inclusão das pessoas com necessidades especiais. (RODRIGUES, 2005, p. 60).

Em 2002 tem-se a Resolução CNE/CP nº 1, que segundo MEC/SEE (2010), propõe que

[...] as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, define que as instituições de ensino superior devem prever, em sua organização curricular, formação docente voltada para a atenção à diversidade e que contemple conhecimentos sobre as especificidades dos alunos com necessidades educacionais especiais. (BRASIL, 2010, p. 14).

Algumas leis e decretos, no Brasil, tem a função de garantir aos surdos, uma educação adequada em classes regulares, onde é valorizada a sua língua materna, ou seja, a Língua Brasileira de Sinais, e as leis mais importantes são:

A Lei Federal nº 10.436 de 24 de abril de 2002, que reconhece a LIBRAS como meio legal de comunicação e expressão, com sistema linguístico de natureza visual-motora e com gramática própria, sendo seu uso oriundo das comunidades surdas, ganhando respaldo do poder público, assim como concessionárias de serviços públicos, apoiando a difusão da Língua brasileira de Sinais como meio de comunicação das comunidades surdas em nosso país.

Nesta época, segundo Honora e Frizanco (2010), pode-se observar o reconhecimento da Libras, e o início do movimento dos surdos para a oficialização dessa língua em nosso país:

A conquista do reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais (Libras) também deveu-se à Lei de Acessibilidade nº 10.098 de 2000, que estabeleceu a garantia de acesso para as pessoas. Nessa ocasião, começou o movimento dos surdos exigindo que a Lei de Libras fosse oficializada no Brasil.

A Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (Feneis), instituição sem fins lucrativos que luta pelos direitos dos surdos, havia solicitado a oficialização da Libras desde 1987 – que finalmente aconteceu em 2002, com a Lei nº 10.436. (HONORA e FRIZANCO, 2010, p. 7).

Surge, neste mesmo período, a Portaria do MEC nº 2.678/02, que aprova as diretrizes para o uso, ensino, produção e difusão do sistema de Braille em todas as modalidades de ensino.

No ano seguinte, em 2003, acontece a implementação pelo MEC do Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade. Esse programa visa:

Em 2003, é implementado pelo MEC o Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade, com vistas a apoiar a transformação dos sistemas de ensino em sistemas educacionais inclusivos, promovendo um amplo processo de formação de gestores e educadores nos municípios brasileiros para a garantia do direito de acesso de todos à escolarização, à oferta do

atendimento educacional especializado e à garantia da acessibilidade. (BRASIL, 2010, p. 15).

Afirma, BRASIL (2010), que o Ministério Público Federal, no ano de 2004, publica o documento “O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular”, intuindo disseminar os conceitos e diretrizes mundiais para a inclusão, reafirmando o direito e os benefícios da escolarização de alunos com e sem deficiência nas turmas das escolas regulares e do ensino regular.

Para organizar a promoção de acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida e a inclusão da Libras como disciplina curricular e o ensino da Língua Portuguesa na modalidade escrita, como segunda língua para as pessoas surdas, são acrescentados pelos decretos nº 5.296/04 e o nº 5.626/05.

Impulsionando a inclusão educacional e social, o Decreto nº 5.296/04 regulamentou as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00, estabelecendo normas e critérios para a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Nesse contexto, o Programa Brasil Acessível, do Ministério das Cidades, é desenvolvido com o objetivo de promover a acessibilidade urbana e apoiar ações que garantam o acesso universal aos espaços públicos.

O Decreto nº 5.626/05, que regulamenta a Lei nº 10.436/2002, visando ao acesso à escola dos alunos surdos, dispõe sobre a inclusão da Libras como disciplina curricular, a formação e a certificação de professor, instrutor e tradutor/intérprete de Libras, o ensino da Língua Portuguesa como segunda língua para alunos surdos e a organização da educação bilíngüe no ensino regular. (BRASIL, 2010, p.15).

Em 2006, surge, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela ONU, que visa assegurar um sistema de educação inclusiva em todos os níveis de ensino. Abaixo citamos o art. 24 desta convenção

a) As pessoas com deficiências não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam

excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem (Art.24).

Foi lançado, segundo BRASIL (2010), no ano de 2007, o Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE, tendo como eixos a formação de professores para a educação especial, a implantação de salas de recursos multifuncionais, a acessibilidade arquitetônica o acesso e a permanência das pessoas com deficiências na educação superior.

No mesmo ano, foi elaborado, segundo BRASIL (2010), a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, que é um documento elaborado pela Portaria Ministerial nº555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 9 de outubro de 2007, que que traz em seu texto:

[...] Nesta perspectiva, o Ministério da Educação/Secretaria de Educação Especial apresenta a *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*, que acompanha os avanços do conhecimento e das lutas sociais, visando constituir políticas públicas promotoras de uma educação de qualidade para todos os alunos. (BRASIL, 2007, p. 1).

Por fim, o Estatuto da Pessoa com deficiência de 2015, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania em todas as instancias da sociedade.

### **Considerações nunca finais...**

A partir dos documentos apresentados neste capítulo, são implementados e desenvolvidos sistemas de ensino que buscam condições de atender com qualidade as necessidades educacionais especiais dos alunos numa perspectiva da educação inclusiva.

No que tange aos direitos linguísticos das pessoas surdas e seu acesso à educação muito ainda deve ser feito de forma que as leis atuais possam ser cumpridas. As instituições de ensino regulares, devem proporcionar recursos linguísticos e acessíveis para que o surdo seja capaz de se desenvolver com autonomia, estando preparado para enfrentar os desafios da sociedade.

O fato da Língua Brasileira de Sinais, a Libras ser reconhecida como meio legal de comunicação e expressão de pessoas com surdez, de forma que sejam garantidos, seu uso e sua difusão, além da sua inclusão curricular como disciplina, nos cursos de formação de professores e fonoaudiologia, garantida pela Lei nº 10.436/2002, bem como, pelo Decreto nº 5.626/05 que regulamenta a Lei anterior. (BRASIL, 2010), foi uma considerável conquista!

A escola, assim como toda a sociedade, deve buscar as adaptações e os recursos, chamados de tecnologia assistiva, que garantam o acesso do aluno com deficiência, em todos os espaços, assim como, em toda e qualquer atividade escolar, por meio de recursos, de adequações e por meio da orientação de profissionais competentes.

Não queremos apenas a integração das pessoas e sim a inclusão, o que pressupõe a possibilidade de autonomia e participação na sociedade!

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. LDB 4024, de 20 de dezembro de 1961. Brasília: ME, 1961.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. LDB 5.692, de 11 de agosto de 1971. Brasília: ME, 1971.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Especial. **Lei Nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Brasília: ME, 1989.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: ME, 1990.

\_\_\_\_\_. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos: plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem**, Jomtiem/Tailândia: UNESCO, 1990.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre as necessidades educativas especiais**: Brasília: MEC/SEESP, 1994.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. LDB 9.394, 20 de dezembro de 1996.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria da de Educação Especial. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Parâmetros Curriculares Nacionais: Adaptações Curriculares**. Brasília, MEC/SEF/SEESP, 1999.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria da de Educação Especial. **Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica**. Brasília: MEC/SEESP, 2.001.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001**.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Guatemala: 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria da de Educação Especial. **Portaria Nº 2.678, de 24 de setembro de 2002**.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras e dá outras providências. Brasília, 24 de abril de 2002; 181º da Independência e 114º da República, 2002.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria da de Educação Especial. **Decreto nº 5.296 de 02 de dezembro de 2004.**

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.** Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. 184º da Independência e 117º da República. Brasília, 22 de dezembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **Saberes e Práticas da Inclusão** – Desenvolvendo Competências para o Atendimento às Necessidades Educacionais Especiais de Alunos Surdos. Brasília: MEC/ SEESP, 2005.

\_\_\_\_\_. Comitê Nacional de Educação. Secretaria de Educação Especial. **Direito à educação:** subsídios para a e gestão dos sistemas educacionais- orientações gerais e marcos legais. Brasília: MEC/SEEP, 2006.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação e do Desporto. Secretaria da Educação Especial. **Política Nacional de Educação na Perspectiva da Educação Inclusiva.** Brasília, DF, 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Marcos Político-Legais da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva** / Secretaria de Educação Especial. Brasília: Secretaria de Educação Especial, - 2010.

CASTRO, A. R. de; CARVALHO, I. S. de. **Comunicação por Língua Brasileira de Sinais:** Livro Básico. Brasília: Senac, 2013.

FÁVERO, E. A. G; PANTOJA, L. M. P.; MONTOAN, M. T. E. **Atendimento educacional especializado, aspectos legais e orientações pedagógicas.** São Paulo: MEC/SEESP, 2007.

HONORA, M.; FRIZANCO, M. L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais.** São Paulo: Ciranda Cultural, 2010.

RODRIGUES, S. M.. **Educação Inclusiva:** das Políticas Públicas às Percepções Docentes. Belo Horizonte: Faculdade de Educação – UFMG, 2005.

# ESTRATÉGIAS DE CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DO MIGRANTE: Nova Lei de Migração

Ana Carla Sanches Lopes Ferraz<sup>1</sup>

Claudia Karina Ladeia Batista<sup>2</sup>

Etiene Maria Bosco Breviglieri<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

A proposta que se pretende discutir envolve as Estratégias de concretização de políticas públicas para a efetivação da dignidade do migrante, com relação à Nova Lei de Migração. Assim, se faz necessário criar ferramentas para a viabilização de políticas públicas voltadas ao migrante, uma vez que a nova Lei de migração (Lei 13.445/2017) estabelece direitos e deveres do

---

<sup>1</sup> Mestre pela Universidade de Marília (UNIVEM), Área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança social. E-mail: anaferraz.adv@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE-Instituição Toledo de Ensino), Mestre em Direito – Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito (UNITOLEDO), Especialista em Direito Civil e processual Civil (UNORP). Professora do Curso de graduação em Direito e Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com.

<sup>3</sup> Pós Doutora em Direito pela Università degli studi di Messina (Itália), Doutora em Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Mestre em Direito pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (Franca), Mestre em Teoria da Literatura pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (São José do Rio Preto), Especialista em Direito do Consumidor (UNIRP) e Didática do Ensino Básico e Superior (UNORP), Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: etiene10@hotmail.com.

migrante e do visitante, bem como princípios e diretrizes de políticas públicas ao emigrante.

Destaca-se que a nova lei de migração desconstitui a definição do estrangeiro como “não nacional”, preconizada outrora no Estatuto dos Estrangeiros, Lei 6.815/80, outrora fundada no princípio da segurança nacional e na base ideológica de consignação e manutenção do governo ditatorial implantado à época, aquém dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e preceitos constitucionais.

A Nova Lei, em seu artigo 1º, procura destacar de forma individualizada quem são os estrangeiros amparados pela legislação, regulando direitos e deveres, bem como a entrada e saída do país. Assim, o *imigrante* é a pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; o *emigrante*, o brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior; o *residente fronteiriço*, a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho, o *visitante* a pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional e o *apátrida* a pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado.

Isto posto, é fundamental delimitar que a proposta de formulação de estratégias para a viabilização de políticas públicas voltadas ao migrante é necessária e urgente, dado seu caráter social de amparo à dignidade das pessoas, e sendo o “migrante” o termo universal usado para referir-se à toda pessoa que se encontre em mobilidade espacial e referenciadas no artigo 1º da Lei de Migração.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Dentre os pesquisadores da área, o entendimento mais corrente é que toda mobilidade espacial é migração, sendo que as internacionais seriam entendidas como emigração (o movimento de saída) e imigração (o movimento de chegada). Mas, conforme veremos adiante, em discussões feitas por Abdelmalek Sayad,

A política imigratória do Brasil atualmente é orientada pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que desde o início de sua vigência vem sendo alvo de críticas no país vez por ofender os princípios basilares do Estado de Direito e a dignidade humana preconizados na Constituição Federal de 1988 bem como os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Há muitos anos a sociedade brasileira, representada pelos movimentos em prol de imigrantes que atuam nessa pauta, mostrava a necessidade da revogação do Estatuto do Estrangeiro e a necessidade de criação de uma nova lei que tratasse os imigrantes com igualdade e não como uma ameaça ao País.

A intensificação do fluxo migratório de haitianos no Brasil, especialmente a partir de 2011, chamou a atenção do Governo e sociedade para significativos problemas jurídicos e estruturais relativos à imigração, intensificando o argumento de que a Lei 6.815/80 se mostra ultrapassada e inadequada em relação à nova realidade dos movimentos migratórios.

A Lei 13.445/2017 foi proposta por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS 288/2013), do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), para substituir o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/1980) e após amplos debates e discursos jurídicos, o texto fora sancionado e entrou em vigor a partir de 21 de novembro de 2017, com uma proposta que compatibiliza uma nova política migratória brasileira e os preceitos Constitucionais fundamentais.

A Nova Lei de Migração dispõe sobre “os direitos e deveres do migrante e do visitante, regula sua entrada e estada no País e

---

dentre outros, em toda perspectiva migratória não se deve deixar de lado a partida e o lugar deixado; a chegada e o lugar que agora está, enfim, a emigração e a imigração, já que os dois movimentos são inerentes e fazem parte do devir político e social que fazem parte das questões que podemos destacar acerca da reflexão sobre migração. É pertinente a contribuição de BEAUJEU-GARNIER (1971), que analisa as diferentes formas de pensar emigração e imigração num complexo que reflete não só a necessidade, mas o papel psicológico como causa e consequência da migração.

estabelece princípios e diretrizes para políticas públicas para o emigrante”, e traz ainda como princípio que rege a política migratória brasileira a “não criminalização da migração” (artigo 3º, III) e afirma que ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, em oposição à tendência moderna observada principalmente na Europa e Estados Unidos, atualmente (AMARAL, 2017, p.208-228).

Outras mudanças significativas fazem parte do novo texto, como a possibilidade de cooperação jurídica entre países com relação à proteção aos apátridas, asilados e brasileiros no exterior. A legislação também contempla migrantes que vêm ao Brasil para tratamentos de saúde e o caso dos menores desacompanhados. Determina ainda a existência de um visto temporário específico para o migrante em situação de acolhida humanitária, para pessoas que precisam fugir dos países de origem e que não se enquadram na lei do refúgio; o que demonstra uma política acolhedora do Estado e torna a acolhida humanitária um princípio da política migratória brasileira.

Com relação ao caráter democrático, a nova Lei acaba com a proibição de participação de atividade de natureza política, pois garante ao imigrante o direito de associação a reuniões políticas e sindicatos, desde que para fins pacíficos, reproduzindo um tratamento igualitário às pessoas que escolhem o Brasil para viver.

A partir de agora o Estado impõe à sociedade a obrigação de respeitar o direito de imigrar legitimando direitos e deveres, e propõe a realização de políticas públicas ao emigrante. No entanto, quais as estratégias de viabilização efetiva dessas políticas para adequação dessa nova realidade?

