UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Doutorado

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE PRÁTICA PARA A RESTAURAÇÃO DO VÍNCULO COMUNITÁRIO

Linha de pesquisa: Função política do direito e Teorias da Constituição

SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES

JACAREZINHO - PARANÁ
2020

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE PRÁTICA PARA A RESTAURAÇÃO DO VÍNCULO COMUNITÁRIO

SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica

Área de Concentração:
Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa:
Função política do direito e Teorias da Constituição

Orientador:
Prof. Dr. Gilberto Giacoia

JACAREZINHO - PARANÁ

2020

Autoriza-se a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional, eletrônico ou concernente, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Este trabalho é publicado nos termos da seguinte licença:



Creative Commons

Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY - NC 4.0)

Licença disponível em
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR>.

FICHA CATALOGRÁFICA

Bonavides, Samia Saad Gallotti

Sv414v

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE PRÁTICA PARA A RESTAURAÇÃO DO VÍNCULO COMUNITÁRIO / Samia Saad Gallotti Bonavides; orientador Gilberto Giacoia – Jacarezinho, 2020.

352 p.

Tese (Doutorado – Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2020.

1. Conflitos. Crimes. 2. Justiça restaurativa. 3. Vínculo comunitário. I. Giacoia, Gilberto, orient. II. Título.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE PRÁTICA PARA A RESTAURAÇÃO DO VÍNCULO COMUNITÁRIO

SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES

Esta TESE DE DOUTORADO foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nos termos do regulamento do Programa.

Jacarezinho/PR, em 30 de julho de 2020.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP - Orientador

_____

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho - UENP

_____

Prof. Dr. Valter Foleto Santin - UENP

_____

Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEM

_____

Profª. Drª. Cristina Rego de Oliveira - UC

“Essa forma reflexiva abre todo o direito para a realidade paradoxal da criação: com o homem e sua capacidade imaginativa surge algo que não se reduz nem ao dado natural nem às evidências analíticas. E o que Sófocles assinala é que esse imaginário é primeiro e acima de tudo político: ele forja as significações coletivas que vão assegurar o vínculo social.”

François Ost

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que, com interesse e paciência, dedicaram um pouco do tempo de suas vidas a orientar, analisar e sugerir complementos ao meu trabalho de doutorado. Este que não é para mim apenas um projeto só pessoal, pois considero toda pesquisa científica sendo parte de um projeto comunitário coletivo. Todos foram muito importantes nessa caminhada, em que a ciência e suas práticas são protagonistas. É a partir do ato de pensar o conhecimento e de transformá-lo em novas produções, que é possível a demonstração do quanto estamos certos ou equivocados, em termos de ações sociais, ao ser possibilitada uma parametrização, que confere mais segurança àquilo que se faz, mesmo quando estamos repetindo os modelos existentes e já consolidados há muito tempo, em termos civilizacionais, porque a atualidade nos cobra muita criatividade e dinamismo.

Carinho e admiração pelos meus ilustres colegas de cátedra que, integrando o corpo docente do programa se tornaram também excelentes orientadores no doutorado, os quais pelas respectivas experiências de vida e ensinamentos me conferiram elementos importantes para a formação na pós-graduação, como para minha qualificação e desenvolvimento pessoal. Foram muitos textos compartilhados, muitas interpretações e releituras, que aguçaram o interesse pela pesquisa, formando-se um quadro muito produtivo.

Registro agradecimento especial a meu orientador o Professor Doutor Gilberto Giacoia, que é meu colega de Ministério Público, de cátedra, e quase um membro da família, pelos anos de convivência saudável e amiga. Dele sempre recebi lições precisas e fundamentais, por seu conhecimento humano vívido e repleto de bons conceitos, exemplos e ações em prol da sociedade e das pessoas. Sua especial maneira de agir no campo do consenso sempre foi, para mim, uma inspiração e, da mesma forma para todos, um exemplo de comportamento dialogal. Agradeço ainda a meus ex-alunos com os quais exerci a metodologia dialética de diversas formas, sobre o tema central do trabalho e, também, temas correlatos relativos à mais moderna maneira de encarar o papel do direito e do sistema de justiça. Com eles, nas suas respectivas experiências de estudos avançados e atuações profissionais diversas,

troquei muitas impressões e bibliografias relevantes para a compreensão do mundo social e jurídico, o que se deu por muito tempo, inclusive antes do início do doutorado, e continua ocorrendo, sendo algo muito marcante na minha formação.

Agradeço também a minha família, pela compreensão de todas as minhas falhas, nesse período tão intenso do doutoramento, que consumiu muitas horas de convivência social e familiar, porque todos e todas continuaram sendo bons parceiros de vida, não me cobrando além do que eu poderia pagar, embora eu saiba que pude recompensar menos do que deveria, porque se trata de um período de tempo que requer alguma exclusividade, esse passo importante do programa de pós-graduação, que foi abraçado num período de atividade profissional muito intensa, tanto acadêmica quanto ministerial, mas ele nos retira da vida normal e nos põe num plano de tarefas muito desafiadoras. A vitória traz um sentimento intenso, porque o caminho é de muito empenho, sendo necessários e meritórios os agradecimentos. Ubuntu (essa palavra é um termo antigo da língua Zulu, região sul-africana, geralmente podendo ser traduzido como “sou o que sou pelo que nós somos” ou ainda, “humanidade para todos”, ou seja, “uma pessoa é uma pessoa por meio de outras”).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

CAPÍTULO I 25

1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA SOCIAL 25

1.1 A experiência social e a influência do pensamento hegemônico 29

1.2 A experiência social e a formação social, ideológica e cultural 35

1.3 A experiência social e a fundação da obrigação política moderna: o contrato social 42

1.3.1 O contrato social e a exclusão social 45

1.3.2 As formas de integração possíveis. a constituição como expressão do poder real. integração pela cultura. 61

1.3.3 A experiência social sob o aspecto da psicologia social. a consciência coletiva. os filtros 65

1.4 A experiência social e as mudanças sociais na modernidade 71

1.4.1 Os impactos e as dificuldades do mundo contemporâneo. a demanda relativa às mudanças estruturais 74

1.4.2 O impacto dos novos riscos. interpretando a modernidade 83

CAPÍTULO II 104

2 SOBRE A ATUAÇÃO JURISDICIONAL COMO EXERCÍCIO DE PODER. JUSTIÇA E O DIREITO. A JUSTIÇA SOCIAL 104

2.1 A visão crítica a respeito da ampliação da atuação jurisdicional 104

2.2 Aspectos históricos e teóricos relacionados à divisão de funções estatais e à atuação da jurisdição 113

2.3 Os princípios da correção funcional e das razões públicas na interpretação constitucional 120

2.3.1 O princípio da correção funcional 121

2.3.2 O princípio das razões públicas 124

2.4 As decisões estruturantes e o processo estrutural 127

2.4.1 Uma visão estruturalista do direito visando a superação do positivismo 133

2.5 Justiça e direito. Concepções necessárias 139

2.5.1 Sobre o que é o direito 141

2.5.2 Sobre o que é a justiça 153

2.6 Os pressupostos básicos da justiça social 158

CAPÍTULO III 171

3 SUJEITO, VIOLÊNCIA E PODER. AS ORIGENS HISTÓRICAS E A AS CORRELAÇÕES DESSES FATORES COM O SISTEMA DE JUSTIÇA. 171
3.1 O mecanismo sacrificial, a contenção da violência mimética e os vínculos comunitários 172
3.2 Os modos de subjetivação 191
3.3 O poder como forma de dominação 198
3.3.1 A violência estatal 202
3.4 Da sociedade disciplinar à sociedade de controle. As mudanças nas práticas sociais 206
3.5 A força simbólica do direito penal 216
3.5.1 A preocupação com a vítima 223
3.6 A demanda por mais punição provocando a expansão do direito penal 228
3.6.1 Revisitando as funções do direito penal 235
CAPÍTULO IV 242
4 SOBRE O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA 242
4.1 Algumas questões e pressupostos básicos referentes ao paradigma restaurativo 249
4.2 O diferencial do viés restaurativo da justiça. Um novo modelo de justiça 256
4.3 O paradigma restaurativo na prática. O processo circular 267
4.4 As normatizações brasileiras que buscam estimular a autocomposição, inclusive no processo penal e a preocupação com a vítima 273
4.5 A justiça restaurativa e o direito penal: a emergência humanizadora da responsabilização penal 287
4.6 A justiça restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário 295
CONSIDERAÇÕES FINAIS 302
REFERÊNCIAS 307
LEGISLAÇÃO E TEXTOS NORMATIVOS 341
ANEXO A - DESCRIÇÃO DO PROJETO-PILOTO "FAMÍLIA RESTAURATIVA". 343

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. **A justiça restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário.** Tese – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Curso de Direito - UENP, Campus de Jacarezinho, Jacarezinho/PR, 2020.

RESUMO

O estudo objetiva reunir fundamentos para a teoria da justiça restaurativa. Optou-se pela linguagem semiótica e metodologia hipotético-dedutiva, partindo da hipótese de perda do vínculo comunitário como fator de desagregação social, levando à exacerbação dos conflitos e crimes, como situações traumáticas que prejudicam a manutenção da coesão social. A pesquisa foi feita em bibliografia pertinente às questões filosóficas, sociológicas e jurídicas. O objetivo foi de responder à hipótese inicial formulada, visando demonstrar porque a justiça restaurativa é um modelo mais adequado de controle social. Partiu-se da noção de que o tratamento individual dos conflitos e situações traumáticas, por meio da justiça restaurativa, promove a construção comunitária e coletiva do sentido de justiça, em razão das soluções que são obtidas por meio do consenso, como atividade produtora de significados para todos os envolvidos e o seu entorno, o que auxilia na construção de um tecido social mais coeso. O primeiro capítulo contém um repositório de elementos da experiência social, ressaltando-se o uso do poder para fim de dominação, o que se reflete na formação social, ideológica e cultural. Tratou-se ainda da obrigação política moderna, do contrato social, das formas de integração social e das mudanças sociais decorrentes dos novos riscos da modernidade. No segundo capítulo houve análise da ampliação da atuação jurisdicional, a partir da visão relativa ao exercício das diferentes funções estatais, considerando-se os princípios da correção funcional e o das razões públicas, bem como a visão estruturalista do direito para se superar o positivismo. Foram analisadas as concepções de direito, justiça e justiça social. O terceiro capítulo aborda o sujeito, a violência, o poder, numa visão que leva em conta as origens históricas do sistema de justiça penal, a teoria do mecanismo sacrificial, que explica a contenção da violência mimética para preservação dos vínculos comunitários, contrapondo-se mais uma vez a questão relativa ao poder como forma de dominação também por meio do uso do direito penal e da demanda por mais utilização da violência estatal, por meio do exercício punitivo, o que tem provocado a expansão do direito penal, situação que impele a reflexões sobre formas alternativas de abordagem do crime. No quarto capítulo foram introduzidas as noções de justiça restaurativa como possibilidade humanizadora de tratar a responsabilização penal. Ela consiste em práticas que podem ter uma processualidade com fins reparadores mais profundos, ou representarem procedimentos complementares na resolução de conflitos familiares, vizinhança, ambiente escolar, como nas infrações penais da área da infância e adolescência. O estudo aborda então, a justiça restaurativa, as práticas restaurativas e um agir de conteúdo filosófico, como um modelo diferente de controle social, que depende da voluntariedade dos participantes, não usa a imposição e a coerção, trabalha com a consensualidade e o convencimento, podendo, por isso auxiliar na restauração do vínculo comunitário.