## **1. Os deslocamentos migratórios em todo mundo**

O conceito de “migração” acima referido apesar de receber novas roupagens em diferentes legislações não se trata de prática humana inovadora. Os deslocamentos migratórios da população

ocorreram desde o início da história da humanidade com trânsito de pessoas entre diferentes países, estados, regiões, em virtude de conflitos armados, perseguições sociais, étnicas ou religiosas, fatores econômicos, culturais ou políticos e atualmente impulsionados pela globalização e desenvolvimento tecnológico que desencadeiam a internacionalização e novas formas de fluxos migratórios. Há ainda aqueles que se deslocam por motivos econômicos, em razão do aumento populacional e do aumento nos índices de desemprego e até pela fome, resultante de crises econômicas.

Os conflitos bélicos tiveram grande influência nas maiores ondas migratória na história moderna. Segundo Ramos (2010), após a 1ª Guerra Mundial, a situação dos imigrantes fora agravada pelo desaparecimento do Império Austro-húngaro, transformando milhões de pessoas em minorias apátridas, sujeitas a perseguições.

Com o início da Guerra Fria, ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), houve o chamado processo de “nova redefinição da geopolítica mundial”, resultado de uma luta ideológica, política e econômica entre Estados Unidos e União Soviética, na qual milhares de pessoas se deslocaram, sem nacionalidade, em busca de outros territórios para fixação, ainda que temporária (MOREIRA, 2017). Neste contexto, o número de apátridas e refugiados aumentou muito, principalmente pela ascensão do nazismo na Alemanha, fase marcada pela desnacionalização dos judeus.

Mais recentemente podemos destacar o Terremoto no Haiti, Ilha localizada na América Central, na região do Caribe e que arruinou uma sociedade já marcada por conflitos políticos e economia frágil, bem como a Guerra Civil na Síria, em 2011, que engendra a maior crise de refugiados da história da humanidade (ONU, 2017). Por fim, a situação política econômica na Venezuela também gerou um fluxo migratório para o Brasil, especialmente em regiões fronteiriças que já é um problema social e humanitário.

No Brasil, os primeiros movimentos migratórios, antes mesmo da chegada dos europeus para a colonização das Américas, aconteceram entre os povos indígenas e as civilizações pré-colombianas. Mais tarde, o recebimento dos imigrantes portugueses e espanhóis marcaram o início das permutas culturais, materiais e econômicas. Ainda no âmbito da colonização foram realizadas as chamadas “migrações forçadas” de negros oriundos do continente africano para a mão de obra escrava (TEIXEIRA, 2012).

Após a Independência, os movimentos migratórios se intensificaram com a vinda dos imigrantes para trabalharem nas lavouras cafeeiras em especial com o fim da Primeira Guerra em âmbito mundial e com o fim da escravidão (TEIXEIRA, 2012).

Houve também no Brasil as migrações internas, chamadas de inter-regionais, intensificadas após 1934 em razão da busca por trabalho nas grandes indústrias que atraíam especialmente os nordestinos e pessoas provindas de regiões mais pobres e de clima mais árido no Brasil em busca de melhores condições de vida. Cabe destacar também o êxodo-rural decorrente da modernização do campo, industrialização e urbanização brasileira.

## **2. A trajetória da política migratória no Brasil**

A legislação brasileira sofreu grandes transformações no decorrer da história no que tange à legitimação de promover políticas de amparo ao migrante. Foram várias as interpretações do termo “estrangeiro”<sup>5</sup> no decorrer de nossas Constituições que retrataram os movimentos migratórios por estas terras. Passamos pela fase em que o estrangeiro era visto como inimigo do Estado; pelo estrangeiro que no período do Brasil Colônia era reconhecido

---

<sup>5</sup> André de Carvalho Ramos explica que estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra. Por exclusão, então, a doutrina tradicionalmente define o estrangeiro como sendo o não-nacional, quer tenha outra nacionalidade, ou seja, apátrida.

como imigrante e fator de desenvolvimento e riqueza. Na primeira Constituição republicana passamos pelo controle discriminatório e pela xenofobia que culminou a com a “Lei dos Indesejáveis” que vedava a entrada de prostitutas, pessoas portadoras de deficiências física e mental, idosos e estabelecia condições para a expulsão de estrangeiros considerados ativistas políticos.

Numa fase posterior, em pleno regime militar houve a Edição da Lei 6.815/80, ainda vigente, com base na doutrina da segurança imposta pelo regime, o imigrante representava uma ameaça à ordem interna nacional e proíbe assim o exercício de atividade política, garantindo o direito de associação somente para fins culturais, religiosos e desportivos.

Com o decorrer do tempo, já na fase de redemocratização do Brasil a liberdade de ingresso ao país foi recuperada, manifestando ideais de igualdade entre brasileiros e estrangeiros e a inviolabilidade e direito de todos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi garantida expressamente ao brasileiro e ao estrangeiro residente, “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (artigo 5º, *caput*). Cabe ressaltar que atualmente é pacífica na doutrina a extensão dos direitos fundamentais a todos os estrangeiros, não apenas ao residente no Brasil, uma vez que ofende ao princípio da dignidade humana. (RAMOS, 2010)

Ainda, a Constituição Brasileira reconheceu os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, já ratificados pelo Brasil, estendendo a todos, estrangeiros residentes ou não, a titularidade dos direitos fundamentais. Com a universalização dos direitos humanos consagrados na Carta das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, todos os direitos humanos passaram a ser reconhecidos e implementados conforme suas previsões nos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Assim, a perspectiva de proteção desses direitos pressupõe a compreensão do conceito de

universalidade, que não está vinculada e nem é sinônimo de nacionalidade.

Atualmente, verifica-se que o Brasil também sofre os reflexos de conflitos oriundos aos movimentos migratórios, como as catástrofes naturais e conflitos violentos ocorridos recentemente ao redor do mundo ao receber os imigrantes em busca de melhores condições de vida, ofertas de emprego, segurança e uma vida digna.

Alguns acontecimentos mais recentes advindos de conflitos armados sinalizaram a trajetória de migração, como a Guerra no Iraque, os conflitos no Oriente Médio, as tensões entre as comunidades muçulmanas na Europa, bem como o 11 de setembro nos Estados Unidos, marcando assim a era dos deslocamentos humanos em contraposição à xenofobia e ao racismo. Podemos destacar os imigrantes sul-americanos, principalmente bolivianos, africanos, chineses, coreanos que adentram o país, todos os anos, em busca de melhores condições de vida.

Com relação aos movimentos migratórios causados por desastres naturais, estes provocados por mudanças climáticas, onde os riscos advêm de maremotos, terremotos, ciclones tropicais, entre outros, produzem mais deslocamentos humanos do que o gerado por guerras e conflitos.

A causa desses movimentos migratórios está muito mais relacionada com a vulnerabilidade das pessoas do que com a destruição física do ambiente em si, uma vez que seus efeitos transcendem a estrutura física, gerando consequências econômicas e sociais estarrecedoras e, por sua vez, impulsionando os deslocamentos. Em pesquisa realizada por Marina Mattar (2012), apesar da grande potência do terremoto do Chile, o desastre deixou cerca de 800 mortos e 2 milhões de pessoas desalojadas. Já o terremoto no Haiti, que já passava por uma grande crise econômica e social, resultou em mais de 200 mil mortes e 2,3 milhões de pessoas deslocadas, entre outros exemplos podemos citar o furacão Katrina em agosto de 2005 que deslocou cerca de 1,5 milhão de

pessoas, as inundações no Paquistão, em 2010, e na Tailândia, em 2011 e o terremoto seguido de tsunami no Japão, em 2011.

No Brasil, podemos citar fenômenos naturais que provocaram movimentos migratórios importantes como o deslizamento causado pelas intensas chuvas em Angra dos Reis (RJ), em 2009 e mais recentemente, a tragédia no Rio Doce em Mariana (MG) em 2015 que provocou o pior acidente da mineração brasileira após o rompimento de uma barragem. O "tsunami" de lama, como ficou conhecido, destruiu distritos e casas, deixou moradores desabrigados e matou 19 pessoas. As consequências do acidente ainda não foram totalmente dimensionadas, mas atribuiu ao fator "sobrevivência" a justificativa que levou ao maior deslocamento regional da história do Brasil. (UOL NOTÍCIAS, 2016)

Em ambos os casos, sejam os deslocamentos humanos causados por conflitos armados ou por fatores ambientais ocorre um abandono involuntário do local de origem, com consequências importantes, como bem explicou Elizabeth A. Fernandes (2014), especificando também além do deslocamento humano a "experiência dramática e dolorosa" de que psicologicamente sofrem as suas vítimas. Lembra a autora que ao se deslocar, o indivíduo perde suas referências culturais, de sua própria identidade e até, em certos casos, um distanciamento de sua expressão e manifestação em sua língua materna.

Várias são as entidades brasileiras e internacionais que trabalham atualmente em prol da acolhida e amparo aos imigrantes e refugiados, independentemente de amparo legislativo.

A Cáritas Brasileira – Organização da CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, ligada a uma rede internacional de assistência, com Unidades em São Paulo e Rio de Janeiro promovem campanhas de solidariedade para apoio à criação de novos centros de acolhida, promoção de direitos humanos, criação de uma rede católica destinada a formar, integrar, fomentar o acolhimento, a proteção legal e a integração local de imigrantes em todo o Brasil e outros países, através da Caritas Internacional.

Importante destacar que a Arquidiocese de Campo Grande MS, através da Pastoral do Migrante, realiza um trabalho interessante de pesquisa quantitativa dos fluxos migratórios internos no Estado do Mato Grosso do Sul, prestando um serviço relevante de acolhida e apoio aos imigrantes que se deslocam por regiões e países em busca de trabalho, moradia e educação.

A ADUS (Instituto de Reintegração do Refugiado) é outra entidade que apoia os refugiados que vivem em São Paulo, promovendo ações que despertam a discussão e assistência aos migrantes por meio de feiras, palestras, conjuntamente com alguns parceiros da sociedade como empresas, entidades e a ACNUR – Órgão das Nações Unidas para o acolhimento de refugiados. As doações recebidas são direcionadas para programas sociais do mundo todo.

Existem outros Projetos solidários como a Missão de Paz – Projeto dos Missionários de São Carlos e o Instituto de Migrações e Direitos Humanos de Brasília, todos voltados à campanhas de solidariedade e acolhida de refugiados e imigrantes no Brasil (REVISTA EXAME, 2017).

Assim, verifica-se que o país passou por mudanças profundas no que se refere à conscientização da necessidade de amparo às pessoas que adentram ao território brasileiro, demonstrada por meio da organização de sociedades, empresas, entidades religiosas que buscam criar mecanismos de regulação, amparo e interação dessas pessoas na sociedade, independente de legislação específica para tanto. O momento que se inicia é um marco na história jurídica e social do país já que a legislação migratória finalmente adequa-se à Constituição Federal e aos preceitos de Tratados Internacionais, fazendo com que os movimentos migratórios passem de “perigo ao Estado” para uma força transformadora da sociedade.

Essa visão constitucionalista visa assegurar direitos fundamentais que são violados nos casos de deslocamentos forçados e que há tempos são vislumbrados por autores como Hannah Arendt nas palavras de Caçado Trindade (TRINDADE, 2008) a medida que as conforme o autor, as migrações e

deslocamentos forçados causam muitos dramas. Cançado cita ainda Simone Weil que já afirmava em meados do século XX, ‘ter raízes talvez seja a necessidade mais importante e menos reconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis a definir’. E por afirma ainda que Hannah Arendt sublinhava os sofrimentos dos desarraigamentos (perda de domicílio e dos hábitos diários, perda de emprego e de préstimo perante os outros, perda da língua materna como expressão espontânea dos sentimentos) além da ilusão de esquecer o passado.

Em julho de 1997 foi promulgada a Lei de Refúgio (nº 9.474/97) que trouxe uma definição ampliada de refugiado estabelecida previamente na Declaração de Cartagena de 1984, que considera a “violação generalizada de direitos humanos” como uma das causas de reconhecimento da condição de refugiado. Em maio de 2002, o país ratificou a Convenção das Nações Unidas de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e ainda em 2014, o Estado sediou o “Comigrar – Cartagena + 30”<sup>6</sup> com o intuito de estabelecer uma Política Nacional para Imigrantes e Refugiados no Brasil servindo para o reconhecimento de soluções consideradas duradouras, adequadas e sustentáveis para a população de refugiados, quais sejam, a repatriação voluntária, a integração local e a mobilidade laboral (REDIN, 2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrada então a mudança profunda de comportamentos e ações em prol da conscientização de amparo às pessoas vítimas de deslocamentos, a partir da nova Lei, o Estado legitima direitos e deveres e propõe a realização de políticas públicas ao emigrante.

---

<sup>6</sup> BRASIL. **Cartagena +30**. Processo comemorativo do trigésimo aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Declaração e Plano de Ação do Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/cartagena30/pt.br/declaração+planodeaçãodobrasil>>. Acesso em: 21 de setembro de 2017.

Tem-se então consagrada a vontade Estatal de promover ações em prol da regulação e efetivação de políticas concretas e objetivas que realmente resolvam os problemas relacionados aos deslocamentos humanos. No entanto, o desafio da regulação migratória no Brasil transcende os mecanismos de reconhecimento de direitos e aprovação legislativa, quando se depara com uma sociedade marcada pelo preconceito e segregação. Assim, quais seriam as melhores estratégias de viabilização efetiva dessas políticas para adequação dessa nova realidade?

Os imigrantes e refugiados que chegam ao Brasil se deparam com uma vulnerabilidade no acolhimento, uma vez que o Estado não tem estrutura para abrigá-los e o racismo difuso da sociedade torna dificultosos os processos de locações de imóveis pela burocracia e falta de documentos. Muitas vezes se sujeitam ao trabalho degradante em mineradoras no interior dos Estados em troca de moradias, chamadas de “alojamentos”, mas que se parecem mais com senzalas.

Nas grandes cidades também são muitos os obstáculos encontrados pelos refugiados ao serem absorvidos no mercado de trabalho, haja vista o contexto econômico atual e a dificuldade com a língua. Com relação à saúde pública, atenção básica e saúde mental, há uma falta de informação e preparo adequado do próprio sistema de saúde, como enfermeiros e médicos quanto às especificidades da questão migratória e seus direitos. A chegada de imigrantes e refugiados ao Brasil costuma ser marcada por uma série de violações a seus direitos, que incluem a exploração sexual, trabalho degradante e condições precárias de vida.

Necessário se faz agora, após a implementação da Nova Lei, a criação de políticas públicas em nível Federal harmonizadas com os Estados e Municípios a fim de contemplar as necessidades humanas desde o acolhimento, sua inserção social e econômica com propostas que possam facilitar a conexão com diferentes culturas e principalmente a redução das desigualdades e exploração humana.

As políticas públicas necessárias para efetivação de direitos fundamentais do migrante no Brasil devem ser implantadas de maneira horizontal, sem levar em conta as diferenças culturais e políticas dos diferentes grupos migratórios. A nova Lei de Migração deve refletir um avanço na implementação de Direitos humanos no Brasil, em especial por salvaguardar direitos fundamentais do migrante.

Esta responsabilidade estatal compartilhada demanda o apoio, além dos entes federativos, sociedade em geral e organizações internacionais, pela articulação e harmonização em prol de ações não apenas de acolhimento dessas pessoas, mas principalmente de permanência no País, a fim de que possam contribuir com o desenvolvimento nacional, considerando os aspectos legais, sociais e humanitários.

A nova lei de Migração inaugura um marco jurídico no Brasil iniciando uma nova trajetória de direitos pautados na cooperação, solidariedade e dignidade do indivíduo, deixando bem distante o discurso de outrora, baseado na xenofobia e viciado em preceitos de segurança nacional.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Paula Martins Amaral; COSTA, Luiz Rosado. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração. **Revista Justiça do Direito**, v.31, n.2, 2017, p. 208-228. Disponível em: <<http://ser.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147/4340>>. Acesso em: 17 de setembro de 2017.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 508-509.

ARENT, Hannah. **A condição humana**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEAUJEU-GARNIER, Jaqueline. **Geografia de população**. São Paulo: Editora Nacional e Editora da USP, 1971.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 13 set 2017.

BRASIL. **Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)> Acesso em 15 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O desarraigamento e a proteção dos migrantes no direito internacional dos direitos do homem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná**, v.47, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. Ed. Coimbra, Almedina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

GUERRA, Sidney (org). **Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo**. Ijuí: Injuí, 2006.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. **Desafios: Ética e Política**. São Paulo: Siciliano, 1995.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MOREIRA, Julia Bertino. **O acolhimento dos refugiados no Brasil: políticas, frentes de atuação e atores envolvidos**. Campinas: NEPO/ UNICAMP, 2007.

ONU. **Cinco anos de conflito na Síria: crise de refugiados e deslocados clama por solidariedade**. Nações Unidas, 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cinco-anos-de-conflito-na-siria-crise-de-refugiados-e-deslocados-clama-por-solidariedade/>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

PAIVA, Odair da Cruz. **Histórias da (I) migração: imigrantes e migrantes em São Paulo entre o final do século XIX e o início do século XXI**. São Paulo: Arquivo Público do Estado, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da globalização**. São Paulo: Artmed, 2010. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

TEIXEIRA, Paulo Eduardo; BRAGA, Antonio Mendes da Costa; BAENINGER, Rosana (Orgs). **Migrações: implicações passadas, presentes e futuras**, 2012. Disponível em: < [https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/migracoes2\\_ebook.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/migracoes2_ebook.pdf)>. Acesso em: 17 de abril de 2017.



## RAÇA: Marcador Social da Diferença e Marco Jurídico Antidiscriminatório

Tiago Vinicius André dos Santos<sup>1</sup>

*Convém distinguir entre a “raça”, fato biológico, e o “mito da raça”. Na realidade, a “raça” é menos um fenômeno biológico do que um mito social. Esse mito tem feito um mal enorme no plano social e moral; ainda há pouco, custou inúmeras vidas e causou sofrimentos incalculáveis. Tem impedido o desenvolvimento normal de milhões de seres humanos e privado a civilização da colaboração efetiva de espíritos criadores. (...)*

(Declaração de Especialistas sobre as Questões de Raça da UNESCO de 20 de julho de 1950, art. 14)

### 1 - Introdução

Sabemos que existe muita polêmica no meio acadêmico e na própria sociedade brasileira quanto ao uso do termo raça. Alguns intelectuais são contrários a políticas públicas com recorte racial<sup>2</sup>, sejam elas na área da saúde, educação ou segurança pública, e utilizam, como argumento, a negação da existência de raças humanas e a crença de que o antirracismo seria suficiente para a eliminação do racismo. Outros rejeitam esta expressão e adotam o termo etnia como o mais adequado para discutir as relações entre negros e brancos no Brasil. Muitos deles consideram que os antecedentes históricos e acadêmicos do conceito de raça o comprometem, pois, o termo está ligado à ideia de dominação

---

<sup>1</sup> Professor colaborador da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul e Doutor em Direito, área de concentração em Direitos Humanos, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> São as chamadas ações afirmativas, conceituadas de acordo com o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) como *programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades* (art.1º, VI).

político-cultural e à antropologia física, enquanto o conceito de etnia aproxima-se mais da ideia de cultura.

Por outro lado, há aqueles que advogam pela utilização da expressão raça para se referirem aos diversos processos discriminatórios por que passa a população negra, pois, entendem que se trata de uma expressão conectada ao seu contexto político, histórico e social e não morfológico. Este trabalho tem como objetivo, portanto, discorrer sobre raça enquanto marcador social da diferença e sua relação com os marcos jurídicos antidiscriminatórios. Para alcançarmos o objetivo da proposta o texto foi dividido em duas seções. A primeira procura estabelecer os parâmetros do debate sobre raça no Brasil entre antirracistas e antirracistas para depois, uma vez constatada a superação da concepção biológica de raça compreendê-la enquanto um marcador social da diferença. Posteriormente, a concepção histórica, política e social é analisada de maneira a compreender como este marcador social da diferença informa a normatividade jurídica. Por fim, uma vez que a proteção do direito fundamental à igualdade racial decorre de um aparato normativo, previsto na Constituição brasileira, na sua correspondente legislação infraconstitucional, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos analisa-se a pertinência de raça nos marcos jurídicos antidiscriminatórios.

## **2 – Raça enquanto marcador social da diferença**

### **2.1 – O debate entre antirracistas e antirracistas**

Bobbio entende por preconceito uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão. Elas são aceitas com tanta força que resiste a qualquer refutação feita com base em argumentos racionais (2002, p. 103). É com base nesta definição de preconceito que o autor alerta para a necessidade de

cautela no combate aos preconceitos, pois, muitas vezes combatemos um preconceito com outro preconceito. Rejeita-se uma opinião errônea com outra opinião equivocada assumida com pretensões científicas. É o caso, por exemplo, quando afirmamos não haver hostilidade entre grupos raciais, pois, se não existem grupos diversos que possam ser chamados de raças em sua acepção biológica, não haverá conflitos raciais (BOBBIO, 2002, p. 122).

Poderíamos concluir, a partir da leitura de Bobbio, que a crença no antirracismo seria uma maneira equivocada de lidar com o racismo. Contudo, no que consiste o antirracismo? Antes de responder a pergunta convém compreender o seu oposto, o racismo. O racismo, teoria pretensamente científica, defende que os seres humanos são divididos por raças, tendo como base para esta divisão, características físicas e a estas são somadas características morais, psicológicas e individuais. A partir das características físicas, caracterizadas por particularidades morfológicas, tais como cor de pele, forma do nariz, textura do cabelo e forma craniana, os adeptos do racismo deduzem características psicológicas, intelectuais e morais e assim criam uma hierarquia entre os seres humanos na qual uns são superiores e outros inferiores. Estas doutrinas científicas serviram de base para justificar diferenças de tratamento e de estatuto social para os diversos grupos étnicos presentes nas sociedades ocidentais americanas, e conduziram, quase sempre, a um racismo perverso e desumano, e às vezes genocidas (GUIMARÃES, 2009, p. 62). O antirracismo, portanto, advoga pela desconstrução dessa hierarquia por meio da negação da existência de raças. Para o antirracista, por outro lado, a constatação da inexistência de grupos divididos em raças, em sua concepção biológica, não é o bastante para a eliminação de uma crença que hierarquiza os seres humanos a partir de suas características físicas e as associa às qualidades psicológicas, morais, intelectuais e culturais de um determinado grupo.

Como observa o professor de antropologia Kabengele Munanga, o conceito de raça, tal como o empregamos hoje, *nada tem de biológico*. É um conceito carregado de ideologia, pois, assim como

todas as ideologias, esconde uma coisa não proclamada: a relação de poder e de dominação. Se na cabeça de um geneticista contemporâneo ou de um biólogo molecular não existem raças, no imaginário e na representação coletiva de diversas populações contemporâneas existem ainda raças fictícias e outras construídas a partir das diferenças fenotípicas como a cor da pele e outros critérios morfológicos. É a partir dessas raças fictícias ou “raças sociais” que se produzem e se mantêm os racismos populares. Raça é um conceito justificado em sua realidade social e política; por este motivo, para o autor, deve ser considerada como uma construção sociológica e uma categoria de dominação e exclusão (2000, p. 22-23).

Este entendimento também está em consonância com o Direito. A *Declaração de Especialistas sobre as Questões de Raça* percebe pela inexistência de raças em sua acepção biológica, no entanto é clara ao afirmar que *para todos os fins sociais práticos a “raça” é muito mais um mito social que um fenômeno biológico* (art. 14). O antropólogo francês Lévi-Strauss, que desempenhou relevante papel na elaboração desta Declaração fez um questionamento muito apropriado a respeito do tema. Quando escreveu *Raça e História*<sup>3</sup> (1952), seu intuito era oferecer um argumento capaz de remediar um grave problema da doutrina antirracista da UNESCO que buscava combater a ideia do racismo com base na negação da existência de raças. *Qual era a vantagem de se estabelecer que nenhum dado biológico confirmava a ideia da desigualdade entre ‘raças’, se era permitido que a crença na desigualdade em sua dimensão cultural [e eu*

---

<sup>3</sup> Depois do desastre causado pelo Nazismo, uma das prioridades da UNESCO foi deslegitimar a ideologia da desigualdade entre as raças. A entidade buscou, então, promover as ideias que haviam sido anteriormente contestadas pelo Nazismo: a unidade da humanidade, a natureza arbitrária das classificações raciais, a igualdade dos seres humanos, a ausência de quaisquer efeitos perversos da miscigenação e o instinto de cooperação como propriedade essencial dos seres humanos. Essa era a principal mensagem da primeira declaração da UNESCO sobre raça (1950). Seguindo esse texto, vários panfletos de interesse geral foram rapidamente publicados, concebidos pela Divisão da UNESCO para o Estudo da Raça como instrumentos de uma "ofensiva educacional". A contribuição de Lévi-Strauss foi com sua obra *Raça e História*.

*diria social*], [...] *permanecesse intacta*?<sup>4</sup> Strauss afirmava pela não existência das raças biológicas; para ele, a espécie humana não poderia ser classificada a partir de critérios científicos, pois, raça não tem existência real. Contudo, possui existência nominal, efetiva e eficaz no mundo social e é esta raça, mito social, do qual decorre o racismo, a qual o direito destina sua atenção.

Uma vez constatado pela ciência a inoperabilidade científica do conceito de raça, percebe-se uma resistência muito grande por parte de alguns intelectuais em discutir as discriminações por que passa a população negra a partir da variável raça. O professor Guimarães vai além da constatação de Bobbio, a qual fizemos alusão no início desta seção. Para ele a redução do antirracismo (combate a discriminação racial) ao antirracismo (negação da existência de raças biológicas) e sua utilização para negar os fatos de discriminação e as desigualdades raciais não é apenas um preconceito, constitui em verdade uma forma de racismo na medida em que ao negar a existência de uma discriminação racial, justificam-se as desigualdades existentes (2009, p. 43). Como já colocado, não é simplesmente negando a diferença, isto é, a raça, que a ideologia do racismo – que sustenta sua forma institucional e estrutural como veremos - desaparecerá.

De acordo com Guimarães, a ideia de raça apenas pode ser dispensada no mundo social quando as hierarquias sociais não mais corresponderem a marcadores raciais, isto é, somente poderá ser eliminada da análise do problema quando o problema deixar de existir (2002, p. 50-51). Para este professor, o racismo denota três dimensões: uma concepção de raças biológicas (racialismo); uma atitude moral em tratar de modo diferente membros de diferentes raças; e uma posição estrutural de desigualdade social entre as raças. Neste sentido, a negação da existência de raças, pode subsistir, *pari passu*, com o tratamento discriminatório e com a reprodução da desigualdade social entre as raças (2002, p. 65-66). A consideração da raça, o racialismo, não

---

<sup>4</sup>STOCZKOWSKI, Wiktor. Claude Lévi-Strauss e a UNESCO. *Correio da UNESCO*. n. 05, 2008. Disponível em: . Acesso em 10 de outubro de 2010.

implica necessariamente racismo (discriminação racial) e, antirracismo não implica antirracismo (2009, p. 43).

Como explica Munanga, o maior problema não está na classificação racial em si (racialismo), pois, se os naturalistas dos séculos XVIII e XIX tivessem limitado seus trabalhos somente à classificação dos grupos humanos em função das características físicas eles não teriam certamente causado nenhum problema à humanidade. No entanto, desde o início estabeleceram uma escala de valores entre as raças de modo a erigir uma relação intrínseca entre o biológico (cor da pele, traços morfológicos) e as qualidades psicológicas, morais, intelectuais e culturais. Assim, os indivíduos da raça “branca” foram decretados coletivamente superiores ao da raça “negra” e “amarela” em função de suas características físicas hereditárias, tais como a cor clara da pele, o formato do crânio (dolicocefalia), a forma dos lábios, do nariz, do queixo entre outras que segundo pensavam, os tornavam mais bonitos, mais inteligentes, mais honestos, mais inventivos e conseqüentemente, mais aptos a dirigir e dominar as outras raças, principalmente a negra, a mais escura de todas, considerada por isso, como a mais estúpida, mais emocional, menos honesta, menos inteligente e, portanto, a mais sujeita à escravidão e a todas as formas de dominação (2002, p. 21-22).

Esta classificação deu origem a uma teoria pseudocientífica – a raciologia – que ganhou muito espaço no século XX e gradativamente começou a sair dos círculos intelectuais e acadêmicos para se difundir no tecido social das populações ocidentais dominantes e acabou por caracterizar, no Brasil, um racismo de cor.<sup>5</sup> A postura antirracista no combate ao racismo torna-se insuficiente para desconstruir o aporte ideológico

---

<sup>5</sup> De acordo com o Prof. Kabengele apesar da máscara científica, a raciologia tinha um conteúdo mais doutrinário do que científico, pois, seu discurso serviu mais para justificar e legitimar os sistemas de dominação racial do que como explicação da variabilidade humana. *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia*, p. 22.

hierarquizador e conseqüentemente excludente construído pelo pensamento biologicista. Por esse motivo, torna-se difícil imaginar um modo de lutar contra uma discriminação sem lhe dar esta realidade social. Se não for a “raça”, a que atribuir as discriminações que somente se tornam inteligíveis pela ideia de “raça”? (GIMARÃES, p. 2009, p. 27-29). Essa concepção social de raça informa o direito na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua aceitação a tratados internacionais de direitos humanos que repudiam a discriminação racial e o racismo, passando por sua Constituição até as leis infraconstitucionais, contemplam raça como marcador social importante para a punição da discriminação racial, para a iniciativa de políticas educacionais de combate ao racismo e, ainda, de políticas públicas para a promoção da igualdade racial.