Palavras-chave: Conflitos. Crimes. Justiça restaurativa. Vínculo comunitário.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. **Restorative justice as a new model of practice for restoring the community bond.** Thesis - Center for Applied Social Sciences, Postgraduate Program in Legal Science - Law Course - UENP, Jacarezinho Campus, Jacarezinho / PR, 2020.

ABSTRACT

The study aims to gather foundations for the theory of restorative justice. It was opted for the semiotic language and hypothetical-deductive methodology, starting from the hypothesis of loss of the community bond as a factor of social breakdown, leading to the exacerbation of conflicts and crimes, as traumatic situations that hinder the maintenance of social cohesion. The research was done in bibliography pertinent to philosophical, sociological and legal issues. The objective was to respond to the initial hypothesis formulated, aiming to demonstrate why restorative justice is a more adequate model of social control. It started with the notion that the individual treatment of conflicts and traumatic situations, through restorative justice, promotes community and collective construction of the sense of justice, due to the solutions that are obtained through consensus, as an activity that produces meanings for all those involved and their surroundings, which helps to build a more cohesive social fabric. The first chapter contains a repository of elements of social experience, highlighting the use of power for the purpose of domination, which is reflected in social, ideological and cultural formation. It was also about the modern political obligation, the social contract, the forms of social integration and the social changes resulting from the new risks of modernity. In the second chapter, there was an analysis of the expansion of jurisdictional action, based on the view related to the exercise of different state functions, considering the principles of functional correction and that of public reasons, as well as the structuralist view of the law to overcome positivism. The conceptions of law, justice and social justice were analyzed. The third chapter addresses the subject, violence, power, in a view that takes into account the historical origins of the criminal justice system, the theory of the sacrificial mechanism, which explains the containment of mimetic violence to preserve community bonds, in contrast once again the question of power as a form of domination also through the use of criminal law and the demand for more use of state violence, through punitive exercise, which has caused the expansion of criminal law, a situation that impels reflections on alternative ways of approaching crime. In the fourth chapter, the notions of restorative justice were introduced as a humanizing possibility to deal with criminal liability. It consists of practices that may have a procedurality with deeper reparative purposes or represent complementary procedures in the resolution of family conflicts, neighborhood, school environment, as in criminal offenses in the area of childhood and adolescence. The study then addresses restorative justice, restorative practices and an act of philosophical content, as a different model of social control, which depends on the willingness of the participants, does not use imposition and coercion, works with consensus and convincing, therefore being able to assist in restoring the community bond.

Keywords: Conflicts. Crimes. Restorative justice. Community link.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. **La giustizia riparativa come nuovo modello di pratica per ripristinare il legame comunitario.** Tesi - Centro di scienze sociali applicate, programma post-laurea in scienze giuridiche - Corso di giurisprudenza - UENP, Jacarezinho Campus, Jacarezinho / PR, 2020.

ASTRATTO

Lo studio mira a raccogliere le basi per la teoria della giustizia riparativa. Abbiamo optato per il linguaggio semiotico e la metodologia ipotetico-deduttiva, partendo dall'ipotesi della perdita del legame con la comunità come fattore di rottura sociale, che porta all'esacerbazione di conflitti e crimini, come situazioni traumatiche che ostacolano il mantenimento della coesione sociale. La ricerca è stata condotta in bibliografia pertinente a questioni filosofiche, sociologiche e legali. L'obiettivo era rispondere all'ipotesi iniziale formulata, con l'obiettivo di dimostrare perché la giustizia riparativa è un modello più adeguato di controllo sociale. È iniziato con l'idea che il trattamento individuale dei conflitti e delle situazioni traumatiche, attraverso la giustizia riparativa, promuova la costruzione comunitaria e collettiva del senso di giustizia, a causa delle soluzioni ottenute attraverso il consenso, come attività che produce significati per tutte le persone coinvolte e l'ambiente circostante, che aiuta a costruire un tessuto sociale più coeso. Il primo capitolo contiene un deposito di elementi dell'esperienza sociale, mettendo in evidenza l'uso del potere ai fini del dominio, che si riflette nella formazione sociale, ideologica e culturale. Riguardava anche l'obbligo politico moderno, il contratto sociale, le forme di integrazione sociale e i cambiamenti sociali derivanti dai nuovi rischi della modernità. Nel secondo capitolo, è stata analizzata l'espansione dell'azione giurisdizionale, basata sulla visione relativa all'esercizio di diverse funzioni statali, considerando i principi di correzione funzionale e quelli di ragioni pubbliche, nonché la visione strutturalista della legge per superare il positivismo. Sono state analizzate le concezioni di legge, giustizia e giustizia sociale. Il terzo capitolo affronta il tema, la violenza, il potere, in un'ottica che tiene conto delle origini storiche del sistema di giustizia penale, la teoria del meccanismo sacrificale, che spiega il contenimento della violenza mimetica per preservare i legami della comunità, al contrario ancora una volta la questione del potere come forma di dominio anche attraverso l'uso del diritto penale e la richiesta di un maggiore uso della violenza statale, attraverso l'esercizio punitivo, che ha causato l'espansione del diritto penale, una situazione che spinge riflessioni su modi alternativi di affrontare il crimine. Nel quarto capitolo, le nozioni di giustizia riparativa sono state introdotte come una possibilità umanizzante per affrontare la responsabilità penale. Consiste in pratiche che possono avere una proceduralità con scopi riparativi più profondi o che rappresentano procedure complementari nella risoluzione dei conflitti familiari, del vicinato, dell'ambiente scolastico, come nei reati nell'ambito dell'infanzia e dell'adolescenza. Lo studio affronta quindi la giustizia riparatoria, le pratiche riparative e un atto di contenuto filosofico, come un diverso modello di controllo sociale, che dipende dalla volontà dei partecipanti, non usa l'imposizione e la coercizione, lavora con consenso e convincente, quindi essere in grado di aiutare a ripristinare il legame comunitario.

Parole chiave: conflitti. Crimini. Giustizia riparativa. Link alla comunità.

INTRODUÇÃO

“Por fim, notaremos que o direito analisado, que se articula em torno de pirâmides de normas e escalonamentos de poder, apreende com dificuldade o caso particular e as pessoas individuais, enquanto o ponto de vista inverte-se, evidentemente, no caso do direito contado. Aqui, é a partir da história singular que o direito se reconstrói, e a partir do caso particular que sua racionalidade é posta à prova”.

(François Ost – Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico, p. 46)

O método científico e a capacidade de raciocinar é que permitem seguir em frente em busca da verdade e de se contribuir para o conhecimento científico, uma vez que a ciência, além de ser um bem em si mesma, é um sistema de ideias estabelecidas em situação provisória, sendo que o seu conteúdo é passível de revisões, por atividades produtoras de novas ideias e teorias.

A pesquisa em ciências sociais aplicadas tem mais de um caminho para atingir seus propósitos, ou seja, na medida em que esta atividade enseja a necessidade de uma investigação sobre o estado das ideias e sua respectiva fundamentação teórica “até aqui”, o investigador das questões sociais que busca novas soluções, pode fazê-lo perquirindo, tanto a realidade concreta que se processa em ações que estão sendo praticadas nos mais diversos setores sociais, como pode se valer da coleta em documentos bibliográficos, como livros, artigos, palestras, ensaios e teses, para, a partir daí estabelecer um diálogo teórico com o pensamento antecedente, que é o que compõem o universo das concepções epistêmicas.

Portanto, uma nova pesquisa propicia a criação de uma nova teoria que tem a finalidade de contribuir de modo favorável ou contrário aos pensamentos anteriores, que formaram o conjunto do seu *corpus*.

A complexidade da vida em sociedade e o acelerado processo de transformação exigem atualmente a superação de posturas dogmáticas e também positivistas, em prol de um envolvimento ativo, que não tenha receio de lidar com a incerteza do desconhecido e nem do diferente, o que requer, muitas vezes, não a

escolha de um único método e sim a conjugação deles. Aqui o caminho trilhado foi de perscrutar o pensamento teórico já produzido, mas com alguma observação do que acontece na prática, visando, de maneira dialética e interdisciplinar, questionar e tensionar conteúdos, buscando conclusões por meio das propostas alternativas às práticas do sistema de justiça convencional.

A opção da pesquisa foi pelo uso da linguagem semiótica e método hipotético-dedutivo, pois diante da observação e percepção do que acontece em práticas restaurativas, tal perspectiva baseada em significações, favorece a possibilidade de recortes não apreensíveis da realidade, os quais não são normalmente acessíveis de forma plena pela razão, e assim, o recurso a elementos intermediários e também dos interdisciplinares, auxiliam a natural capacidade humana de ir além da própria percepção, ao criar e comunicar significantes visões do mundo, como se recriasse a realidade, razão porque, no tema escolhido, confere elementos essenciais para a análise como proposta.

Nesse sentido, a revisão e atualização teóricas, com predomínio da metodologia dedutiva, se propõe a explicar a hipótese inicial que questiona a perda do vínculo comunitário como fator de desagregação social, o que levaria à exacerbação dos conflitos e crimes, como situações traumáticas, que prejudicam a coesão social.

Um estudo que tem por finalidade contribuir para uma evolução das ideias em relação ao meio social, sua organização e as obrigações jurídicas decorrentes da sociabilização, tem estrita relação com assuntos da vida social, razão pela qual, aqui, o propósito é de contribuir para as reflexões que apontam a possibilidade de que as pessoas, nos relacionamentos intersubjetivos, possam vivenciar experiências diferentes de responsabilização diante dos problemas traumáticos, como são os conflitos e os crimes.