## **2.2– Raça: concepção histórica, política e social que informa a normatividade jurídica**

Diversos instrumentos normativos utilizam a expressão raça quando buscam, por meio de legislações punitivas, promocionais e educacionais, combater a discriminação contra os negros. Quando a Constituição elege como objetivo fundamental de nosso Estado promover o bem de todos, sem preconceito de raça, é por que reconhece a existência de um problema estrutural em nossa sociedade, o racismo. Quando o Estatuto da Igualdade Racial estabelece a adoção, pelo Estado, de medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra, é por que reconhece, por exemplo, o racismo institucional na segurança pública.

É a partir desta realidade social que ambos os instrumentos normativos, bem como a Lei 7.716/1989<sup>6</sup>, o Decreto 7.037/2009 –

---

<sup>6</sup> Esta lei define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Estabelece o seu art. 1º que *serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

Plano Nacional de Direitos Humanos – III<sup>7</sup>, e as Leis 10.639/03 e 11.645/08<sup>8</sup>, utilizam referida expressão para combater um fenômeno social presente na nossa sociedade, qual seja, o racismo de cor. Sobre esta peculiaridade do racismo à brasileira, que associa raça e cor, recorremos novamente a Guimarães. Para ele a análise da categoria cor, no Brasil, nos leva à conclusão, sem grande dificuldade, de que a classificação das pessoas por cor é orientada pela ideia de raça, ou seja, a classificação das pessoas por cor é orientada por um discurso sobre qualidades, atitudes e essências transmitidas por sangue, que remontam a uma origem ancestral comum uma das “subespécies humanas”. Esta constatação foi possível, segundo o autor, a partir dos estudos realizados por antropólogos dos anos 1940, 1950 e 1960 que documentaram fartamente este fato. Nesse sentido, cor não seria uma categoria objetiva, mas sim uma categoria racial, pois, quando se classificam as pessoas como negros, mulatos ou pardos é a ideia de raça que orienta essa forma de classificação (2008, p. 76-77).

Não por acaso o Estatuto da Igualdade Racial destina-se primordialmente a população negra (art. 1º), conceituada como um *conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o*

---

<sup>7</sup> Decreto provado em 21 de dezembro de 2009. O Plano Nacional de Direitos Humanos, PNDH - III (e os extintos PNDH – I, aprovado pelo Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996 e o PNDH – II, aprovado pelo Decreto n. 4.229, de 13 de maio de 2002) atendem a uma recomendação da Declaração e Programa de Ação de Viena (cujo Comitê de Redação, aliás, foi presidido pelo Brasil) para que os Estados formulassem e implementassem Programas e Planos Nacionais de Direitos Humanos. Por meio deles atribui-se aos direitos humanos o status de política pública governamental.

<sup>8</sup> Estabelecem a obrigatoriedade do ensino de História e Cultura Afro-brasileira e indígena em todas as escolas públicas e particulares do país. A sanção dessas duas normas se soma à luta histórica do Movimento Negro junto ao processo de construção da nossa Constituição Federal de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Trata-se de uma nova legislação que busca a superação da discriminação racial, no meio educacional, a partir da intervenção positiva do Estado, isto é, por meio de políticas de reparações, e de reconhecimento e valorização da história, cultura e identidade da população negra

*quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga (art. 1º, IV). Muito embora referida lei se destine a igualdade racial, como seu próprio nome evidencia, seus destinatários principais são identificados por sua cor, a população de cor negra. Stuart Haal é mais claro, para ele as diferenças genéticas (escondidas nas estruturas dos genes) são “materializadas” e podem ser “lidas” nos significantes corporais visíveis e facilmente reconhecíveis, tais como a cor da pele (2003, p. 70). Trata-se em verdade, do reconhecimento de que o racismo brasileiro contra os negros é, de fato, um racismo de cor, restrito ao fenótipo e não na ascendência.*

A concepção biológica do vocábulo raça está afastada; contudo, ela ainda persiste enquanto fenômeno social, o que significa dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito e de políticas públicas de combate à discriminação; é essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social, e não biológica, que inspira o objetivo fundamental do Estado brasileiro em promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza.<sup>9</sup>

Nesse sentido, quando nos referimos ao racismo, ou seja, ao comportamento humano cujo substrato básico ideológico tem por premissa a hierarquia existente entre determinados grupos de pessoas, queremos dizer que *a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Deste pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.* Foi este o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso Siegfried Ellwanger, o qual rejeita a divisão racial em sua concepção biológica, mas a reconhece enquanto construção social (BRASIL, 2013). O mesmo ocorreu quando do julgamento pela constitucionalidade do critério racial

---

<sup>9</sup> Constituição Federal. Art. 3º - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

para ações afirmativas, segundo o STF uma metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos do Estado brasileiro (BRASIL, 2012).

Como esclarece a Professora Nilma Lino Gomes, quando se discute a situação do negro na sociedade brasileira, raça é ainda o termo mais adotado pelos sujeitos sociais. É também o que consegue se aproximar da real dimensão do racismo presente na sociedade brasileira. É com base nesta definição histórico-político-social que o direito delineia um compromisso de combate a discriminação. Dessa forma, quando falam em raça, os instrumentos normativos que delineiam o compromisso de combate à discriminação não o fazem mais alicerçados na ideia de purismo racial tampouco de supremacia racial. Ao contrário, usam essa categoria com uma nova interpretação, baseados em uma reapropriação social e política, construída pelos próprios negros (2001, p. 86).

### **3 - Raça enquanto marco jurídico antidiscriminatório: sua pertinência na legislação de combate ao racismo e de promoção à igualdade racial**

A proteção do direito fundamental à igualdade étnico-racial decorre de um aparato normativo, previsto na Constituição brasileira, na sua correspondente legislação infraconstitucional, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos. Nossa análise sobre a evolução histórico-normativa levará em consideração a legislação infraconstitucional, procurando identificar quais modalidades de discriminação que estas legislações procuravam combater, ou seja, se a discriminação racial em sua modalidade direta ou indireta.

A primeira lei de combate ao racismo, a Lei 1.930/51 (Lei Afonso Arinos), surgiu mais de 60 anos após a Abolição da escravidão. De iniciativa do jurista Afonso Arinos de Melo Franco, na época

deputado federal pelo estado de Minas Gerais, foi recebida euforicamente em todos os meios políticos e intelectuais do país. Recebeu elogios nas duas casas parlamentares, pois, o Brasil, finalmente, tomava iniciativa contra a discriminação racial. Era considerada contravenção penal “a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor” e em 1985 a “Lei Caó” (Lei 7.437/1985) incluiu, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito não somente de raça ou de cor, mas também, de sexo, de estado civil, dando nova redação à Lei 1.930/51.

A professora Eunice Prudente, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizou um trabalho pioneiro, no início da década de 1980, em que defendia uma ação positiva do Estado para a extinção ou minimização da desigualdade entre brancos e negros. A ação do Estado deveria ser pautada por meio da realização de uma ampla reforma dos setores educacionais e, subsidiariamente, a elevação da prática da discriminação racial como crime contra a pessoa. A professora argumentava que a discriminação racial ofende interesses e bens da pessoa humana; bens que dizem respeito ao direito à vida, à integridade física, ao desenvolvimento e, uma vez que ofende os direitos humanos, é crime contra a pessoa, não se podendo punir o infrator como mera contravenção penal - também chamado de “delito-anão”, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma penal não é relevante (1980, p. 241 e 244).

Logo depois desse estudo e cem anos após a Abolição da escravidão, em 12 de janeiro de 1988, o Deputado Carlos Alberto Caó apresentava, perante a Assembleia Nacional Constituinte, emenda aditiva ao Projeto de Constituição, segundo a qual a prática do racismo seria transformada em crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

A Constituição Federal de 1988 determina, a partir de então e de forma inovadora, como crime inafiançável, a prática do racismo. De acordo com o seu art. 5º, inciso XLI, *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*, e acrescenta ainda, no

inciso, XLII, que a prática de *racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

Fruto de um projeto de lei (Projeto de Lei n. 668, de 1988) também do Deputado Carlos Alberto Caó, surgiu a Lei 7.716/89 que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Com essa lei, afirmava durante o plenário da casa legislativa, seria possível que o Brasil saísse *do bloco dos países discriminadores, embora tenha vergonha de admitir a existência de tipo de discriminação em seu território, porque é cometido nas caladas da noite ou, sorrateiramente, nos balcões de lojas, hotéis ou gradouros públicos.*<sup>10</sup>

Posteriormente, a Lei 7.716/89 foi alterada pela Lei 8.081/90 para constar novo comportamento não tolerável pelo Direito, criminalizando-se a prática ou a incitação à discriminação pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza. A Lei 7.716/89 não contemplava a manifestação verbal do preconceito, o que veio a ocorrer apenas com a sua alteração por meio da Lei 9.459/97, e a injúria baseada em discriminação racial passou a ser crime, com previsão no art. 140, parágrafo 3º, do Código Penal. Assim, *se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, estará sujeito a pena de reclusão de um a três anos e multa.*<sup>11</sup>

O EIR novamente alterou a Lei 7.716/89 e acrescentou um parágrafo único ao art. 3º, para criminalizar a discriminação racial que obste a promoção funcional, e o parágrafo primeiro ao art. 4º, para criminalizar a discriminação no ambiente do trabalho.

Apesar de toda essa legislação protetiva, o racismo no Brasil não é ou é pouco criminalizado; nesse contexto, o Ministro Joaquim Barbosa, STF faz importante reflexão. Para ele, na órbita jurídica interna, além dos dispositivos constitucionais genéricos que proíbem

---

<sup>10</sup> Diário do Congresso Nacional, 12 de maio de 1988, p. 1700, *apud* SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 67

<sup>11</sup> A Lei 7.716/89 foi alterada por outras leis, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a Lei n. 8.882/94, Lei n. 9.029/95, entre outras.

a discriminação racial e criminalizam certos comportamentos discriminatórios, o Direito brasileiro se singulariza pela esdrúxula estratégia de pretender extinguir a discriminação racial e os seus efeitos mediante leis de conteúdo criminal. Ineficazes, segundo o autor, tais leis são muitas vezes objeto de deboche por parte de alguns operadores do Direito aos quais incumbiriam aplicá-las.<sup>12</sup> A crítica feita pelo eminente Ministro é importante na medida em que demonstra os limites do combate à discriminação quando realizado apenas sob a perspectiva da *discriminação direta*, o que não significa, evidentemente, serem tais leis desnecessárias no combate a discriminação, antes pelo contrário.

Quando o texto constitucional expressamente afirma que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*, trata-se de relevante conquista, na medida em que empresta uma força particular às reivindicações dos movimentos, que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas como Bobbio alerta, a positivação de direitos se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido (2004, p. 29).

No século XX, a legislação brasileira antirracista procurou atuar, segundo o professor Antônio Sérgio Guimarães, coibindo a doutrina racista e o preconceito racial em sua manifestação verbal e

---

<sup>12</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12-13, nota 13. O “Caso Simone Diniz”, ocorrido em São Paulo, é um exemplo emblemático dessa situação. Flagrantemente discriminada por ser negra, Simone não foi aceita para uma vaga em emprego doméstico. O Ministério Público paulista requereu o arquivamento do inquérito policial que investigava o caso, o que foi referendado pelo magistrado, extinguindo o feito. Insatisfeita com a decisão judicial, a vítima procura auxílio de um grupo de organizações não governamentais dedicadas à causa negra e ao Sistema Interamericano, a qual apresentou uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos humanos. Somente recorrendo aos organismos internacionais, este caso de racismo recebeu a devida atenção. O Brasil foi responsabilizado.

comportamental – a discriminação. Desse modo, os significados do termo *racismo* cobertos pela legislação brasileira, segundo o autor, são: (a) o preconceito racial, expresso verbalmente por meio de ofensas pessoais; (b) a discriminação racial, ou seja, o tratamento desigual de pessoas, nos mais diversos âmbitos da vida social, baseado na ideia de raça, restringindo o seu amplo e líquido direito constitucional e legal à isonomia de tratamento, e por fim, (c) a expressão doutrinária do racismo ou a incitação pública do preconceito (2004, p. 19).

Em outras palavras, nossa legislação previa três tipos de crimes: a formulação genérica da prática da discriminação racial previsto no art. 20, os casos específicos de discriminação racial previstos nos artigos 3º ao 13º, cuja narrativa dos crimes raciais basicamente se resume aos verbos e ao direito preterido (impedir ou obstar acesso, negar ou obstar emprego, negar ascensão funcional, etc.) e o tipo de injúria racial, uma forma qualificada de injúria, agravada em razão do elemento racial, previsto no art. 140, par. 3º do Código Penal.

O Brasil, a exemplo de outros países, elaborou um arcabouço legislativo de combate à discriminação contra o negro, pautado na crença de que o racismo resumia-se a condutas individuais ou a modelos de condutas legitimadas por políticas de Estado, a exemplo do *apartheid* na África do Sul, das castas na Índia, das leis segregacionistas nos EUA, do Estado nazista na Alemanha, entre outros.

Para que a discriminação possa ser considerada um crime formal, basta a ação configuradora de dano potencial e a vontade do agente para concretizá-la. Contudo, estudos realizados por pesquisadores das Ciências Sociais, bem como da área jurídica, demonstram a dificuldade do Poder Judiciário em identificar o dolo<sup>13</sup>, isto é, a intenção dos agentes que praticam as condutas descritas nessa legislação punitiva.

---

<sup>13</sup>Pela definição do código penal, o crime será doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, art. 18, I, CP. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt o dolo é constituído por dois elementos: um cognitivo, que é o conhecimento do fato constitutivo da ação típica; e um volitivo, que é a

Como afirma o ministro Joaquim Barbosa, esse tipo de manifestação discriminatória, em razão do requisito de intencionalidade que lhe é inerente, tem como consequência inexorável a imposição do ônus da prova à pessoa vítima de discriminação e o Direito Penal é precisamente a área em que as exigências probatórias são mais rigorosas. Em países como o Brasil, onde a discriminação é velada, dissimulada, não assumida, isso acaba colaborando para a estigmatização daquelas poucas pessoas que ousam desafiar o *status quo* e que se veem conseqüentemente isoladas e impotentes perante o aparelho estatal, que utiliza-se do argumento processual da ausência de prova para tornar sem efeito as raras iniciativas individuais voltadas ao combate das práticas discriminatórias e racistas (2001, p. 20-21).