A incessante inquietação sobre os temas da vida social requer e demanda o desenvolvimento de projetos vitais ao destino comunitário, principalmente num mundo muito complexo e arriscado. Em se tratando da área de ciências sociais aplicadas, a visão sistêmica auxilia na compreensão do todo e do processo de construção, conseguindo, até certo ponto contornar os elementos complexos e a diversidade,

possibilitando enfoques em diferentes níveis de descrição, e também para a identificação dos elementos envolvidos, a variabilidade das interações, para, ao final colmatar o conteúdo, possibilitando trazer à evidência, por exemplo, como as forças sociais se compõem, quais são os atores, o que está implicado nas escolhas, nos meios, nas regulações, e como se dá, de forma geral, o controle social.

O pensamento cartesiano produz a separação entre natureza e sociedade, estabelecendo uma dupla crise: a do vínculo do indivíduo com a natureza e o fato de ser, equivocadamente, compreendida a racionalidade como ausência de limites, de forma que o ser racional, passa, historicamente, a agir não reconhecendo seus limites, pela tendência de tudo ser transformado em racionalização, para a qual não existem efetivamente limites, e isso se torna especialmente problemático quando se transfere para estes tempos de modernidade líquida.

Por essa razão, é uma necessidade civilizatória a busca de alternativas que objetivem inovar, visando resultados que auxiliem na transformação social, e, no caso específico da tese, a finalidade se perfilha à uma visão de maior potencial inclusivo, emancipatório e de solidariedade, como modo de viver em comunidade. Isso especialmente está alinhado com as abordagens dos problemas, conflitos e crimes que perturbam a harmonia social, pela conjugação de temas da vida coletiva, os quais perpassam a relação ínsita ao sujeito, ao poder e à violência, o que implica em necessidade de adequações epistêmicas, bem como culturais.

O conflito é inerente à convivência desde sempre, aliás, a observação da sociedade leva à conclusão de que não há como eliminá-lo, nem isso teria qualquer utilidade, porque a vida é tensão entre seres pensantes que possuem vontades e são seres agentes, com interesses que não podem ser sempre atendidos em relação a todos. Isso, entretanto, não impede que se busque construir soluções com as quais todos consigam conviver bem, e que não passam por métodos impositivos e punitivos, mas que haja outras possibilidades mais integradoras.

Dessa maneira, se desenvolveu o raciocínio no sentido de que o poder concentrado, principalmente, quando é utilizado para a manutenção de determinados padrões de coexistência, impede a emergência das narrativas, que compõem as subjetividades “em busca de um autor”, criando-se um espaço de compartilhamento

de experiências. Tudo que não é compartilhado, pode vir a ser reivindicado, e as formas de reivindicação podem ser violentas, como as imposições corretivas e punitivas também são atuações violentas do poder do Estado, e o ciclo da violência é contínuo e interminável, porque a violência gera violência.

Portanto, pensar o sistema de justiça, nessa perspectiva que não contribui muito para a construção de elementos pacificadores, conduz à conclusão de existência de uma fórmula repetida de um instrumento ineficiente para a integração social, principalmente em se pensando na área criminal, que reproduz aquilo que ela tenta negar, numa típica tarefa de Sísifo.

Os avanços do conhecimento em geral e especialmente no campo social, econômico, político e jurídico têm se mostrado nas últimas décadas, permeando os principais valores cultivados na modernidade, normalmente inseridos nos atuais sistemas jurídicos. Esteve e está no palco, como objetivo essencial na área das ciências sociais aplicadas e das humanidades, a busca por instrumentos que auxiliem no aperfeiçoamento dos métodos que contribuam para uma vida coletiva que seja o retrato e a representação do progresso obtido até aqui.

No que tange à forma de transformar os conflitos sociais em algo positivo para os relacionamentos intersubjetivos, algumas décadas atrás retornou-se a estimular que os envolvidos em conflitos tivessem protagonismo e participação mais ativa, com vistas à solução, o que tem auxiliado na evolução da própria teoria do conflito, com o contributo de diversas áreas do conhecimento. Por essa razão, o especial interesse que aqui é veiculado, dirige-se a uma proposta do que tem sido opção daquela que é hegemonicamente predominante.

É certo a justiça restaurativa, em si, bem como toda temática em torno de técnicas alternativas de resolução de conflitos, não significa algo novo, mas o fato é que precisam estar sempre em processo de reflexão, e se contrapor o que trazem como propostas de solução, ao que se encontra convencionado. Quando se observa que a escolha em submeter os problemas da vida a um órgão jurisdicional, como a maneira principal de busca das soluções, apesar das fortes evidências de que o sistema convencional de justiça tem falhado muito, e se encontra saturado, só produzindo efeitos não satisfatórios, e que a punição, como método preventivo e

corretivo de comportamentos, não se tem traduzido num meio efetivo, há então a necessidade de serem exploradas alternativas, que decorre de um programa vital e coletivo, de percorrer outros caminhos para se manter a agregação social.

Especialmente, temos que nos ater a um mundo de acentuadas mudanças, que fizeram crescer as questões e os problemas sociais, inclusive pelo advento dos novos riscos, mostrando-nos que a modernidade impõe desafios frequentes.

A globalização que propicia, num mundo tecnológico, a disseminação rápida das ideias e reformulação das certezas e convicções, tem trazido benefícios ao lado de prejuízos. A influência do mercado global e da política internacional contribuiu para o decréscimo da legitimidade do Estado na efetivação de políticas públicas, porque, como pode ser visto no que se reproduziu nesta tese, em termos de fundamentos, a organização mundial se faz em privilégio do capital e menos com foco no desenvolvimento das pessoas, sendo dessa forma orientada a regulação dos direitos e também a formatação dos comportamentos, fazendo crescer a normatização proibitiva, sancionatória e punitiva.

Num sistema jurídico com dificuldade de acompanhar a rapidez com que se pedem decisões, num ambiente coletivo que não cessa de produzir fatos e acontecimentos novos, as legislações tendem a ser cada vez mais abertas, o que significa um decréscimo de definições legais e certeza jurídica, a priori. Enfim, é uma quadra histórica em que é preciso e há motivos para se repensar as formas de interagir em sociedade.

A experiência que coloca pessoas num plano comunicativo igualitário, as inspirando para o exercício solidário é algo importante principalmente diante das situações de responsabilização por atos perturbam o espaço social. Esse ato de responsabilizar alguém por seu comportamento é algo essencial para a coesão comunitária, quanto mais efetiva seja a forma de como isso se realiza. E é esta efetividade que é preciso atingir, para serem provocadas transformações na consciência coletiva, sobre a forma de encarar e tratar os conflitos e os crimes. Tal tarefa pode começar no microcosmo social, com vistas à reconstrução dos relacionamentos intersubjetivos, no âmbito coletivo.

A colonização do indivíduo, pelo exercício do poder, se destina a tentar impor moldagens subjetivas, que são disfuncionais na medida em que retira o percurso do autoconhecimento do sujeito, que também passa a não conhecer o outro, não tendo este interesse, deixando de exercitar a empatia e a alteridade. A civilização ocidental foi adotando um padrão jurídico de organização da vida, em detrimento da riqueza que tem o realismo das vivências intersubjetivas, ou seja, escutar, entender, compartilhar sentimentos e sensações; e assim, foi acontecendo o distanciamento das pessoas nas suas respectivas humanidades e subjetividades.

Existem perguntas que revelam algo da constituição subjetiva, quando há local e espaço para aproximação, escuta e possibilidade de expressão. São perguntas simples, como: em que circunstâncias o outro vive; quais valores regem sua vida; quais suas dificuldades sociais, econômicas, familiares, morais e religiosas, além do que compõe o seu mundo psíquico, nas aflições e temores, tudo isso que diz muito sobre o sujeito e seu estar no mundo.

No final do século XX já se havia constatado por estudiosos, de forma ainda incipiente, mas que foi se confirmando ano após ano, uma mudança epistemológica do direito penal em relação à forma como vinha sendo estudado teoricamente, pelo menos desde o século XIX. E definitivamente houve um alargamento do espectro punitivo e a sua utilização, sendo que a expansão se deu, a partir do início do século XXI, concorrendo razões psicológicas, morais, sociológicas e jurídicas. Então, se para resolver as intrincadas questões do mundo só tivermos como soluções a sanção e o *jus puniendi*, devendo ser reconhecida a estagnação no processo civilizatório.

No primeiro capítulo a abordagem dos fundamentos para a tese se iniciou pelas experiências sociais, porque, para o fim proposto, é preciso ver a sociedade como o resultado da confluência de muitos componentes que estão envolvidos na sua formação e organização, se apresentando como sínteses de ações sociais recíprocas.

Então, faz parte de um processo de construção cognitiva, a respeito do objeto da tese, a compreensão de como se deu, evoluiu e continua se dando o processo de socialização e também de organização da vida social, bem como a influência do poder e o significado do pacto social, para se concluir a respeito da regência de nossa vida coletiva. Porque há de se compreender que tais reflexões passam pelo entendimento

de que lidamos com construções, e não situações que são dadas, fruto de entregas prontas e acabadas.

Seria como concluir que antes de culpar o sociabilizado, é preciso compreender como se deu e foi determinada a sua sociabilização, e o quanto o todo da sociedade está implicado nesse resultado.

O peculiar funcionamento dos núcleos sociais está relacionado a estruturas específicas, que são ordenadas segundo formas de exercício do poder. A proposta da compreensão dos problemas sociais teve como tônica o entendimento de que não partem de fatores individuais e sim, que prevalecem, para fins de explicação sobre a origem dos conflitos e dos crimes, o conteúdo atinente à conformação e à estrutura social.

A base teórica ocidental eurocêntrica, como visão conformativa do mundo, exerceu na modernidade, forte e decisiva influência sobre uma parte significativa do mundo, e, inclusive, sobre nossa própria tradição, sendo ela responsável pelo padrão de desenvolvimento nos países europeus e americanos.

E, nessa linha de reflexão, cada pessoa tem uma concepção, justamente pelas interferências nos processos cognitivos e forma de interpretar os acontecimentos, os fatos, o que também é válido para a família, para as instituições e cada grupo social. As epistemologias podem ser diferentes, em razão dos elementos herdados e intuitivos, além dos que resultam das experiências e comunicações que vão sendo acumuladas nas variadas experiências em sociedade.

Estas foram, em linhas gerais as premissas do primeiro capítulo, buscando-se consolidar elementos para o prosseguimento nos demais.

O segundo capítulo tratou da atuação jurisdicional como exercício de poder, conceitos de justiça e o direito, noções de justiça social e da justiça restaurativa. Entendeu-se que era importante agregar a visão crítica a respeito da ampliação da atuação jurisdicional, pensando-se a respeito do exercício jurisdicional pelos aspectos históricos e teóricos que precisam ser sopesados a partir da própria teoria da separação das funções estatais. Nessa linha, a jurisdição não poderia ter chegado ao nível de abrangência da vida das pessoas, como chegou, considerados todos os

aspectos e os princípios que a deveriam compartimentar, sem tanta invasão sobre a conformação de vários aspectos da vida. Isso, justamente, porque no contexto da organização jurídica do Estado, há os princípios da correção funcional e o das razões públicas, o que significa dizer que não podemos ter tudo aquilo que desejamos, via atuação jurisdicional, e ela não pode coincidir com nossa forma de pensar o mundo, porque o espaço da atuação pública é regido pelas razões públicas.

A evolução do peso da atuação jurisdicional sobre os destinos sociais é sentido, tanto porque cada vez mais se tem uma legislação de textura aberta, e para a lei ser aplicada, o juiz precisa definir o que o legislador não definiu, em relação ao próprio conteúdo do direito, e o faz sem a mediação do debate público. Por outro viés, isso só tende a se amplificar na perspectiva do processo estrutural, cujo escopo é no sentido de que a atividade jurisdicional pode se dar em face da gestão ineficiente das questões públicas, situação em que o juiz pode substituir o próprio gestor, não só nas escolhas, mas na própria execução direta de algo que seria da sua incumbência. Isso subverte o princípio da separação de funções do Estado, pois, a concepção do chamado processo estrutural, pode representar uma situação em que a função jurisdicional efetivamente engloba a função executiva, por força da decisão judicial. Foram também feitas, no final do segundo capítulo, pertinentes e necessárias considerações teóricas sobre a justiça social, dando o fecho ao capítulo que contextualizou com este assunto o princípio da fraternidade, que não teve a mesma prevalência e peso que os princípios da liberdade e o da igualdade nas políticas de Estado, de modo a permitir-se a efetiva fraternidade, dentro daquela ideia comum de uma sociedade mais justa e solidária.

No terceiro capítulo tratou-se de aspectos relativos ao sujeito, à violência e ao poder, para adentrar especificamente nos instrumentos penais e nas origens do sistema punitivo e seu uso para fim de controle social.

O mecanismo sacrificial se revela a partir da teoria mimética, e na forma de se construir e manter os vínculos comunitários, no que opera a nível das identidades e, ainda, quanto a atribuição de culpa, com relação à punição, a violência no meio social, e tudo o que está implicado nesse campo de conexões.

Por meio da teoria mimética, se pode compreender porque o sacrifício de pessoas é considerado determinante para a evolução humana, e que o início da hominização está profundamente relacionado com a violência sacrificial, estando ela centralizada no desejo e na imitação, como está desenvolvida no terceiro capítulo, a partir da estruturação das sociedades arcaicas, o que também se reproduziria nas sociedades atuais. Essa constatação mostra a existência de mecanismos antropológicos, afirmando uma estrutura assentada no desejo, na visão do sacrifício e necessidade de existência de “bodes expiatórios”.

O mecanismo sacrificial representa a primeira instituição humana com capacidade de sustentar e preservar a sociedade, para se perpetuar, sendo que a cultura emerge do desejo mimético, sendo que bode expiatório, que é vitimário, auxiliaria a regular o plano da sociabilidade, o que solucionaria as tensões sociais internas. Então, a violência ritualizada no sacrifício cumpre o papel de fortalecer os vínculos comunitários, porque a sociedade careceria dessa vítima, ou seja, de um bode expiatório, para controlar e neutralizar a agressão sempre presente no grupo, na forma de violência latente, em razão do potencial de reprodução mimética, ou seja, de multiplicação da hostilidade, gerando crises que ameaçam dissolver o sentido de comunidade, podendo chegar à guerra de todos contra todos.

Dessa forma, esse mecanismo de polarização da violência constitui o caráter fundador, pois por meio dele a ordem social, antes sob ameaça, é reafirmada, ou afirmada, quando ainda inexistente, levando os membros da comunidade a se harmonizarem e se consolidarem como grupo. Isso explicaria o sistema punitivo, para atender a uma lógica sacrificial, expressando o monopólio da vingança pelo Estado. Isso decorre do fato de que este desejo de violência nunca foi extinto, tendo uma lógica relativamente constante, sendo mais difícil sua contenção do que seu desencadeamento, posto que, quando iniciado se constitui em forma de represálias que não terminam, e se não aplacadas a tempo, provocariam a destruição da comunidade.

Também ainda, no campo da antropologia social e da psicossociologia, abordou-se a territorialização da subjetividade pelo sistema capitalista, bem como o uso da culpabilização, da segregação e da infantilização, de forma a mostrar como

um processo que é tão complexo e tão radicalmente disciplinador dos comportamentos, de forma a tornar o sujeito refém de projetos pré-determinados, que via de regra são destinados a servir a algum tipo de dominação social.

A cultura cumpriria uma tarefa de reterritorialização da subjetividade, de modo a produzir nos indivíduos, em cada momento histórico, a necessidade de pertencimento a uma determinada comunidade, numa constante adaptação da vida social, dada a movimentação e a difusão que se dá a partir de uma série de instituições, práticas e procedimentos vigentes em cada momento histórico, o que também acontece no plano coletivo do processo de subjetivação.

A diferença quando se busca a realização de novos resultados para o meio, no sentido de oferecer uma maneira alternativa de interação na prática e na experiência social, é sempre perquirir se há um “sujeito que está dado”, ou um “sujeito que se constitui”, quer na experiência vivida, quer pelos acontecimentos, ou ainda nos encontros com o outro. Os efeitos que acontecem nos encontros mostram que o sujeito acaba sendo forçado ao questionamento, e à consequente produção de sentidos para a experiência vivida. Isso tende a provocar nele uma desorganização do modo de viver que conhecia até aquele momento, e portanto, é uma ocorrência que não lhe é indiferente no curso da vida, porque acaba por gerar uma série de sensações estranhas, que lhe incomodam e angustiam, o que quer dizer que seu mundo interior pode ser canalizado para novas experimentações. Não há como cessar este processo, porque ele necessariamente prossegue, e por esta razão, o sujeito não pode ser tido como uma entidade pronta.

É o exercício do poder que promove a dominação, que não se dá de maneira linear ou piramidal, concretizando-se por meio daquele, a partir da imposição de uns sobre os demais. O poder circula e flui, operando em cadeia, se constituindo basicamente em práticas que vão se repetindo e se eternizando, envolvendo a todos, que são integrados quer como destinatários dele, ou como protagonistas, embora isso não seja distribuído nem de forma igual, nem de forma correta.

Considerando-se ainda, que a dominação é responsável também pela organização da verdade, e se constitui como prática social, havendo locais em que isso se reitera com caráter de coisa absoluta, para ser obtido o efeito de aparência de

verdade e de universalidade, quando o que se tem são apenas construções artificiais, por meio de uma complexa rede de relações de poder.

Além do exercício do poder, a violência estatal, exerceria um papel duplo, sendo responsável pela instauração de toda ordenação do direito, pois só ela poderia dar conta de instaurar o direito e, também, estabelecer o poder, sendo o seu segundo papel, o de manter o direito que foi por ela estabelecido.

Há visões e conceitos relativos à violência que estão situados no âmbito político, ou seja, são os fenômenos da violência que estão no domínio da esfera pública, e por isso são de natureza puramente política. E isso é que foi tratado neste tópico respectivo, do capítulo terceiro, estando de fora, portanto, os fenômenos que são normalmente estudados em outras ciências, como: a psicologia, a antropologia, a sociologia, a biologia, para citar algumas, que podem se ocupar da natureza particular do próprio fenômeno da violência, para assim analisá-lo na estrita esfera do indivíduo.

O direito penal teria um caráter simbólico, diante da sua incapacidade de solucionar os problemas para os quais foi idealizado e para o que existe, isso, devido em grande parte do uso da pena como panaceia, sendo ostentado o direito penal num cenário de temor generalizado, como se a aplicação das normas tivesse um caráter apaziguador e desencorajasse as condutas transgressoras, sendo, em realidade, produtor de mais e mais estigmatização, sem resolver os problemas.

Por isso, a partir da hipótese de pesquisa sobre a forma mais adequada para se recompor ou se manter o vínculo comunitário é que, no quarto capítulo ela é apresentada, com utilização de um recorte do referencial doutrinário, sobre as teorias restaurativas e também descrições das práticas, sem pretensão de esgotar todo o tema, mas sim de expor sistemicamente como toda a base sociológica, antropológica, filosófica, jurídica e também aspectos da psicologia e psicanálise social, compõem um feixe de conexões importantes para se compreender o mecanismo punitivo e a forma como se pode explicar os benefícios de opções alternativas, como é o caso de justiça restaurativa.

O interesse pela teoria da justiça restaurativa se deu desde pelo menos o ano de 2014, a partir do conhecimento de como se dá sua prática, especialmente pelo conhecimento do processo circular. Houve o contato por meio dos cursos, das leituras,

da observação de projetos experimentais em execução, bem como foram feitas contribuições para a prática, com a promoção de ações utilizando a metodologia restaurativa, participação em debates e estudos sobre o tema, realização de eventos de sensibilização e qualificação de atores, ou seja, foram fases de desenvolvimento a visando compreender a teoria, por meio do conhecimento teórico e prático, os elementos que configuram a justiça restaurativa em diferentes cenários sociais.

A justiça restaurativa pode ser explicada na perspectiva filosófica como a representação de uma atitude que motiva os sujeitos a se interessarem por aqueles que eles não conhecem profundamente, e que passam a conhecer pelas narrativas compartilhadas, com isso gerando empatia, sendo que essa experiência, de acordo com a proposição inicial da pesquisa, tem potencial para a ressignificação do vínculo comunitário e social.

CAPÍTULO I

1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA SOCIAL

As pessoas se sociabilizam quando interagem socialmente, e, por meio de formas e conteúdos distintos, são produzidos os efeitos que redefinem as relações sociais. Então, com base em diferentes campos epistemológicos sobre o “estar no mundo”, a partir das combinações teóricas prevalentes na contemporaneidade, é que se concretizam as chamadas experiências sociais.

Ao fazer a apreciação da dinâmica, e por meio da análise da organização social, se pode buscar compreender seus aspectos funcionais e disfuncionais, porque a tarefa de quem atua nos conflitos, dos que estão envolvidos com a repressão da criminalidade e com o tratamento punitivo, na perspectiva da realização da Justiça, preservação da segurança, com atenção aos reclamos sociais de uma convivência harmônica e em paz, precisa começar daí, inclusive com vistas às formas de prevenção e visando a proposição de reações sociais transformativas e mais positivas.