É possível afirmar que, nesta última virada do século, houve uma mudança de paradigma com relação as legislações que combatem a discriminação racial. Se, no século passado, instituíam-se leis com o objetivo de punir atos individuais, encarados como uma falha moral, no século XXI busca-se uma nova orientação político-jurídica, não mais subordinada a lógica punitiva-repressiva. O enfoque passivo do direito à igualdade das primeiras legislações - orientado no sentido da contenção das disposições segregatórias e excludentes, da preservação da igualdade formal - não é abandonado, mas sim, redimensionado (SOUZA, 2011, p. 96 e 101). O foco da novel legislação antirracismo não é, como outrora, apenas a intenção do agente, mas sobretudo, a superação dos efeitos da ação discriminatória mantida por políticas supostamente neutras, destituída de qualquer elemento discriminatório, mas cujo impacto com relação a população negra reproduz e concretiza a ideologia do racismo.

As Leis 10.639 de 09 de janeiro de 2003 e 11.645 de 10 de março de 2008, que estabelecem a obrigatoriedade do ensino de História e

---

vontade de realiza-la. O primeiro elemento, o conhecimento, é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, p. 267.

Cultura Afro-brasileira e indígena em todas as escolas públicas e particulares do país, faz parte destas novas legislações. A sanção dessas duas normas se soma à luta histórica do Movimento Negro junto ao processo de construção da nossa Constituição Federal de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Trata-se de uma nova legislação que busca a superação da discriminação racial, no meio educacional, a partir da intervenção positiva do Estado, isto é, por meio de políticas de reparações, e de reconhecimento e valorização da história, cultura e identidade da população negra (BRASIL, 2005).

Muito embora não haja mais previsões legais, ou então, seja difícil a identificação de comportamentos discriminatórios de agentes da educação, que impeçam crianças negras de ter acesso a estabelecimentos educacionais de maneira igualitária<sup>14</sup>, é possível observar a “discriminação cultural” quando nos currículos escolares não são incluídos ou não se observa o aspecto cultural da História da África e dos africanos, ou elas são subavaliadas ou tratadas de forma pejorativa.<sup>15</sup> Trata-se, a obrigatoriedade de

---

<sup>14</sup> Uma nota histórica pertinente: o Decreto nº 1.331, de 17 de fevereiro de 1854, estabelecia que nas escolas públicas do país não seriam admitidos escravos, e a previsão de instrução para adultos negros dependia da disponibilidade de professores. O Decreto nº 7.031-A, de 6 de setembro de 1878, estabelecia que os negros só podiam estudar no período noturno e diversas estratégias foram montadas no sentido de impedir o acesso pleno dessa população aos bancos escolares.

<sup>15</sup> Um caso emblemático sobre esta questão foi o debate realizado em razão do Parecer CNE/CEB nº 15/2010, com orientações para que o material utilizado na Educação Básica se coadunasse com as políticas públicas para uma educação antirracista. De acordo com este parecer, a obra *Caçadas de Pedrinho* de Monteiro Lobato “a Coordenação-Geral de Material Didático e a Secretaria de Educação Básica do MEC deverão exigir da editora responsável pela publicação a inserção no texto de apresentação de uma nota explicativa e de esclarecimentos ao leitor sobre os estudos atuais e críticos que discutam a presença de estereótipos raciais na literatura. Esta providência deverá ser solicitada em relação ao livro *Caçadas de Pedrinho* e deverá ser extensiva a todas as obras literárias que se encontrem em situação semelhante.” No reexame deste parecer – Parecer CNE/CEB nº 6/2011 – concluiu-se que “a escolha do livro “*Caçadas de Pedrinho*”, dentre a vasta e importante obra literária de Monteiro Lobato, como parte integrante do

inclusão de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana nos currículos da Educação Básica, de uma decisão política, com fortes repercussões pedagógicas, inclusive na formação de professores. Com esta medida reconhece-se que, além de garantir vagas para negros nos bancos escolares, é preciso valorizar devidamente a história e cultura de seu povo, buscando reparar danos, que se repetem há cinco séculos, à sua identidade e a seus direitos.

Essa nova orientação das legislações antirracistas é percebida com maior clareza no Estatuto da Igualdade Racial, sancionado em 20 de julho de 2010, que se destina *a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate a discriminação e demais formas de intolerância étnica* (art. 1º).

Envolvendo vários atores sociais e vários interesses sociopolíticos, a discussão sobre o Estatuto da Igualdade Racial não

---

Programa Nacional Biblioteca da Escola segue a tradição de proporcionar aos estudantes e professores a leitura de obras consideradas clássicas da literatura infantil. Contudo, não se pode desconsiderar todo um conjunto de estudos e análises sobre a relação entre a literatura infantil e a ideologia, a presença de estereótipos raciais na literatura e a representação do negro na literatura infantil (Rosemberg, 1985; Sousa, 2001; Lima, 2005; Gouveia, 2005; Lajolo, 1998; Vasconcelos, 1982; entre outros), os quais vêm apontando como as obras literárias e seus autores são produtos do seu próprio tempo e, dessa forma, podem apresentar por meio da narrativa, das personagens e das ilustrações, representações e ideologias que, se não forem trabalhadas de maneira crítica pela escola e pelas políticas públicas, acabam por reforçar lugares de subalternização dos negros, índios, mulheres, pessoas com deficiência, dentre outros. Respectivamente os seguintes pareceres: GOMES, Nilma Lino. Orientações para que a Secretaria da Educação do Distrito Federal se abstenha de utilizar material que não se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista. Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional da Educação. 7p. Parecer nº 15/2010, apresentado a Presidência da República/Ouvidoria da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPP/PR). GOMES, Nilma Lino. Reexame do Parecer CNE/CEB nº 15/2010, com orientações para que material utilizado na Educação Básica se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista. Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional da Educação. 9 p. Parecer CNE/CEB nº 6/2011, apresentado a Ouvidoria da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPP/IR).

foi tranquila nem breve nas casas legislativas de acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). Ela levou uma década para ser “finalizada”: vai de 7 de junho de 2000 a 16 de junho de 2010. A pesquisa dividiu este decênio em dois períodos. O primeiro, que vai de 7 de junho de 2000 a 9 de novembro de 2005, tem uma trajetória em geral positiva de avanços e apoios parlamentares importantes ao projeto do Estatuto no Congresso Nacional, especialmente no que diz respeito ao apoio às suas propostas de ação afirmativa. O segundo quinquênio, que vai de dezembro de 2005 a 16 de junho de 2010, há uma trajetória inversa, ou seja, da retirada dessas propostas, ante a pressão incessante de cientistas sociais e parlamentares conservadores, assim como da chamada grande imprensa escrita e televisa (SANTOS; MORENO; BERTULIO, 2011, p. 7-8). A despeito da retirada de importantes propostas, dois temas foram exaustivamente discutidos, ainda segundo o estudo citado: o racismo e suas consequências virulentas para a população negra brasileira; as formas de combatê-lo ou minimizá-lo, quer por meio de políticas de ações punitivas, valorizativas e/ou de ações afirmativas. Todo esse processo de discussão no Congresso brasileiro fez que a questão racial fosse incluída na agenda política brasileira (SANTOS; MORENO; BERTULIO, 2011, p. 8)

A mudança de paradigma com relação as legislações antirracistas procuram levar em consideração – inclusive foi objeto de exaustiva discussão nas casas parlamentares segundo o estudo do INESC –, as consequências e/ou efeitos da discriminação racial com relação a população negra. Nesse sentido, as reflexões do pesquisador Douglas Martins de Souza apontam para concluir que *a discriminação racial* causa a desigualdade *racial* esta entendida como efeito. Para o autor, a vertente punitivo-repressiva do combate à discriminação deve ser duramente criticada, pois, embora procure atuar sobre a causa (a discriminação) não é autossuficiente para a eliminação da desigualdade.

É indiferente ao fato de que a desigualdade, como efeito da discriminação, pode mover-se em inércia, perdurando através dos tempos como peça estruturante da exclusão social a despeito da proscrição do racismo. Não acredita nos efeitos transgeracionais do racismo e trata a desigualdade racial como episódio histórico extinto, pertencente a um remoto passado sem se dar conta de sua metamorfose e função estruturante da desigualdade presente. Confundindo causa e efeito, supõe que a repressão jurídica do racismo (causa) por osmose faz desaparecer a desigualdade racial (efeito). Com isso cuida da causa e é indiferente ao efeito. Convive com o imaginário eurocêntrico construído desde sempre como referência-padrão e, ainda hoje, hegemônica nos espaços de direção do Estado, da academia, dos centros econômico-financeiros, entre outros, sem qualquer constrangimento com o fato de que isso ocorre numa sociedade multirracial com expressiva, senão majoritária, presença da população negra. Não tendo como tratar adequadamente a realidade da exclusão, naturaliza-a. (2011, p. 101)

De acordo com o art. 3º do EIR, além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto adota como *diretriz político-jurídica* a inclusão dos vitimizados pela desigualdade racial. Esta diretriz diz respeito à orientação institucional dos órgãos do Estado, incluído o Judiciário, as Universidades, o Ministério Público, a Defensoria Pública, entre outros, como determinação normativa para que, se atribua valor jurídico à promoção da igualdade mediante prestação positiva consistente na correção das assimetrias onde elas forem demonstradas a despeito da impossibilidade da constatação da intenção.

#### **4 - Conclusão**

Com efeito, interpretar a prática do racismo a partir da perspectiva da negação da existência de raças – o que o sequenciamento do genoma humano confirma do ponto de vista biológico -, conduz, no limite, ao esvaziamento completo do que pretendeu a Constituição de 1988, quando colocou como objetivo fundamental do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de raça (art. 3º, IV), bem como a sua correspondente legislação

infraconstitucional que busca, por meio de medidas repressivas, promocionais e educativas a superação do racismo. Raça foi utilizada como critério, em diferentes contextos, para a construção de hierarquias sociais que inferiorizam certos grupos em detrimento de outro, assim sendo, esse mesmo critério deve ser usado para reconstruir essas hierarquias.

Nessa virada de milênio raça é reinterpretada, agora, pelo ideário multiculturalista, em que se valoriza a herança africana, desvencilhada, portanto, das adaptações e dos sincretismos com a cultura nacional brasileira baseada na ideia integracionista da democracia racial. Ademais, para além das discriminações raciais cometidas individualmente, passa-se a combater também, a partir desta reinterpretação, a estrutura injusta de distribuição de riquezas, prestígio e poder entre brancos e negros (GUIMARÃES, 2009, p. 228).

Quando nos referimos a raça enquanto marcador social da diferença, estamos diante de uma reinterpretação histórica, política e social deste conceito que informa a normatividade jurídica no campo constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial – portanto, distante de sua concepção biológica tão e somente. Histórico na medida em que este conceito foi construído historicamente para discriminar negativamente. Político, pois, a tomada de consciência da exclusão fundamentada na discriminação levou o Movimento Negro a se organizar e reivindicar políticas públicas e legislações para a efetivação dos direitos humanos. E social na medida em que raça, enquanto construção artificial, fundamentou e continua fundamentando a discriminação.

## Referências

- ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas**. 2ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- BARBALHO, João. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia, 1924.

BRASIL, MEC. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação. Das Relações Étnico-raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.** Brasília: MEC\SECAD, 2004. p. 11 - 35.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Publicação de livros: Antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas-Corpus n. 82.424/RS. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator Maurício Correa. 17 set. 2003. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-Jurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA. E 82424.NU-ME.\) OU \(HC.ACMS. ADJ2 82424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-Jurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA. E 82424.NU-ME.) OU (HC.ACMS. ADJ2 82424.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 29 mar. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Nova edição: 3ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Trad. Marco Aurélio Nogueira. **Elogio da serenidade e outros escritos morais.** São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade:** o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Nilma Lino. **Orientações para que a Secretaria da Educação do Distrito Federal se abstenha de utilizar material que não se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista.** Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional da Educação. 7p. Parecer nº 15/2010, apresentado a Presidência da República/Ouvidoria da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR/PR).

GOMES, Nilma Lino. **Reexame do Parecer CNE/CEB nº 15/2010, com orientações para que material utilizado na Educação Básica se coadune com as políticas públicas para uma educação antirracista.** Brasília: Ministério da Educação: Conselho Nacional da Educação. 9 p. Parecer CNE/CEB nº 6/2011, apresentado a Ouvidoria da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR).

- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Editora 34, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Preconceito e Discriminação**. 2º ed., São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Raça e os Estudos das Relações Raciais no Brasil**. In: *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n. 54, jul, p. 147-156, 1999.
- \_\_\_\_\_. Raça, cor e outros conceitos analíticos. In PINHO, Osmundo Araújo, SANSONE, Livio. **Raça novas perspectivas antropológicas**. 2ª ed. rev. Salvador: Associação Brasileira de Antropologia: EDUFBA, 2008, p. 63-81.
- \_\_\_\_\_. **Racismo e Antirracismo no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- HALL, Stuart. **A questão multicultural**. Da diáspora: identidades e mediações culturais, p. 51-100, 2003
- MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In: BRANDÃO, André Augusto P. (org). **Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira**. Niterói: Ed. UFF, 2000, p. 17-34.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil**. São Paulo: Julex, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil**. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 1980.
- SANTOS, Sales Augusto; MORENO, João Vitor e BERTÚLIO. **O processo de aprovação do Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010**. Brasília, INESC, 2011.
- SOUZA, Douglas Martins. Título I – Disposições Preliminares (art. 1º ao 5º). In: SIMÃO, Calil. **Estatuto da Igualdade Racial: comentários doutrinários**. Leme: J.H.Mizuno, 2011, p. 79-125.

# SISTEMAS SOCIAIS ABERTOS E OS POVOS INDÍGENAS

Marília Rulli Stefanini<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Inicialmente, cumpre mencionar que o presente trabalho busca demonstrar, mesmo que de forma breve, alguns aspectos acerca da Teoria Sistêmica estudada por Márcio Pugliesi, onde, por conseguinte, o autor aborda questões relativas ao sistema social.

Nesse sentido, aspira-se à explanação da relação social existente entre sistema social e subsistemas, bem como as interdependências e influências existentes entre tais espécies, ou seja, não há que se falar em separação nítida entre sistema e meio (como outrora realizada por Niklas Luhmann), vez que ambos estão interligados de forma aberta.

Posto isso, cumpre mencionar que o sistema social, como um macrossistema, é composto por diversos subsistemas, que, por conseguinte, são considerados interligados, ou seja, o todo somente é concebido a partir de uma teia menor de ligações entre os subsistemas, sendo que estes também podem ser desmembrados em mais subsistemas.

Nessa ótica, o termo sistema social pode ser compreendido como organização social humana, ou seja, é o composto de projetos duráveis que vão orientar as vidas em sociedade. Assim, possível

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela PUC-SP (2017-2020). Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM- Marília/SP (2015). Advogada: OAB/MS 14.367. Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (2012 até o presente momento) e Faculdades Integradas de Santa Fé do Sul – FUNEC – Santa Fé do Sul/SP (2015 até o presente momento). E-mail: mariliastefanini@yahoo.com.br

se faz reconhecer, socialmente, a existência de diversos subsistemas que organizam a existência da civilização.