De acordo com Álvaro Mairink da Costa:

> (…) nem os fatores criminológicos individuais, nem as condições ambientais são adequados para justificar qualquer ação individual. Podem existir algumas circunstâncias nas quais os fatores individuais possam desempenhar um papel relacionado a um meio social específico (nos psicopatas, o impulso é maior por fatores individuais do que sociais). São as desvantagens socioeconômicas que devem ser objeto de maior atenção. A delinquência não é apenas resultado de fatores individuais, nem tampouco de um nocivo meio social, originando-se de uma resposta individual aos estímulos do ambiente socioeconômico que o circunda. A explicação para a ausência do sucesso de uma satisfatória explicação para a etiologia criminal ressalta a necessidade de incrementar a investigação interdisciplinar, os fatores constitucionais, psicológicos e sociais. Esta investigação multipacífica é necessária para explorar totalmente a multiplicidade de fatores individuais e sociais que conduzem à criminalidade (2010, p. 63).

E prossegue ele afirmando que: “Não se pode prescindir nos modelos sociológicos contemporâneos dos suportes biopsicológicos do comportamento

humano para buscar um controle racional e razoável com o menor custo social" (2010, p. 70).

A noção de sociedade advém do fato de se multiplicarem os agrupamentos sociais, e aí foram surgindo comunidades que precederam as cidades, e mais pessoas passaram a viver juntas num mesmo espaço, havendo necessidade de se organizarem impondo regras de convivência, uma vez que estas circunstâncias propiciam o aumento dos conflitos, com uma maior diversidade de formas de estar no mundo e passado a dividir um espaço próximo, que requer delimitação às ações dos conviventes. Como para impor regras é preciso que tais condições sejam criadas em instâncias de poder, conclui-se, por meio de elementos históricos que demonstram como se deu a evolução social, que o controle se deu por fundamentos de ordem religiosa, ideológica ou até psicanalítica, mas, em qualquer dos aspectos, tendo grande influência a cultura.

Portanto, ao serem observados os fenômenos como se desenvolveram, não se pode afastar os componentes da vida psíquica também no contexto coletivo, e não apenas no plano individual, de forma a se avaliar o quanto as interações da psique humana, interferem também nas manifestações sociais.

Isso tudo ainda deve passar pelo estudo metodológico do conhecimento[1], ou seja, pela epistemologia, que é a forma como se conhece e são dominados os pressupostos que configuram uma visão das coisas. Este é o âmbito das perguntas que devem ser feitas sobre o "ser": o que é o homem, o que é o mundo, o que é conhecer.

Tais questões, além de filosóficas, são também científicas, como podem estar no âmbito de outros saberes e percepções, como por exemplo, no campo espiritual e metafísico. E, nessa linha de reflexão, cada pessoa tem uma concepção dos

---

[1] O conhecimento propicia então a construção de sentidos, sendo importantes os significados para o indivíduo ou para a coletividade, eis que as situações de ruptura deles provoca abalos, inseguranças, influenciando a opinião pública, desestabilizando certezas, e, portanto, não funcionam bem, razão da necessidade de sua construção e aprofundamento, por meio de reflexões filosóficas, por exemplo, ou por meio do conhecimento e das experiências científicas, quando são apresentadas as "provas" conclusivas sobre as teorias, e, para Michel Foucault (2005, p. 17) "o conhecimento, no fundo, não faz parte da natureza humana. É a luta, o combate, o resultado do combate e consequentemente o risco e o acaso que vão dar lugar ao conhecimento".

fenômenos do ponto de vista filosófico, ou seja, uma forma de interpretar os acontecimentos, os fatos, o que também é válido para a família, para as instituições e cada grupo social. Porque as epistemologias podem ser diferentes, em razão dos elementos herdados e intuitivos, além dos que resultam das experiências e comunicações que vão sendo acumuladas nas variadas experiências em sociedade.

Com base nisso, Gregory Bateson, antropólogo, estudioso da comunicação e importante precursor do pensamento sistêmico novo-paradigmático[2], afirmou que: "Todo mundo tem uma epistemologia e quem diz que não tem, tem uma epistemologia muito ruim" (PAKMAN, 1988, p. 35 *apud* VASCONCELLOS, 2002).

Ocorre que, além disso, há dois modos pelos quais podem ser percebidos os assuntos que permeiam o estar no mundo e também o funcionamento da sociedade: um deles corresponde ao pensamento hegemônico, e de outro lado, há o bloco composto de outras formas de lidar com os assuntos que dizem respeito a estes temas, correspondendo aos que não estão alinhados com um entendimento unitário. E assim a vida social é compreendida ou por um entendimento padrão ocidental, ou está no âmbito de outras formas de assimilar os acontecimentos e ordená-los, segundo valores diferentes.

O peculiar aspecto de funcionamento[3] dos núcleos sociais é resultado de estruturas específicas, principalmente decorrentes do exercício do poder. A base teórica ocidental eurocêntrica exerceu na modernidade, forte e decisiva influência sobre uma parte significativa do mundo. Nossa própria tradição tem suas referências nessa base teórica, que é responsável pelo padrão de desenvolvimento nos países europeus e americanos.

---

[2] Um paradigma é aquilo que delimita o que há para ser resolvido num determinado campo, e contém um padrão de racionalidade e consenso aceito até então pela comunidade científica. A evolução da ciência ocorre pela revolução, quando se substitui o paradigma, rompendo com o anterior.

[3] Georg Simmel e Max Weber são autores alemães que, numa perspectiva clássica foram responsáveis pelas primeiras elaborações sociológicas (na Alemanha), relativamente à questão das ações sociais. Para Simmel o que conhecemos como sociedade é o resultado de sínteses de ações sociais recíprocas (SIMMEL, 1986, p. 15), ou, ainda, que a sociedade é constituída por distintas formas de ação recíproca: "*Un grupo de hombres no forma sociedad porque exista em cada uno de ellos por separado un contenido vital objetivamente determinado o que le mueva individualmente*" (SIMMEL, 1986, p. 17).

A ação dos povos europeus exercendo o imperialismo em várias partes do mundo, e também principalmente nas Américas, provocou uma onda determinante nos modelos de governança e exercício do poder, havendo nos países, internamente, reprodução exploratória, segundo o modelo herdado da forma de colonização, o que também molda os sistemas jurídicos, de forma a possibilitar um controle autoritário sobre as pessoas, as quais, por sua vez, tendem a reproduzir o mesmo modelo autoritário de estar no mundo.

Segundo ainda Álvaro Mairink da Costa, “basta notar que a massa carcerária em todos os estados da Federação é constituída de 90% de pessoas economicamente desassistidas”, ou seja, que a nossa sociedade se caracteriza por ter uma “população carcerária miserável social e culturalmente”, com diferenças em todos os sentidos, “até no mecanismo judiciário” (2010, p. 67).

Então o autoritarismo é normalmente exercido sobre camadas vulneráveis da população, ou seja, ele existe como decorrência de imposição de força sobre determinados grupos, os quais acabam por carregar o peso da disfuncionalidade social, como é o caso das altas taxas de criminalidade urbana.

São vistos como responsáveis pela desordem social, pelos desequilíbrios na harmonia, por isso então, acabam sendo o público alvo principal da legislação penal, sofrendo maciçamente em virtude da expansão do direito penal.

Isso, porém, serve para escamotear a existência do desequilíbrio na aquisição de direitos, resultante de um estado político em que não se leva a sério a realização da justiça social, para a criação da igualdade de oportunidades e propiciar o espaço de cidadania para todos, com a distribuição justa dos benefícios concernentes ao nosso avanço civilizatório, numa perspectiva global.

Embora a modernidade clássica parecesse a princípio ter uma preocupação com a melhor distribuição dos ônus sociais, visando maior inclusão e ampliação dos direitos e garantias para todos, o fato é que foi insuficiente para alterar a configuração dominante, razão pela qual a evolução do contrato social estancou-se, ou, pior ainda, em muitos aspectos representou um pacto de conservação de alguns privilégios e legitimação da violência sobre parcelas vulneráveis, a partir de um imaginário social

seletivo a respeito dos que mereceriam os benefícios e daqueles que seriam os responsáveis pelos males sociais, de concepções de segurança/insegurança, temor e riscos.

São observadas certas regras pactuadas que mantêm os privilégios de relativamente poucos, e outras nada protetivas, nada emancipatórias, nada inclusivas, que se impõem sobre uma ampla maioria vulnerável, de forma violenta, sem a efetiva realização do pacto fundamental, que continua sendo uma promessa para a concretização dos direitos sociais, igualdade de tratamento e de oportunidades.

Com essas premissas iniciais, para tratar da maneira como devem ser abordados os conflitos[4], ou como deve ser tratado o crime e encarada a raiz da criminalidade e também as formas de repressão, para, então, pensar numa proposição diferente de realização da justiça, numa proposta alternativa aos esquemas tradicionais, os quais, correspondem a um determinado formato de organização social, é preciso percorrer alguns substratos teóricos, ainda que não haja possibilidade de aprofundá-los neste estudo, que fica sendo então um ensaio, uma proposta aberta, com algumas conclusões provisórias ao final do trabalho.

1.1 A experiência social e a influência do pensamento hegemônico

A questão seguinte a se abordar para seguir no raciocínio proposto diz respeito às considerações pertinentes aos valores universais daqueles que integram a coligação hegemônica, e que não representam a única vertente de pensamento. Existem também as ideias contra hegemônicas, que criticam o imperialismo ocidental,

---

[4] A noção de conflito é considerada de forma diferente pelos clássicos da sociologia, vez que cumpre o papel de adaptação e integração dos atores nele envolvidos, o que reforçaria suas normas e consolidaria suas distinções. Aliás, para o sociólogo francês François Dubet, da Universidade de Bordeaux II e diretor de estudos da École des Hautes Études en Sciences Sociales, a caracterização da sociedade como um conflito regulado tende a demonstrar que: Não há dúvida de que esta representação da sociedade pela sociologia clássica não é revolucionária, mas não é tão conservadora quanto se tem pretendido dizer muitas vezes, sobretudo porque ela reconhece a oposição das classes na sociedade industrial, e porque crê na sua institucionalização num processo que aumenta a integração da sociedade (DUBET, 1994, p. 49).

e que também estão divididas entre si, e não compartilharem valores universais e formais como os que estão alinhados ao pensamento hegemônico.

Então assuntos como, o liberalismo, a democracia, os direitos humanos, o desenvolvimento ecológico, a paz e a segurança, não seriam conceitos universais formais, e sim metas coletivas para a transformação social, na linha do defendido por Kinhide Mushakoji, da Universidade de Tóquio, que, ao tratar deste assunto num artigo, exemplifica ao falar dos “esforços das mulheres islâmicas que tentam encontrar no interior do islamismo uma formulação que sustente a igualdade de gênero e os direitos humanos das mulheres” (1999, p.204-205).