Em relação a tais projetos, afirma-se, categoricamente, que cada agrupamento social poderá ser composto por diversas espécies de culturas, podendo estas restarem incontáveis em um mesmo espaço dado, quiçá universalmente/globalmente.

A partir disso, compreende-se que a cultura deve ser visualizada como parte de um sistema social, dotado de regras, normas, signos, símbolos etc. que tendem a moldar e organizar a vida dos sujeitos quando agrupados, ou seja, poderá ser observada, também, como forma de controle social.

Destarte, por ser a mesma considerada subsistema, o qual pode co-existir em relação aos demais, tem-se que, por exemplo, no Brasil, existem diversas espécies de sistemas culturais, porém o presente artigo foca seu objeto de estudo na cultura indigenista e naquela que não a é.

A partir do momento que se concebe a cultura dos povos indígenas como subsistema social, utilizando a teoria dos sistemas abertos, compreende-se que a mesma está sujeita, o tempo todo, a sofrer interferências de outras espécies culturais, o que ocasiona conseqüentemente o processo de aculturação, termo que será explanado no corpo do trabalho.

Entretanto, cumpre mencionar que o presente trabalho não possui como objetivo a emissão de juízo valorativo quanto à abertura sistêmica da cultura dos povos indígenas, mas, tão somente, demonstrar ao leitor que as culturas compõem subsistemas sociais, e que aquela, por sua vez, é vista sob a ótica da abertura sistêmica, ou seja, ao contrário do que ponderou Niklas Luhmann, não se podem evitar as interferências de outros sistemas, tais como econômico, político, religioso etc., na cultura de um povo, especificamente indígena.

Para tanto, o presente artigo procura analisar, inicialmente, a teoria sistêmica e ponderar acerca de breves considerações relativas

ao assunto, e em decorrência disso, passa-se a abordar os modelos abertos e fechados de sistemas sociais.

Após tais análises, trabalha-se com as acepções culturais, enfocando-se, sempre, a cultura indígena, pois esta é o objeto de pesquisa desta autora. Assim, tenta-se amalgamar a teoria dos sistemas abertos à cultura indigenista, almejando a compreensão de que a cultura indígena encontra-se aberta às interferências das demais, o que ocasiona na vida daquele grupo a aculturação, ou seja, formação de nova cultura a partir do contato existente com outra diferenciada.

Por fim, ressalta-se que a metodologia adotada no presente trabalho pauta-se em pesquisas de cunho bibliográfico, documental, e em acervos de teses e dissertações, buscando-se, com isso, atingir ao objetivo inicialmente proposto, enfatizando, ainda, que não se utilizará de emissão de juízos de valor acerca da abertura sistêmica da cultura indigenista.

## **2. Breves Noções Acerca da Teoria dos Sistemas**

Antes de se falar em abordagem sistêmica de determinado assunto ou ciência, é preciso compreender a complexidade e origem do termo. Assim sendo, em decorrência das frustrações acerca das análises cartesianas<sup>2</sup> e metafísicas dos objetos, foi necessário desenvolver certa abordagem mais ampla em relação ao assunto.

Referida mudança decorreu da análise dos elementos propriamente ditos a partir do sentido. Assim, descreviam-lhes

---

<sup>2</sup> O método cartesiano pode ser assim resumido: 1) nunca aceitar nada como verdadeiro, desde que não seja evidente, para evitar a precipitação e a prevenção; 2) dividir cada dificuldade em tantas parcelas quanto possível para melhor as resolver; 3) conduzir por ordem os pensamentos, dos conhecimentos mais fáceis para os mais difíceis, numa escala ascendente de dificuldade; 4) fazer enumerações tão completas e revisões tão gerais que se tenha certeza de nada omitir. (PLUGIESI, 2005, p. 261, nota 406)

sem observar suas relações com outros da mesma espécie ou diferentes, tampouco com o contexto.

Posto isso, verificou-se que esta fragmentação e tentativa de estudá-los de forma isolada restaram insuficientes aos interesses dos pesquisadores, onde, existiam objetos que eram de difícil descrição e observação, e, com isso, a teoria epistemológica entrou em declínio.

Adotou-se, então, o método sistêmico de abordagem social, onde cada objeto passou a ser estudado a partir de sua compreensão, influência e interdependência em relação a outros fatos ou coisas, ou seja, os elementos não poderiam ser observados de formas isoladas, mas enquanto partes de um sistema complexo.

Em decorrência disso, Márcio Pugliesi (2005) giza que a realidade observada apenas poderá ser concebida a partir da abordagem do processo sistêmico, cunhando as interações entre os sujeitos/sistema sociais, e não apenas considerando as construções físicas (por exemplo, aquelas propostas por Isaac Newton) e finitas, mas demonstrando como referido corpo, por exemplo, se mantém em relação a outros.

Continua o autor explanando:

Essa abordagem pode ser assim entendida: 1) nunca se deve deixar de colocar sob dúvida a definição de um objeto se a percepção que dele temos se alterar; 2) o objeto deve ser percebido globalmente e como parte de um todo maior; 3) o objeto deve ser interpretado a partir de suas inter-relações com os demais objetos do sistema e sem observar qualquer arbitrária lei de dificuldades; 4) não há recenseamento exaustivo de elementos a considerar, apenas o funcionamento de uma totalidade sob exame. (PUGLIESI, 2005, p. 261, nota 408)

Diante da citação acima, compreende-se que o método sistêmico propõe a abordagem de aspectos que consideram o objeto como pertencente a um conjunto de relações, interações e organizações, que por sua vez, não demandam enumeração exaustiva em razão de ponto por ponto dos itens a serem estudados, mas a compreensão do todo global que envolve

consequentemente, seus elementos internos e externos, restando, por sua vez, incontáveis.

Assim sendo, afirma-se que a teoria dos sistemas inova na compreensão até então metafísica das relações, onde não se busca conceituar e dispor ‘o que é’ o objeto, mas como este se inter-relaciona e organiza em dado ambiente social.

Destarte, rompe-se o liame histórico de abordagem mecanicista e analítica das relações e seus itens constitutivos, isoladamente esmiuçados/decompostos, cujo objetivo era a demonstração e comprovação científica das relações. Todavia, sustenta-se que não existe trivialidade das relações sociais, devendo estas serem observadas por outro flanco mais complexo, qual seja, sistêmico.

Desta feita, a teoria sistêmica constitui-se pela compreensão das finalidades em si do objeto estudado, seu funcionamento, funções, inter-relações, interdependência em relação a outros sistemas, dentre outros aspectos.

Socialmente analisando, não se pode dizer que existe um único sistema, inclusive social, vez que, existem diversos desta espécie, mas que diante da magnitude das relações pessoais e do controle de dados, possuem os mesmos efeitos globais. Posto isso, cada sistema social é dotado de diversos subsistemas os quais sofrem interferências mútuas a fim de manterem os programas e códigos funcionando para assegurarem, com isso, estabilidade social ou homeostase.

Destarte, a partir do momento em que os modelos passam a não funcionar, o sistema atualiza suas estruturas, alterando o modelo de funcionamento para evitar o caos e instabilidade social.

Corroborando isto, Márcio Pugliesi discorre:

De acordo com Von Bertalanffy, o criador da Teoria do Sistema Geral, sistema é o **“conjunto de unidades em inter-relações mútuas”**. Para Morin, o sistema é: **“uma inter-relação de elementos que constituem uma entidade ou unidade global”**. Outras definições poderiam ser apresentadas, mas o que interessa reter é que a noção de sistema engloba sempre duas ideias: relação é organização. Num sistema, os seus elementos relacionam-se e, assim, adquirem uma organização, uma totalidade que revela a regra do sistema. Para Morin, a organização de um sistema é **“a disposição de**

**relações entre componentes ou indivíduos que produz uma unidade complexa ou sistema, dotado de qualidades desconhecidas ao nível dos componentes ou indivíduos”.** (destaques do autor) (PUGLIESI, 2005, p. 264)

O autor então permite a compreensão a qual concebe o sistema social como uma macro-rede composta por micro-redes, sendo que a inter-relação entre estas e suas formações múltiplas de organizações demonstram que o sistema (ou os sistemas, já que existem diversos) estabelece-se e se mantém a partir de dois elementos, quais sejam: relação e organização.

Quando se aborda o estudo de sistemas é imperiosa a análise de sua estrutura e funcionamento como um todo, e isso se dá a partir das relações existentes entre os elementos que o compõem, e em consequência dessas relações existentes e construídas, o mesmo torna-se organizado, ou seja, esta organização permite, também, que ele seja estruturado e construa a unidade sistêmica peculiar, constituindo-se não por seus elementos e pessoas, mas pela forma com que estes se relacionam e, por conseguinte, organizam-se.

Em última análise e sintetizadora das ideias acima expostas, compreende-se que teoria sistêmica social comporta a compreensão da sociedade a partir da conjectura do macrosistema, decomposta, ainda, em outros subsistemas/microsistemas, que, por sua vez, relacionam-se e interpenetram-se a partir do que se compreendeu por relação e organização. A partir desta proposição, importante se faz a abordagem dos sistemas sociais sob a visão do fechamento e abertura dos mesmos.

## **2.1 Sistemas Fechados e Abertos**

Desde as concepções mais tradicionais dos sistemas sociais, diversos autores dividem-se quanto à abertura ou fechamento dos mesmos em relação aos elementos considerados exteriores às organizações.

Trazendo à baila a teoria sistêmica, independente de se considerar o sistema aberto ou fechado, é importante compreender

que existem diversas ciências interpenetrantes, e que, sob esta análise, deverão ser importadas à teoria dos sistemas, ao passo que existe interdependência em seus universos próprios. Assim, o estabelecimento de trocas entre sistema e 'meio' e seu consequente intercâmbio deverão ser objetos de estudo, também, desta teoria.

Quanto ao alemão Niklas Luhmann, defensor do fechamento operativo/estrutural sistêmico, o sistema deve ser compreendido como um construto próprio, detentor de estruturas peculiares, que, por sua vez, sofrem irritações do ambiente, mas que, estas serão processadas a partir do próprio sistema, para então, este decidir (por meio do seu filtro) se realizará o acoplamento ou não das mesmas a fim de manter a estabilidade do sistema irritado, e com isso garantir as expectativas sem gerar frustrações.

Não há determinação das estruturas de fora do sistema. Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) no sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se da constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais. (LUHMANN, 2011, p. 136-137)

Observa-se que, para Luhmann, a abordagem sistêmica deverá partir do estudo da diferenciação entre sistema e meio, sendo que este apenas irrita àquele não determinando sua atualização ou mutação. Por conseguinte, seria o próprio sistema que decidiria diante de ruídos emitidos pelo meio se acoplaria ou não a informação a partir de, exclusivamente, sua auto-observação, ou seja, autorreferencialidade.

Seguindo essa mesma ótica, o autor sustenta que o sistema possui certa espécie de termostato que o permite reagir diante das irritações do meio, processando ou não aos acoplamentos daquilo que faz sentido no tempo, assim, seria um modelo independente que se autorregularia e que por isso, seria capaz de não sofrer qualquer interferência do meio, se assim julgasse necessário à estabilidade.

Com isso, para a teoria Luhmanniana, o sistema é considerado fechado em relação a suas estruturas, mas aberto cognitivamente, o que permitiria sintetizar que o sistema é fechado com o meio, e não para o meio.

Entretanto, segundo o raciocínio de Márcio Pugliesi:

Outra noção fundamental é a de **sistema aberto** à troca de matéria, energia e informação com o ambiente e outros sistemas. É essa noção que permite entender como os sistemas se desenvolvem e crescem rumo a uma maior complexidade e mais adequada, para seus fins, organização. Assim se opõem aos sistemas fechados que, entregues a si próprios, caminham para um estado de maior desorganização, sob efeito da lei da entropia (ou morte térmica, anunciada pelo 2º Princípio da termodinâmica), há algumas dificuldades na explicação destes desenvolvimentos, particularmente frente às questões de unidirecionalidade do tempo (embora a teoria contemporânea considere passado, presente e futuro como co-existentes) e as Leis de Boltzmann. Contudo, eles constituem um desafio à melhor definição da matéria, energia e informação e às relações que entre elas existem. (destaque do autor) (PUGLIESI, 2005, p. 266)

Segundo a análise do autor acima citado, em relação aos sistemas, pode-se afirmar que existem alguns mais fechados e outros mais abertos, posto que na prática todos os sistemas são correspondentes aos seus núcleos, e as mutações sistêmicas apenas ocorrerão se estes forem atingidos.

Assim, os sistemas fechados tornam-se constructos teóricos, já que, na realidade, todos os sistemas estão vulneráveis e propensos a realizar trocas com elementos externos ao seu núcleo, enfatizando, ainda, que os sistemas fechados estão pré-dispostos a serem estagnados por não introduzirem ao seu funcionamento as relações com o entorno, sendo estas consideradas requisitos para a evolução do próprio sistema, ou seja, a troca contínua com elementos externos.

Diante do exposto até aqui, compreende-se que existem abordagens diferentes acerca do funcionamento do sistema social, sendo que para alguns (por exemplo, Niklas Luhmann) este deverá ser considerado fechado, enquanto para outros (por exemplo,

Márcio Pugliesi), aberto. Todavia, o presente estudo delimita seu objeto na apresentação da cultura indigenista como elemento do sistema social, e para tanto, impossível se adotar a teoria do fechamento operativo, vez que, os fatos demonstram as trocas incontáveis, e por vezes malélicas, à cultura indigenista sem que exista um filtro quanto a isso, pois se assim o fosse, não haveria, pó exemplo, a configuração do genocídio cultural indigenista (etnocídio).

### 3. Diversidade Cultural e Povos Indígenas

A partir do que se compreendeu como sistema, tem-se que a cultura deve ser concebida sob referida análise, ou seja, a cultura deverá ser entendida como sistema adaptativo, que por sua vez é composta por projetos duradouros que norteiam o ambiente social.

Nesse sentido, imperiosa a concepção da terminologia cultural, e assim discorre Pugliesi:

‘Cultura’ deriva do verbo latino *colere*, cultivar, originalmente relacionado ao cultivo da terra. Pensa-se que a relação anímica com a natureza, como parâmetro para a compreensão do mundo, fez com o termo agrícola passasse a traduzir, também, os padrões de comportamento e de relacionamento dos homens. Passo-se a designar pela palavra ‘cultura’ tudo que aludisse a normas, regras e conteúdos sociais cultuados pelo homem. De fato, há pelo menos três sentidos etimológicos para essa palavra: habitar, cultivar e cultuar, pois na civilização romana esse verbo ‘*colere*’ e seu supino ‘*cultum*’, base da palavra cultura, tem três significados: cultivo (associado à natureza), costume (moral e social) e culto (ligado à piedade, ao sagrado). Nota-se que a cultura é, essencialmente, em qualquer dessas acepções, um esforço de organização do tempo, isto é, a geração temporal das significações, a tentativa de criar esboços e atividades de sentido duráveis e de lhes conferir um sentido no tempo. (destaques do autor) (PUGLIESI, 2015, p. 38)

Posto isso, afere-se o sentido de que a cultura possui sua existência atrelada à concepção naturalista, porém, mantém-se, organiza-se e transmite-se aos sujeitos por meio da relação entre ambiente natural e seres humanos. Assim, cultura poderá ser

observada a partir das noções de tempo e de sentido que lhes são próprias; pela busca de adaptação do sistema que almeja atingir seus fins; e, conseqüentemente, a homeostase civilizatória.