Esta é uma perspectiva que interessa, na medida em que o que se quer ressaltar é que é possível pensar que há condições e possibilidades diferenciadas, em relação aos mesmos valores defendidos, como referências fundamentais numa determinada época, mas sob outras óticas epistêmicas.

Mushakoji alerta sobre ter o cuidado de não cair na armadilha epistêmica, para não rotular os paradigmas apenas como “esquerda progressista” ou “direita reacionária”, pois para além do paradigma hegemônico de governo global, há ainda possibilidade de duas outras formas de organização das comunidades locais, regionais ou nacionais, que também são paradigmáticas, e construídas de baixo para cima, propiciando um governo participativo:

> uma adota o modelo de sociedade civil ocidental, com um sistema político que respeita o pluralismo (talvez possamos chamá-lo de poliarquia), e a outra busca uma forma de reativar valores comunais que superem o individualismo egoísta e ativem as comunidades, fazendo com que elas se tornem um local de simbiose entre natureza e sociedade, entre gêneros e entre a maioria e as minorias (uma orientação que talvez possamos chamar de sinarquia) (1999, p.205).

Entre ambas há em comum o fato de criticarem um governo tecnocrático global e construído de cima para baixo, bem como terem consciência da crise da modernidade ocidental. Há receios de algumas alas mais “modernas” e que integram grupos dependentes, em relação às comunidades patriarcais, por receio de ideologias reacionárias; outros, pertencentes à camada excluída, tendem a colocar em dúvida as exigências dos paradigmas poliárquicos, devido à proximidade que têm com o universalismo global hegemônico (MUSHAKOJI, 1999, p.205).

São, portanto, dois paradigmas diferentes para a organização social dos valores coletivos. Formas diferentes de interagir. Os paradigmas poliárquicos "baseiam-se na premissa de que os indivíduos são livres para conhecer a realidade exterior e de que cada comunidade compartilha conhecimento com base na decisão livre de seus membros"[5], entre os quais requerem respeito e transparência, em duas diferentes interpretações: de sociedades abertas (quando há transparência), ou fechadas (há liberdade mas falta transparência na relação com a comunidade), com grupos fechados (o interesse de cada um é apenas o de vencer a luta pela sobrevivência) (MUSHAKOJI, 1999, p.206).

Os paradigmas sinárquicos, segundo Mushakoji, têm outra sustentação epistêmica, qual seja a de um conhecimento compartilhado pela comunidade a que o grupo pertence. E há liberdade, sendo as decisões tomadas em um processo coletivo de ajustamentos mútuos entre todos, assim está garantida a legitimidade do conhecimento que é compartilhado, e o consenso é que favorece isso. Há também duas formas, uma fechada e outra aberta, sendo que esta torna possível a simbiose: entre a natureza e a sociedade, entre mulheres e homens, entre pessoas com religiões diferentes, e a sociedade se auto organiza com base em indivíduos com liberdade. Na versão fechada os grupos "internos" estão em oposição aos "externos", sendo que a unidade, tanto de conhecimento como de senso comum, é mantida por uma autoridade patriarcal (1999, p.206).

Há necessidade de ressaltar este aspecto, indo buscar embasamento na ciência política, porque sociedade é uma essência de entendimentos que se interligam. O fechamento em torno de um raciocínio circular, circunscrito aos valores universais hegemônicos, como única interpretação possível de organização, dificulta a abertura epistêmica para uma sustentação teórica que tenha como foco o pluralismo. O problema então é a insistência em relação a se estar preso a uma única narrativa, para pensar em como resolver problemas, as questões, os conflitos,

---

[5] Para maiores elementos e outras perspectivas sobre a poliarquia cf. em *Poliarquia: participação e oposição* (DAHL, 2005).

enfrentar a criminalidade, conceber a vida social, avaliar os comportamentos, os riscos e a questão da segurança.

O modelo ideal de organização teria que resultar de uma simbiose, entre um modelo aberto de poliarquia e de comunidades epistêmicas, especialmente as excluídas, que tivessem condições de criar uma comunidade sinárquica aberta, na linha de raciocínio trilhada por Mushakoji, e, segundo ele:

> Tal humanismo existencial, baseado numa empatia mútua gerada pela experiência comum dos grupos humanos discriminados, pode tornar-se a base para uma nova forma de universalismo, não formal e objetivista, mas existencial, no sentido de evitar generalizações exageradas sobre a natureza e os valores humanos, focalizando a atenção no sofrimento humano compartilhado (1999, p.207).

Ele apresenta três comunidades epistêmicas "que têm em comum uma certa abertura que as capacita a pensar de forma universalista enquanto mantêm sua posição epistêmica específica", e, por isso, possuem abertura para o diálogo interparadigmático, podendo ser um modelo capaz de romper as divisões epistêmicas: as feministas, os povos indígenas e as minorias discriminadas (MUSHAKOJI, 1999, p. 207-208).

Essa proposta resulta de uma arguta percepção que o levou a afirmar:

> É na verdade uma bênção para a coligação anti-hegemônica que a insistência das feministas de compartilhar experiências particulares de algumas mulheres que sofreram violência de gênero seja mais apropriada para criar vínculos entre os povos explorados e/ou excluídos pela coligação hegemônica global, cujos valores universais são frequentemente usados para legitimar intervenções hegemônicas de um modo meramente formal, destituído de qualquer sensibilidade humana (MUSHAKOJI, 1999, p. 209).

A visão hegemônica é aquela que é engessada, se mantendo numa inflexível formatação sobre questões relevantes que representam nossa organização social, e que hoje é de fonte eurocêntrica, basicamente falando[6].

---

[6] "Já em sua condição de centro do capitalismo mundial, a Europa não somente tinha o controle do mercado mundial, mas pôde impor seu domínio colonial sobre todas as regiões e populações do planeta, incorporando-as ao "sistema-mundo" que assim se constituía, e a seu padrão específico de poder. Para tais regiões e populações, isso implicou um processo de re-identificação histórica, pois da Europa foram-lhes atribuídas novas identidades geoculturais. Desse modo, depois da América e

A reivindicação feminista, de conhecer melhor a desigualdade baseada no gênero, em oposição a todos aqueles que aceitam o domínio patriarcal, é para Mushakoji reflexo de um humanismo mais radical, que não aceita a "noção preconceituosa de que existe uma natureza humana universal e abstrata" e busca a "existência humana autêntica em situações particulares em que há relações sociais com preconceito de gênero", por exemplo. (1999, p. 208)

Da mesma maneira, cada comunidade epistêmica indígena tem um estilo de vida diferente com a respectiva visão de mundo e também diversa relação com a natureza, mas são forçadas a usar uma moldura institucional e legal que predomina, para lidar com o Estado e reclamar "direitos territoriais", além do reconhecimento dos seus direitos à autodeterminação, podendo, assim, oferecer paradigmas alternativos (MUSHAKOJI, 1999, p. 209).

Por fim, as minorias discriminadas são comunidades epistêmicas "que já propõem paradigmas diferentes, até o ponto em que seu papel social e sua imagem suportam", sendo que o conceito de "pessoas diferentemente capacitadas", proposto pelos "deficientes", para exemplificar, constitui uma revolução epistêmica, que merece ser expandida e tornada mais universal, "para capacitar cada um a compartilhar um espaço epistêmico comum" (MUSHAKOJI, 1999, p. 210).

E tais experiências epistemológicas já estão acontecendo, e portanto, cresce também a possibilidade de desatarem paradigmas estratificados, quer dizer, a herança hegemônica[7], para ser o momento de pensar numa nova ordem mundial

---

da Europa, foram estabelecidas África, Ásia e eventualmente Oceania. Na produção dessas novas identidades, a colonialidade do novo padrão de poder foi, sem dúvida, uma das mais ativas determinações. Mas as formas e o nível de desenvolvimento político e cultural, mais especificamente intelectual, em cada caso, desempenharam também um papel de primeiro plano. Sem esses fatores, a categoria Oriente não teria sido elaborada como a única com a dignidade suficiente para ser o Outro, ainda que por definição inferior, de Ocidente, sem que alguma equivalente fosse criada para índios ou negros. Mas esta mesma omissão põe a nu que esses outros fatores atuaram também dentro do padrão racista de classificação social universal da população mundial" (QUIJANO, 2005).

[7] "A incorporação de tão diversas e heterogêneas histórias culturais a um único mundo dominado pela Europa, significou para esse mundo uma configuração cultural, intelectual, em suma intersubjetiva, equivalente à articulação de todas as formas de controle do trabalho em torno do capital, para estabelecer o capitalismo mundial. Com efeito, todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais terminaram também articulados numa só ordem cultural global em torno da hegemonia europeia ou ocidental. Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sob sua hegemonia o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura, e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento" (QUIJANO, 2005).

baseada no pluralismo, coisa que favorece muito a tomada de decisões políticas diferenciadas, e, sobretudo, legitimadas, que são necessárias para a convivência humana, para efetivamente se alcançar de forma fidedigna o arranjo proposto pela contratualização social.

Não existe talvez a necessidade de reconstruir toda a base filosófica que dá sustentação à nossa visão de mundo, até porque não é isso que se pede quando se fala em mudar o foco paradigmático. Na verdade, existe a necessidade de releituras sob a perspectiva crítica, atentando-se sempre para a perspectiva histórica.

Michel Villey alerta sobre a importância de se começar pela história, como ponto de partida. Ele faz esta reflexão numa dimensão filosófica[8], que ele tem como uma bússola para orientar as leituras e a construção doutrinária.

Diz ele que no campo da filosofia "somos com muita frequência levados a inferir daí que existiria um progresso no domínio filosófico", quando estamos "obnubilados pelo fenômeno incontestável do progresso técnico", para concluir que:

> No entanto, nada nos autoriza a prejulgar que alguns de nossos contemporâneos é mais capaz de analisar os princípios do pensamento (e do pensamento jurídico) que Aristóteles ou Platão. As conquistas da filosofia não podem ser capitalizadas com tanta facilidade quanto as aquisições das ciências e da técnica. Os maiores entre nossos pensadores não se envergonham de voltar a mergulhar nas fontes da filosofia antiga, por exemplo, a grega ou a cristã da Idade Média (2009, p.8).

Na esteira do que ele preconiza, o olhar para trás e para a evolução leva à conclusão de que os filósofos buscam nas entranhas dos acontecimentos o que constitui a explicação de nossa existência, e a forma como nos relacionamos, formulando os princípios nos quais inclusive se constitui a ciência do direito, e o trabalho crítico, então, começaria pela filosofia. Ocorre que nem os princípios são incontestáveis, e a prova disso são os princípios contrários vigentes em outras

---

[8] A filosofia conceitua e problematiza as eternas fontes de dúvidas e incertezas, por meio de reflexões e, assim, fornece uma base que auxilia a compreender muitas questões humanas, relativas à existência e à convivência social. O conteúdo filosófico e o científico produzido é relevante tanto para se compreender as coisas como são e como estão, os fenômenos naturais e sociais, propiciando a progressão das ideias, que são produtos dos significados criados.

civilizações, como por exemplo: no direito anglo-saxão; no direito chinês; no antigo direito francês consuetudinário; e no direito romano clássico (VILLEY, 2009, p. 4).

Em resumo, nada nos autoriza a pensar que nossas doutrinas, nossas formas de organização social, nossas teorias e nossas crenças, são as únicas corretas, porque estamos num mundo que veio evoluindo de uma forma muito complexa, vez que foi por nós tornado complexo e difícil demais de dominar e de compreender. E, em razão disso, nossa apreensão da realidade (ou das realidades e das ideias sobre estas), segundo o que é possível concluir com alguma certeza, é, em quase todos os aspectos, limitada e artificial.

1.2 A experiência social e a formação social, ideológica e cultural

Prosseguindo o raciocínio devem ser considerados os elementos da formação social pelo prisma do exercício do poder político, a partir da forma como ele atua sobre as pessoas.

De acordo com Luiz Fernando Coelho, tem-se que a ontologia da sociedade real e histórica é “o único fundamento seguro para a compreensão dos problemas humanos, a única hipótese válida para a reconstrução real e conceitual do homem e da própria sociedade”. (1987, p. 132)

E ainda que, “o estudo das relações sociais, que envolve a dinâmica e as transformações dos grupos, prevalece sobre a consideração estática de critérios para os definir” (COELHO, 1987, p. 132-133).

Desse modo, os vínculos existentes tanto no plano individual quanto no grupal, são baseados nas relações de poder e,

> a palavra “poder”, pelo tratamento que lhe dá a ciência política, virou eufemismo para dissimular o fato da *dominação:* ela se caracteriza pela existência, na sociedade, dos que mandam e dos que obedecem; mais ainda, a dominação se transmuta em opressão e provoca a reação libertadora: essa dialética da opressão e do reagir à opressão é uma constante na história da humanidade e tem várias formas de manifestar-se; quando a reação atinge certo grau de conscientização, pode ser denominada libertação (COELHO,1987, p. 133).

Nesse sentido, quando ele afirma que a “sociedade só pode ser autenticamente compreendida em função desse dualismo: *dominação* versus *libertação”,* também esclarece que a sociedade contemporânea “é muito mais complexa do que sua simples redução a esse dualismo” (COELHO1987, p. 133), e tal complexidade já se apresenta como uma dificuldade inicial, havendo que se considerar as muitas dimensões que permeiam o ser humano, como objetividade e subjetividade na dimensão das questões relativas ao próprio indivíduo, a vida, o mundo, as estruturas de poder, entre o ser (sentido humano) e o ter (sentido material).

Pois, para Coelho, é difícil identificar os dominadores e os dominados, e dentro destes grupos dominantes e dominados, há subgrupos respectivamente dominantes e dominados, e estes se articulam com outros grupos micros sociais, sem que em cada grupo exista a consciência dessa posição social, podendo estar dominados a serviço dos dominantes, sem existir uma separação clara de oprimidos e opressores (a não ser em casos extremos, como nas ditaduras, no uso da força das armas, por exemplo). Estabelece-se então uma dialética que se apresenta como “o choque de duas tendências, a opressora e a contra opressora, ou libertadora, mas que pode ser evidenciada, esta segunda, também como uma forma de opressão. Ou seja, os indivíduos ou grupos, em suas inter-relações, podem viver contraditoriamente a opressão e a contra opressão” (1987, p. 133).

E ainda há outro aspecto desta opressão instalada na consciência dos oprimidos, de forma cada vez mais presente e forte, que é o fato dela não ser

> um fenômeno delimitado pelas fronteiras geográficas de um país, mas se projeta no âmbito das relações internacionais, de tal sorte que hoje se fala com a maior naturalidade em povos e países opressores e oprimidos, sem que isso signifique necessariamente a dominação guerreira, como ocorreu no passado; hoje em dia os povos opressores têm formas mais sutis, e exercem sua dominação pela ciência, pela tecnologia, pela arte, pela destruição dos valores culturais dos oprimidos mas, principalmente, pelo controle de sua economia, eufemisticamente, os povos oprimidos são chamados de “em desenvolvimento”, ou ainda, “terceiro mundo” (COELHO, 1987, p. 133-134).

Para ser efetivada a lógica do domínio pelo poder é utilizado, então, o discurso ideológico, de modo a que divisões e diferenças sejam tidas como simples acontecimentos da vida, ou seja, uma diferenciação natural relativa às condições

existenciais de cada um, a fim de não serem percebidas da forma correta, isto é, como fruto de uma situação plural e conflituosa decorrente de um conjunto de circunstâncias decorrentes do funcionamento social, com causas estruturais.

A visão que sublima a realidade social, a ignorando solenemente, torna-se uma verdadeira condição necessária para o exercício do poder unitário, sobre a totalidade do conjunto de pessoas, promovendo no espaço público a veiculação das percepções incorretas, pois tudo seria diferente, se não houvesse a deturpação ideológica.

Assim é que os conflitos estruturais, que são ínsitos à vida coletiva, como parte dela, e nessa seara precisam de soluções no plano coletivo e compartilhamento de responsabilidades, são ideologicamente escamoteados como se fossem apenas conflitos individuais, quer dizer, problemas afetos a esta ou aquela pessoa.

O indivíduo é tratado como disfuncional, como a representação do mal, antes já tratado como o pecado, a maldição, requerendo a tomada de medidas fortes, sanções, penas, ou seja, a existência de uma reprovação física (e moral) para se restabelecer a ordem do corpo social.

Ocorre que o discurso ideológico é normalmente feito de lacunas, mas não é que exista uma opressão apesar das lacunas, ou do que não está totalmente dito e nem compreendido, e sim porque ele se apresenta como algo que seria coerente, por causa das lacunas. É, ao não abranger tudo, ao não dizer tudo, que ele se reafirma como ideológico, e nem pode ser preenchido com um conteúdo melhor, porque aí representaria uma outra ideologia.

Refletindo, com o auxílio sempre fundamental de Marilena Chauí, em assuntos relativos à cultura e ideologia, há questionamentos que podem ajudar no desenvolvimento de um raciocínio, na linha de continuar a fazer conexões necessárias.

Ela pergunta provocativamente, também focada nos aspectos paralisantes do pensamento hegemônico:

> Afinal, não vivemos sob o signo de um mundo cuja eficácia decorre da forma que possui para universalizar, generalizar e homogeneizar tudo quanto fazemos e pensamos, reduzidos à condição de simples suportes de uma racionalidade idêntica que perpassa a vida econômica, social e política? (CHAUÍ, 1981, p. 45).

Há um cenário das decisões centralizadas e impostas, aquelas que partem da “autoridade”, e há um outro, que representa um conhecimento horizontal e construído

coletivamente, cuja potencialidade para criar o sentido de comunidade é bem maior. E assim, não há como negar que a interlocução e a horizontalidade fornecem um resultado mais útil e proveitoso para a sociabilidade, construindo a convivência, por meio da compreensão das diferenças (inclusive as estruturais), pelo reconhecimento das dificuldades em relação aos que estão em condições diferentes (por razões estruturais) e também aos que possuem visões diferentes.

A cultura é fonte importante de conhecimentos sobre o funcionamento de uma sociedade, bem como do comportamento das pessoas, porque não há como agrupar num todo homogêneo o conjunto das manifestações culturais, uma vez que:

> Essa impossibilidade vem não somente porque o modo de inserção no sistema produtivo é diverso para essas classes e segmentos de classes, mas sobretudo porque se considerarmos a cultura como ordem simbólica por cujo intermédio homens determinados exprimem de maneira determinada suas relações com a natureza, entre si e com o poder, bem como a maneira pela qual interpretam essas relações, a própria noção de cultura é avessa à unificação. O plural permitiria, ainda, que não caíssemos no embuste dos dominantes para os quais interessa justamente que a multiplicidade cultural seja encarada como multiplicidade empírica de experiências que, de direito, seriam unificáveis e homogêneas, ou para usar os jargões em voga, destinadas à “integração nacional” ou à “racionalidade capitalista” (CHAUÍ, 1981, p. 45).

A abertura à pluralidade propicia a da criação também múltipla, como um elemento inseparável de qualquer proposta política de cunho democrático, porque ao perceber as diferenças é que acontecem as possibilidades de convergência, o que ocorre na dimensão política (CHAUÍ, 1981, p. 45-56).

Sobre a expressão “cultura do povo”, a conclusão é que não há como considerá-la algo imediatamente libertador, justamente porque isso pode prestar “serviços inestimáveis aos dominantes”, quer pela via do populismo, “seja porque atribui a este último a origem do desmantelamento da consciência de classe dos dominados, que, sem ele, teriam feito o caminho da liberação”. Tal atitude, tida como romântica seria, para ela, fruto de dois esquecimentos: o da alienação e o da reprodução da ideologia dominante pelos dominados, bem como, se “sob o discurso *alienado,* submisso à crença nas virtudes de um poder paternalista, não se esconderia algo que ouvidos românticos não são capazes de ouvir” (CHAUÍ, 1981, p. 46).

E ela ainda pontua no sentido de que,

> o problema da alienação tende a ser encarado sob uma perspectiva quase moralizante, como se fora um vício daqueles a quem atribuímos a árdua tarefa da liberação da sociedade, podemos cometer enganos interpretativos consideráveis quando, por exemplo, alimentamos a lenda de que a origem europeia de nossos imigrantes teria sido um elemento fundamental para a existência de forte consciência e organização freadas "pelo desenvolvimento do período populista, embora isto faça pouca justiça à realidade histórica"[9]. É ainda o romantismo, agora frustrado, que passa a ler os desastres políticos dos dominados sem levar em conta uma determinação essencial para sua compreensão, isto é, a eficácia da máquina repressiva montada, conservada e acionada pelos dominantes (1981, p. 46).