Assim sendo, em dado agrupamento humano, a cultura tende a alcançar a coletividade por meio da demonstração do armazenamento daquilo que é considerado benéfico socialmente e do que foi mantido para resguardar e regular as interações culturais posteriores.

Portanto, embora cada cultura possua traços exclusivos e distintivos das demais, tais como a historicidade, causalidades, linguagens, símbolos, signos, significados, crenças, valores, integrações etc., pode-se observar a universalização da mesma na sociedade de dados sob a vertente de que integrantes de outras culturas poderão entendê-las, mas não praticá-las.

Sob o teor da cultura como intersubjetiva, a mesma origina-se do aspecto de que os indivíduos detentores de uma mesma cultura não a conhecem por completo, todavia, é preciso que o mínimo cultural seja partilhado entre seus membros para que a intersubjetividade assegure, ao contexto, a significação ínfima capaz de preservar a rede informativa e mantenedora da mutação cultural, no tempo e no espaço dado.

Seguindo essa linha de pensamento, sustenta-se que a intersubjetividade não poderá ser considerada propriamente como sinônimo de transcendentalidade cultural, vez que, cada indivíduo experimenta dada realidade de forma própria e exclusiva, não podendo ser precisada sua interpretação e reação, pois, tenho apenas a experiência do meu corpo, e não do corpo do outro. Senão vejamos:

A experiência de meu corpo, eu a tenho imediatamente e a experiência do outro, como um outro, eu não a tenho, a não ser a partir de uma experiência minha, portanto, através de uma mediação.

[...]

O mundo que posso conhecer, que é dotado de sentido, se dá a partir de minha consciência egóica, concebida enquanto consciência do mundo. É um mundo de carnes, entre elas a minha, aquela sobre a qual eu reino de forma

original e as outras carnes que eu compreendo como carnes, por meio de sua expressividades e, a partir disso, como sendo carnes de outros sujeitos egóicos. (PUGLIESI, 2015, p. 62-63)

Nesse diapasão, é de singular observação o fato de que a concepção e compreensão do outro, que não sou eu, apenas se dá a partir daquilo que minha carne experimentou, ou seja, há entendimento da cultura alheia, ou até mesmo do outro que partilha da mesma cultura que eu, somente em decorrência daquilo que faz sentido para o meu corpo diante das situações que experimentei.

Em decorrência desta acepção, concebe-se a visão de que os comportamentos culturais (que compõem e organizam, também, a civilização) dos povos indígenas são compreendidos pelos não indígenas a partir do que estes dotam de sentidos próprios, ou seja, pode-se reconhecer a cultura indigenista pelas experimentações que o não índio teve, e não aquela que o indígena propriamente dito possui.

Fortificando o acima explanado, o antropólogo norte-americano Clifford Geertz rompe com a tradicional antropologia, lecionando que o estudo da cultura precisa considerar, também, os elementos externos a este sistema, tais como a política, economia, religião, direito, artes etc.

Assim, Geertz ressalta que o ser humano e suas consequentes relações sociais precisam ser estudas não de forma isolada ou autista, mas sim, considerando os ambientes socioculturais em que se encontram, vez que, é preciso interpretar a cultura para, somente, então estudar o que dela decorre.

Nesse sentido, Geertz sustenta, em sua obra 'A Interpretação das Culturas':

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como

uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície. Todavia, essa afirmativa, uma doutrina numa cláusula, requer por si mesma uma explicação. (GEERTZ, 1973, p. 15)

Assim, Geertz gizou em sua compreensão das culturas que o ser humano desenvolveu o conjunto de expressões e ditames sociais a fim de assegurar a coesão social. Posto isso, defende, ainda, que a cultura precisa ser estudada sob a perspectiva do controle social, sendo ela composta por programas, regras, planos, projetos etc., almejando, com isso, a organização do próprio sistema cultura e, por conseguinte, da sociedade.

Noutro giro, o autor informa ao leitor que entrever a cultura como um mero constructo complexo de relações e interações sociais soa insuficiente e descabido na atual configuração social, posto que o ser humano é considerado um dos bichos mais dependentes de regras de controle externos à sua carne, podendo ser estas vislumbradas nos controles culturais.

Evidencia-se, com isso, que as demonstrações culturais de um povo não podem ser pensadas como, apenas, um sinal característico e distintivo em relação a outros. Assim sendo, a cultura não pode ser considerada um adjetivo ou adereço de um grupo, mas um ponto de sustentação e organização da vida humana.

Nesta senda, o sistema cultural é composto por estruturas, símbolos e significações próprias, os quais determinam a forma como os seres conviventes com ela irão se comportar em sociedade, fato este que pode ser demonstrado, por exemplo, por imigrantes que se originam de cultura diferente e passam a adotar práticas organizacionais da cultura que os absorveu noutro contexto da civilização.

Vê-se, então, que a cultura fornece aos sujeitos a utilização de signos e símbolos para se organizarem socialmente, o que, conseqüentemente, origina orientações às vidas humanas em

sociedade, permitindo dizer que a cultura molda a vida em sociedade.

Em decorrência das formas de controle social, as estruturas próprias dominadoras da cultura podem gerar o fenômeno compreendido como etnocentrismo, o qual, por sua vez, traduz-se na perspectiva da 'fricção' entre culturas, ou seja, na produção da diferenciação.

Todavia, o etnocentrismo poderá ser considerado, sobretudo, sob o aspecto ameaçador à identidade cultural, posto que poderá ir além daquilo que se compreende como defesa própria, chegando a atingir a não aceitação e consequente repulsa de culturas e comportamentos diferentes daqueles que não são adotados e praticados pelo então observador.

A humanidade cessa nas fronteiras da tribo, do grupo linguístico, às vezes mesmo da aldeia; a tal ponto, que um grande número de populações ditas primitivas se auto-designam com um nome que significa "os homens" (ou às vezes – digamo-lo com mais discricção? – os "bons", os "excelentes", os "completos"), implicando assim que as outras tribos, grupos, ou aldeias não participam das virtudes ou mesmo da natureza humana, mas são, quando muito, compostos de "maus", de "malvados", de "macacos da terra" ou de "ovos de piolho". Chega-se frequentemente a privar o estrangeiro deste último grau de realidade, fazendo dele um "fantasma" ou uma "aparição". (destaques do autor) (LÉVI-STRAUSS, 1989, p. 334)

Os fatores inerentes ao etnocentrismo favorecem, por vezes, ao não reconhecimento do outro como sujeito apenas diferente. Assim, referida visão perfaz preconceitos e choque da diversidade, dificultando o chamado efetivo reconhecimento e aceitação do multiculturalismo.

Sendo a cultura um sistema, composto de subsistemas (códigos, signos, símbolos, leis etc.), necessária se torna a compreensão da diversidade cultural interna ao sistema social, pois, somente assim, pode-se conceber a ideia de mutação de um povo, proporcional ao fracionamento dos egos, como por exemplo,

o reconhecimento pelo sujeito não índio daquele que o é, esvaziando-se, assim, o etnocentrismo descabido.

Por conseguinte, a diversidade cultural, por exemplo, indígena e não indígena, envolve variados fatores componentes das culturas, tais como geográficos, aspectos do meio, linguísticos, religiosos, dentre outros, que tornam possível a compreensão de tais elementos de forma isolada, mas não global, ou seja, um indivíduo não é capaz de compreender a cultura alheia de forma completa, mas apenas seus fragmentos.

Segundo a antropóloga Carmen Junqueira, existem traços distintivos entre a cultura indigenista e aquela que não a é, o que, por sua vez, deverá ensejar o respeito à diversidade dos sistemas culturais. Ponderando:

Embora cada sociedade indígena tenha peculiaridades culturais únicas, pode-se constatar que as diferenças que têm entre si são menores que a diferença que se interpõe entre elas e a sociedade brasileira. Provavelmente porque a história de seu desenvolvimento cultural constituiu-se de modo independente da chamada civilização ocidental, resultando em duas maneiras distintas de organizar a vida social, de dar sentido à existência.

É possível traçar um quadro das semelhanças básicas que tornam o universo indígena de certa forma distinto das sociedades industriais modernas. Em linhas gerais, algumas de suas características mais evidentes são: estilo de vida comunitário, relativa abundância (embora com utilização de tecnologia simples), distribuição mais equilibrada do tempo despendido entre trabalho e lazer, maior liberdade na escolha do uso do tempo, relação mais harmoniosa com a natureza de um modo geral, transmissão oral da tradição e maior igualdade social. (JUNQUEIRA, 2008, p. 47)

Nota-se, assim, que as sociedades indígenas possuem formas organizacionais próprias, onde se considera que o sistema cultural não pode ser inspecionado ocularmente por vertente única, já que, os povos indígenas possuem culturas próprias, o que merece distinção e respeito em relação àquela não indígena, tornando rechaçada a ideia do etnocentrismo exacerbado.

Em decorrência disso, o relativismo cultural permite ao observador postular, a todo agrupamento humano que possua

cultura peculiar e *sui generis*, determinada autonomia de símbolos e signos, ao passo que o dota de sentido, experimentando, com isso, configuração distinta das demais, não fazendo jus a comparações grotescas, não reais e prematuras da forma como realmente são.

Nessa perspectiva, o sistema cultural indígena permite a seus membros organização específica, tal como política, econômica e social, sendo relativa e determinante no modo de vida dos sujeitos, expressada pelos mitos e conhecimentos tradicionais.

Isso demonstra e comprova as formas variadas que o sistema social pode se desmembrar e desaguar em subsistemas, confirmando o que outrora fora dito, ou seja, o sistema cultural relativo aos povos indígenas deve ser estudado como um conjunto de normas, regras e outros meios de organização que o diferencia dos demais, o que enseja o estudo do sujeito e de suas práticas de acordo com o ambiente no qual se encontra inserido, não se podendo arguir a transcendentalidade cultural brasileira, pois se assim o fosse, estar-se-ia afirmando o etnocentrismo e não o multiculturalismo.

#### **4. A Abertura do Subsistema Cultural Indígena**

Ao se abordar a sociedade como um agrupamento de pessoas, e que por sua vez pode ser composta por diversas culturas, tem-se que a diversidade cultural poderá ser conceituada e concebida sob diversas terminologias, tais como: universalismo, etnocentrismo, multiculturalismo, interculturalismo, dentre outras.

Assim, o universalismo cultural pode ser compreendido, brevemente, como uma proposta de considerar a questão cultural como única de forma global, ou seja, todos os seres humanos deveriam ser considerados como pertencentes a uma única cultura. Referida ideia ganhou notório debate a partir do padrão universalista dos Direitos Humanos, em que, *a priori*, globalizou-se, com origem ocidental, sem considerar efetivamente as características peculiares a cada povo.

Entretanto, ao se estudarem as questões culturais, a descrição acima realizada não soa razoável e prudente, vez que, em uma mesma sociedade podem ser detectadas e reconhecidas diversas culturas, e se isso impossibilita uma abordagem geral em uma dada sociedade, imagine-se em âmbito global.

Nesse sentido, o que poderá haver, e há, é a interferência entre as diversas culturas e suas conseqüentes modificações, o que é chamado para alguns autores de aculturação. Porém, não se pode dizer que exista apenas uma cultura, mas sim culturas que se modificam pelas interferências mútuas, mas esse assunto será detalhado adiante.

Já o etnocentrismo, que poderá ser consequência do universalismo, é decorrente do cunho dado pelo observador das culturas, vez que neste aspecto a cultura do outro é considerada por ele como algo inferior à sua, limitando e não reconhecendo efetivamente o conteúdo cultural alheio, valorando-se, assim, unicamente, a cultura do observador como a melhor.

Nesse sentido, discorre Pugliesi:

Todos os homens são dotados do mesmo equipamento anatômico, mas a utilização do mesmo, em lugar de ser determinada geneticamente, depende de um aprendizado, e este consiste na reprodução de padrões que fazem parte da herança cultural do grupo. E, o fato de que o homem aprecie o mundo com o vínculo inafastável de sua cultura pode levá-lo a considerar o seu modo de vida como o mais correto e mais natural, o conhecido processo do etnocentrismo que, por sua aparente e ideológica transparência, acaba por transformar ações excessivas em justificáveis frente ao quadro de monopólio cultural. As práticas de outras culturas podem ser ditas primitivas, selvagens, imorais ou desprezíveis. (2015, p. 53)

Posto isso, o autor sustenta que o raio de confiança é o sentido mínimo que deve permear as culturas para que haja reconhecimento e estabelecimento de convivência entre seus membros, porém, não se pode super-valorizar a cultura praticada em detrimento e menosprezo das outras, pois isso culmina com o preconceito e até mesmo submissão cultural.

Noutro giro, compreender o multiculturalismo é aceitar e reconhecer que em uma mesma sociedade podem existir, e existem, diversos movimentos culturais, ou seja, não há hierarquia e exclusividade cultural. Assim, os prefixos *multi* ou *pluri* designam a existência de diversas culturas que coexistem em um espaço.

No entanto, ao se estudar a questão cultural indígena no ambiente social brasileiro, o aspecto que merece ser adotado como sistêmico é o interculturalismo, pois dele denota-se a compreensão de que há interação entre culturas de um mesmo ambiente, ou seja, na sociedade brasileira existem diversos subsistemas culturais, por exemplo, o indígena e o não indígena, sendo que eles se comunicam e inter-relacionam, devendo imperar o respeito à diversidade e peculiaridades de cada cultura.

Nesta senda, ao se considerar o modelo sistêmico aberto, pode-se verificar que a cultural indígena, por ser um subsistema, está em constante coimplicação em relação àquela não indígena, ao passo que se têm normas redigidas pela cultura não indigenista que visam às tutelas de direitos inerentes aos povos indígenas.

Assim, por exemplo, existem normas redigidas por sociedade não indígena que ‘asseguram’ ao índio educação indígena, demarcação de terras, saúde indígena, dentre outros direitos. No entanto, referido artigo não se propõe a estudar os benefícios e malefícios do contato existente entre povos indígenas e não indígenas, mas identificar as culturas indígenas como sistemas abertos socialmente, ou seja, as culturas indígenas estão abertas às trocas em relação a outras culturas, também indígenas ou não.

Nesse sentido, Carmen Junqueira ressalta:

Numa visão geral, pode-se dizer que os 370 mil indígenas do Brasil atual podem ser classificados de acordo com a intensidade do contato que são obrigados a manter com a realidade dominante. É possível dividi-los em três grupos, como veremos a seguir:

- 1) *Grupos autônomos ou isolados.* Ocupam zonas não alcançadas pela fronteira econômica e mantêm pouco ou nenhum contato com a sociedade nacional. Seu modo de vida tradicional é, por isso mesmo, bastante preservado, embora vivam sob a ameaça constante do avanço sobre suas

terras. É difícil calcular seu número, que, todavia, não deve exceder qualquer algumas dezenas de grupos espalhados por áreas poucos conhecidas da Floresta Amazônica e fronteiras do norte do país. (destaques da autora) (JUNQUEIRA, 2008, p. 73)

Diante da citação acima, passam-se a analisar as culturas indígenas a partir do modelo sistêmico aberto, e isso, a princípio, nos permite afirmar que existem alguns sistemas que são mais abertos e outros mais fechados.

Nesse sentido, a primeira forma de configuração cultural indígena descrita pode ser observada sob o flanco de um sistema mais resistente às interferências de outras culturas, pois não mantém contato com outras sociedades. Porém, não se pode dizer que referido sistema não será afetado por outros sistemas, posto que, a todo instante alguns subsistemas estão influenciando aos outros, como por exemplo, a economia, política e direito, e, neste caso ainda não houve mutação cultural por ausência de contato entre sistemas diferentes, no entanto, quando este existir, provavelmente haverá aculturação.

Em segunda análise, Junqueira discorre acerca dos povos que mantém contato esporádico com outras culturas:

2) *Grupos com contato esporádico.* Vivem em regiões já expostas à ocupação e mantêm relações com a economia de mercado, em maior ou menor grau. Perderam parte da autonomia original e já alimentam necessidades cuja satisfação só é possível através dessas relações externas. Passaram, por exemplo, a utilizar instrumentos de trabalho que não têm condição de produzir, tais como machados de ferro, anzóis de metal, fios de náilon para pesca e outros. Na maioria dos casos, entraram em contato com doenças que desconheciam, como gripe, tuberculose, sarampo, necessitando, conseqüentemente de assistência médica. (destaques da autora) (JUNQUEIRA, 2008, p. 73-4)

O segundo grupo abordado pela autora pode ser observado, abordando a teoria dos sistemas abertos, como um subsistema que, em decorrência de sua abertura, permite trocas constantes com os elementos que estão externos à estrutura própria. Porém,

imperioso ressaltar que estes elementos, os quais foram mencionados como externos, não podem ser compreendidos como isolados e sem contato com o subsistema em análise, ao passo que, não há qualquer separação entre eles, vez que estão em constantes trocas e coimplicâncias.

Destarte, os grupos acima explanados (grupos com contatos esporádicos) são considerados e observados em decorrência da troca cultural permitida pelo contato, mesmo que esporádico, entre povos indígenas e aqueles que não o são, posto que, referidos contatos permitem às culturas realizarem trocas de símbolos, signos, práticas, regras, inclusive patologias, conforme elucidou a autora citada. Todavia, ressalta-se que o presente trabalho não emitirá juízo de valor acerca dessa influência intercultural.

Por fim, Junqueira aborda os grupos indígenas que mantêm contato regular com grupos não indígenas, gizando:

3) *Grupos com contato regular.* Dependem substancialmente de produtos de produtos externos- sal, pano além dos artigos de metal. Perderam parte considerável da autonomia cultural por força das pressões a que foram submetidos. Sabem sua expressar-se em português, embora conservem sua própria língua. Quando o contato é intenso e continuado, cresce a ameaça a terem sua economia desorganizada, o que leva muitos dos seus membros a trabalharem como assalariados rurais. Em situações de grande pressão, como as que ocasionam perda do território ou grupos se desestruturam. Nesses casos, as poucas famílias restantes passam a sobreviver em condição de extrema penúria nos estratos mais baixos da sociedade nacional. Guardam, entretanto, a convicção de serem indígenas, distinguindo-se da população regional. Em condições favoráveis, essas famílias podem novamente reunir-se e recompor sua vida comunitária em torno do que sobrou de suas práticas culturais tradicionais, mesmo que pouco ou quase nada tenha restado. (JUNQUEIRA, 2008, p. 74-75)

Por fim, a autora descreve os grupos indígenas que mantêm contato regular com sociedades não indígenas, demonstrando ao leitor que referido contato, por serem subsistemas abertos, permite a troca incessante de práticas entre os sistemas que o realizam. Dessa forma, ao se analisar os grupos indigenistas, percebe-se que

se os mesmos mantêm contato com sociedade não indígena com regular frequência, restarão aqueles fortemente afetados pelos produtos culturais destes, e vice-versa. Porém, por conta do etnocentrismo desenvolvido pelos membros não indígenas vê-se que a interpenetração dos sistemas resta por prejudicada quanto aos índios. Nota-se que por ser o sistema cultural considerado aberto, os grupos indígenas estão sujeitos às trocas com outros sistemas a partir, também, do seu contato com o universo não indigenista.

Mesmo em relação aos grupos isolados, não se pode afirmar que os mesmos sejam subsistemas fechados, pois não estão imunes às relações com outros sistemas, e sob esta perspectiva, Carmen Junqueira, em sua obra intitulada de 'Os Índios de Ipavu', buscou analisar os povos originários do alto do Xingu (índios até então isolados), que por sua vez mantiveram contatos com populações não indígenas e com isso houve alteração cultural, senão vejamos:

Os Kamaiurá, personagens centrais deste livro, habitam a região dos formadores do rio Xingu. Mantêm contatos regulares com outros grupos alto-xinguanos e com eles participam de uma cultura bastante similar. Em 1971, viviam perto da lagoa de Ipavu, em sete casas, perfazendo um total de 131 pessoas.

[...]

A história do contato deste grupo xinguanos com representantes de sociedades mais desenvolvidas remonta a 1884, com a expedição de Karl Von den Steinen. Daí por diante, várias expedições penetraram a região em visitas intermitentes e de curta duração. Em 1942, com a criação do órgão federal Fundação Brasil Central, inicia-se a abertura de estradas e o estabelecimento de acampamentos na área. Em 1946, são os Kamaiurá atingidos por essa penetração e passam a ter contatos regulares com os membros da Expedição Roncador-Xingu. Finalmente, em 1961, o território que habitam converte-se em parque nacional, hoje subordinado à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão do Ministério do Interior. (JUNQUEIRA, 1978, p. 13)

Diante disso, denota-se o entendimento de que as culturas indigenistas devem ser observadas sob o pilar da abertura dos sistemas, mesmo aquelas isoladas, vez que podem, a qualquer

momento, realizar trocas de elementos culturais e com isso promover a aculturação/hibridização.

Diante desses contatos decorrentes da abertura dos sistemas, segue a autora informando:

Os Kamaiurá, como os demais alto-xinguanos, não escaparam a esse processo e, se bem que mantendo vivas muitas de suas tradições, sofreram as consequências do contato com a sociedade nacional. Em pesquisa concluída em 1967, resumia-se da seguinte forma os principais resultados do processo: a queda da produção artesanal indígena, embora moderada, é apreciável em alguns setores; instrumentos de pedra, como, por exemplo, o machado, de há muito desapareceram. A introdução do anzol, linha de nylon, armas de fogo, etc., é responsável pela redução do equipamento tradicional de caça e pesca a um valor quase que simbólico. É o caso do arco de madeira preta. Embora ele não possa ser dispensado enquanto distintivo do grupo, tem efetivamente pouco uso nas tarefas de produção e quase nenhum nas de proteção. As trocas entre aldeias, que em algum momento da vida de cada grupo devem ter-se constituído imperativo econômico, são hoje mais um oportunidade formalizada para que dois grupos se avistem. O comércio indígena propriamente dito parece ser atualmente mais um ato de iniciativa individual do que uma atividade organizada do grupo, como um todo. (JUNQUEIRA, 1978, p. 17-8)

Perante a análise de Junqueira em relação aos povos do Xingu, nota-se que o grupo até então considerado isolado, em decorrência da abertura dos sistemas, realizou troca de elementos culturais com os membros pertencentes à comunidade nacional, e, por conseguinte, sofreu modificações em sua forma de vida, tais como as relativas à economia, instrumentos de caça e pesca, dentro outros.

Posto isso, verifica-se que com a expansão (tanto em quantidade demográfica, quanto industrial, principalmente tecnológica) da sociedade brasileira não indígena houve e há interferência constante nas manifestações culturais dos povos indígenas, principalmente naquilo que diz respeito ao ambiente natural, tais como, aberturas de estradas, destruição da fauna e flora, poluição em decorrência das indústrias e demais fatores, etc., fatos estes que determinam a auto-organização e regulação dos

movimentos indigenistas a fim de evitarem o ‘engolimento’ proveniente dos povos não indígenas.

Por fim, cumpre mencionar que a abertura do sistema cultural indígena, por vezes, permite o processo de aculturação entre os povos envolvidos neste processo, que, segundo Carmen Junqueira (2008, p. 87): “compreende os fenômenos resultantes de contato direto e contínuo de sociedades de culturas diferentes com as mudanças consequentes nas culturais originais dessas sociedades.”

Em suma: a sociedade enquanto macrossistema é composta por diversos subsistemas sociais, sendo um destes a cultura. No entanto, não se pode concebê-la como subsistema único, mas como ecossistema, composta por diversas formas de manifestações, ou seja, existem variadas espécies culturais em um mesmo território, por exemplo, no Brasil. Assim, cita-se que no Brasil existem culturas indígenas e não indígenas.

Em relação aos sistemas sociais, compreende-se que os mesmos devem ser analisados como abertos, vez que, estão sujeitos a trocas e interferências de outros sistemas, não se podendo falar em fechamento operativo, pois isso soaria como obstáculo às interações sociais e consequente evolução.

A partir da análise sistêmica da sociedade, conclui-se que a cultura indígena, como subsistema social, constitui-se sob a forma aberta, estando sujeita às interferências dos demais sistemas sociais independentemente do seu nível de contato com os povos não indígenas, já que, mesmo aqueles índios isolados, estão sujeitos a tais relações interculturais decorrentes do contato, ou seja, possuem cultura sem implicações externas por ainda não sofrerem contato com o externo, mas se isso ocorrer, em decorrência da abertura do sistema, haverá o que se conhece por aculturação<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Compreende os fenômenos resultantes do contato direto e contínuo de sociedades de culturas diferentes com as mudanças consequentes nas culturas originais dessas sociedades. O termo aplica-se com maior propriedade quando do encontro de sociedades tribais, sociedades de dimensões assemelhadas. Fala-se, então, da aculturação intertribal, ou seja, de um processo de influências mútuas. Além disso, o encontro de sociedades indígenas com a sociedade

## 5. Considerações Finais

Por todo o exposto até aqui, pode-se dizer que o trabalho originou-se do problema detectado a partir tentativa de conceber o sistema indigenista como aberto, restando sujeito a sofrer interferências externas. Viu-se que, a abertura do sistema permite à cultura indígena realizar trocas de elementos constitutivos com outras culturas, tal como aquela não indígena.

Para se chegar a esta compreensão, trilhou-se o caminho da compreensão e análise do sistema social cultural a partir da perspectiva gizada por Márcio Pugliesi, qual seja, um sistema composto por diversos subsistemas, os quais estão para o outros de forma aberta, ou seja, não existe filtro ou termostato para se evitar ou realizar as alterações estruturais.

Em decorrência de tais proposições, afere-se que a cultura deve ser observada como um dentre os diversos subsistemas sociais, e por conta disso, é dotada de regulamentos próprios, que, por sua vez, exercem controle sobre a vida humana. Isso faz com que compreendamos a cultura como um conjunto de projetos, construídos pelos seres humanos, os quais almejam o controle social civilizatório.

Dessa forma, referido subsistema não está imune ao contato com outro, o que ocasiona a ambos as trocas de elementos (projetos) que configuram, assim, a tentativa da homeostase social. Destarte, por ser a cultura um sistema aberto, sofre interferências

---

brasileira, por exemplo, não abre espaço para tal intercâmbio cultural, mas sim para a crescente dominação dos povos indígenas e mesmo sua destruição. Nossa história revela que a constituição do Estado brasileiro, da unificação ao controle político, assentou-se na dominação e no extermínio de centenas de povos indígenas. Estima-se que, no século XVI, à época da conquista, a população indígena fosse de três a quatro milhões de indígenas (algumas estimativas falam em até cinco milhões). Hoje calcula-se que esta população seja de 370 mil. A essa política de extermínio dos povos indígenas dá-se o nome de etnocídio. (JUNQUEIRA, 2008, p. 87)

diretas em seus projetos estruturantes, o que ocasiona a aculturação do seu povo.

No entanto, o presente artigo não teve pretensão de abordar diversas culturas, mas aquela exercida de forma geral pelos povos indígenas, chegando-se à conclusão de que a cultura indigenista (esta autora não sustenta que exista apenas uma cultura dos povos indígenas, mas delimitou seu objeto de pesquisa em relação àquela dos povos não indígenas) possui projetos próprios, o que a diferencia das demais.

Por ser considerado um sistema próprio, a cultura indígena não se encontra inacessível à cultura do povo não indígena, ao passo que, é vista como sistema social aberto, ou seja, a partir do contato existente entre povo indígena e aquele que não o é, poderá resultar a aculturação, ou seja, mudanças nos projetos culturais em decorrência da 'fricção' entre culturas distintas.

Em síntese, pode-se afirmar que a cultura dos povos indígenas, por ser um sistema aberto, encontra-se propensa a sofrer processos de interferências decorrentes dos contatos com culturas distintas, independentemente do grau de integração do índio à comunidade considerada nacional. Entretanto, mais uma vez, ressalta-se que o objetivo do presente artigo não pauta-se na valoração de referida abertura, mas, simplesmente, demonstrar que cientificamente ela existe, deixando que a realidade fática e a inspeção ocular permitam ao leitor verificar se a abertura é ou deveria ser eficaz.

## Referências

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

JUNQUEIRA, Carmen. **Antropologia indígena: uma nova introdução**. 2ª edição. São Paulo: EDUC, 2008.

\_\_\_\_\_. **Os índios de Ipavu: um estudo sobre a vida do grupo Kamaiurá**. 2ª edição. São Paulo: Ática, 1978.

LÉVI-STRAUSS, Claude. et al. Raça e História. In: UNESCO. **Raça e ciência**. São Paulo: Perspectiva, 1970.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: Ed. RCS, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria do direito: aspectos macrossistêmicos**. São Paulo: Sapere Aude Grupo Editorial, 2015.

”E cada homem deve dizer a si mesmo: tenho eu o direito de agir de tal modo que a humanidade se regule pelos meus atos? E se ele não diz isso a si mesmo, é porque ele mascara sua angústia dele mesmo. Não se trata de uma angústia que levaria ao quietismo, à inação. Trata-se de uma angústia simples, conhecida por todos aqueles que tiveram responsabilidades” (SARTRE, Jean-Paul. L'existentialisme est un humanisme. Paris: Nagel, 1952).