A sociedade que vive os conflitos e acolhe internamente suas diferenças, tendo a questão do poder sempre na ordem do dia, já que as suas contradições não permitem a fixação numa imagem idêntica, é classificável como uma sociedade histórica, e ser histórica se relaciona ao fato de também ser democrática. Ser aberta ao risco da história é que faz ocorrer o fenômeno da ideologia, com sua produção de temas fixos, fazendo com que a universalidade abstrata das normas e representações, tidas como essências da sociedade, assegurem um padrão de identidade, mantendo a hegemonia daqueles que a dominam, para dar tranquilidade ao desenvolvimento (CHAUÍ, 1981, p. 103).

Isso porque o peso da ideologia recai mais sobre os intérpretes do que sobre os dominados, pois tanto o fato de atribuir uma boa consciência ou uma falta de consciência, se dá também por um padrão de raciocínio que é característico da ideologia, cuja peculiaridade é de *só ver e ouvir aquilo que já sabe de antemão.* Se há o risco de não conseguirmos driblar os ardis da alienação, diz Chauí, de outro lado, não há o menor risco quando somos "incapazes de ver ou ouvir o inédito sob a carapaça do costumeiro" (1981, p. 46-47).

Não há nada, então que seja definitivo e fechado, inclusive os sujeitos sociais precisam ser entendidos como seres inacabados que se constroem ao longo da vida, na sua condição de seres biológicos e culturais, portanto, históricos, os quais na dimensão social e política de cidadania, são sujeitos de direitos.

---

[9] Citação feita por ela de HALL, Michael, *Immigration and early working class*, in Jalasbuche fur Geschichte, 1975..

Aí reside um feixe bem maior de questões, dado que se criaram na modernidade alguns complicadores, de modo que os relacionamentos restaram afetados por uma forte interdependência entre grupos e também entre nações, e na amplitude da globalização, isso atinge a perspectiva histórica de cada cultura, pelos entendimentos hegemônicos, os quais contribuem para uma certa paralisação dos sentidos.

Nesse ponto é de ser lembrada a complexidade que acometeu grande parte do tempo da modernidade, e que foi enfrentada, por Edgar Morin[10], ele um epistemólogo da contemporaneidade, cujos pensamento e ideias contribuíram, para o esclarecimento, como da pertinência dessa perspectiva de faltar algum conhecimento, em razão da mutilação e da simplificação, quer dos raciocínios, quer do entendimento dos fatos, o que ocorreu num momento singular da evolução civilizatória, a partir da década de 70, tendo ele então publicados a respeito vários textos.

Isso pode ser confirmado a partir do que ele propõe como um caminho para identificar e até compreender a gênese da complexidade, cuja ambição é de reatar articulações “destruídas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento”, no sentido de respeitar as diversas dimensões do fenômeno estudado (MORIN, 1998, p. 138).

Experimentar uma sociedade muito complexa, que “luta não contra o incompleto, mas sim contra a mutilação”, e que a complexidade resulta de que somos “seres simultaneamente físico, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais”, de modo que é preciso conceber esta articulação, bem como “a identidade e a diferença entre todos estes aspectos, enquanto o pensamento simplificador ou separa

---

[10] “O que é complexidade? A um primeiro olhar, a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido conjunto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextricável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar (...) Mas tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de provocar cegueira, se elas eliminam os outros aspectos do *complexu*s; e efetivamente, como eu o indiquei, elas nos deixaram cegos” (MORIN, 2007, p. 13-14).

estes diferentes aspectos ou os unifica através de uma redução mutiladora" (MORIN, 1998, p. 138).

A chegada a este processo foi rápida, a ponto de não ser possível, nem às pessoas, nem às organizações sociais, manterem-se num compasso ajustado, o que provoca um constante estado de ansiedade, algo que poderia ser chamado de "ansiedade civilizatória", cujo início pode ter se dado nas rupturas sociais nos séculos XIX e XX, primeiramente na Europa Ocidental e na América do Norte.

É fundamental, portanto, ter esta percepção para se entender o processo civilizatório, que ainda está em curso. As rupturas resultaram na consolidação da chamada "sociedade industrial", significando uma gama muito diversa de transformações sociais que duraram aproximadamente um século, incidindo sobre as instituições sociais e políticas, e em cujo processo surgiram os agrupamentos urbanos[11], e o conjunto impeliu à reformulação das relações políticas, inclusive em razão da necessidade de se organizar o sistema produtivo. O trabalho[12] passou a ser tratado como mercadoria, e a partir daí Estado passou a ter cada vez mais uma influência direta na vida de cada indivíduo, vez que na verdade incrementou-se o estado de alienação[13].

---

[11] "No século XIX, no leste, no sul e no sudeste da Europa, ocorrem agudos deslocamentos rurais. Em parte, um problema da fome; em parte uma nova forma de posse de propriedades rurais e de capitalização da agricultura, essa convulsão expulsou multidões de camponeses e de aldeões para fora de seus lares tradicionais, deslocando-os quer para cidades da Europa, quer para localidades desconhecidas nas províncias, quer para os Estados Unidos, Argentina ou Brasil. Essas pessoas deslocadas também deveriam experimentar encontro com estranhos, rotineiramente, como parte do trauma maior de seu desarraigamento" (SENNET, 1993, p. 163).

[12] "De fato: essa ideia singular, hoje tão comum e corrente e na verdade tão pouco autoevidente, da profissão como dever, de uma obrigação que o indivíduo deve sentir, e sente, com respeito ao conteúdo de sua atividade "profissional", seja ela qual for, pouco importa se isso aparece à percepção espontânea como pura valorização de uma força de trabalho ou então de propriedades e bens (de um "capital") — é essa ideia que é característica da "ética social" da cultura capitalista e em certo sentido tem para ela uma significação constitutiva. Não que ela tenha crescido somente no solo do capitalismo: pelo contrário, mais adiante trataremos de rastreá-la passado adentro. E muito menos, é claro, se pode afirmar que a apropriação subjetiva dessa máxima ética por seus portadores individuais, digamos, os empresários ou os operários da moderna empresa capitalista, seja uma condição de sobrevivência para o capitalismo hodierno" (WEBER, 2004, p. 47).

[13] A injustiça e o sofrimento no trabalho dominado nada têm de novo. A novidade que assusta é a de que esteja se disseminando rapidamente a banalização do mal, isto é, a tolerância em relação à injustiça e ao sofrimento. Dejours apontou [...] para a íntima associação que existe entre processos de natureza política e processos de ordem psicológica. [...] "insensibilidade ética" [...] estaria generalizando-se em certos escalões gerenciais que recebem "missões" para atingir "metas de

Mas hoje já estamos vivendo na sociedade pós-industrial, que nos impõe novos e diferentes desafios, os quais ainda se encontram em processo de teorização, sendo que, dessa forma, diante da necessidade de ampliar a visão, tudo o que contribua para entender a formação social interessa e é relevante, também como ponto de partida para o desenvolvimento de reflexões que são fundamentais.

1.3 A experiência social e a fundação da obrigação política moderna: o contrato social

A obrigação política moderna parte de um acordo, sendo o pressuposto de todo o raciocínio político. De acordo com Fábio Konder Comparato, esta ideia Rousseau tomou de Hobbes, Locke e Montesquieu, bem como Rousseau não se referia a um evento passado e sim a uma condição lógica de justificação da relação política (COMPARATO, 2006, p. 247).

É de se relembrar o que aconteceu no Brasil com a Constituição de 1988, por exemplo, numa perspectiva de ser um marco significativo para a reordenação política do Estado, que assim inaugurou um período importante de sua história, ao rever o acordo fundamental, com a promessa de concretizar compromissos democráticos, no plano social, efetivando assim a sedimentação do laços republicanos.

A Constituição brasileira de 1988 pontuou o fim da transição política de um regime autoritário, posterior à quebra de um regime constitucional, sendo que o fato de já ter completado mais de 30 anos de vigência, mostra um lapso temporal que seria suficiente para ter sido seu conteúdo implementado.

O entendimento da Constituição como pacto é bastante comum. E, ainda na perspectiva da ideia de um pacto fundador da sociedade política, “Rousseau emprestou-lhe um sentido original e altamente simbólico: é uma espécie de batismo

---

enxugamento’, abstraindo a dimensão humana do que isto significa. Esta insensibilidade explicaria a indiferença e a naturalidade com que a própria escalada do desemprego passou a ser interpretada em vários ambientes (SELIGMANN-SILVA, 2011, p.26).

cívico, cujo efeito consiste em provocar a ressurreição do homem bom, do homem original do estado da natureza, pervertido pela sociedade moderna” (COMPARATO, 2006, p.247-248).

Nas palavras de Comparato, para Rousseau “só existe liberdade onde houver completa igualdade de posição jurídica” (COMPARATO, 2006, p. 249).

Por isso que essa compreensão requer uma visão mais sociológica do que propriamente constitucionalista, posto que a obrigação política moderna se funda nas ideias relativas ao contrato social, como obrigação estabelecida entre homens livres, em contraposição ao estado de natureza.

Mas há distintas versões do contratualismo, ora se compreende que os direitos são existentes no estado de natureza e o pacto objetiva a proteção deste estado, ora que podem ter sido atribuídos ao homem por Deus, ou que são provenientes da própria constituição ou que decorrem, racionalmente, da essência do caráter humano.

De qualquer forma, parte-se de uma hipótese fundante: que são direitos inalienáveis, ao menos na parcela intocada e preservada pelo pacto social, que cumpre o objetivo de elencar esses direitos, chamados de naturais para que tenham efeitos positivos, o que se observa nas Declarações dos Direitos do Homem redigidas em função das revoluções liberais, por exemplo.

O conceito de estado de natureza tem a função de explicar a situação precedente à sociedade, na qual os indivíduos existiam isoladamente, sendo explicado com base em duas concepções: a de Hobbes e a Rousseau.

O estado de natureza para Hobbes, no século XVII, se consubstanciava no reconhecimento de que os indivíduos nesta situação estão isolados e lutando de forma permanente, ou seja, se caracteriza por uma guerra de todos contra todos ou “o homem é o lobo do homem”. Nesse estado reina o medo e, principalmente, o grande medo: o da morte violenta. As armas foram inventadas para proteção, terras ocupadas foram cercadas, mas tudo é inútil, porque o forte sempre vencerá o fraco; a vida não tem garantias, as armas podem ser derrubadas e a posse desrespeitada pelo uso da força (HOBBES, 1974).

Rousseau, no século XVIII, considerou que em estado de natureza, os indivíduos vivem isolados pelas florestas, baseada a sobrevivência no que a natureza oferece, não há lutas, a comunicação se dá pelos gestos, grito ou canto; sendo a linguagem generosa e benevolente (ROUSSEAU, 2006). Há uma felicidade original só abalada quando se disputa a apropriação de algum bem, razão pela qual seria pela propriedade privada a explicação originária do estado de sociedade; este que depois viria se tornar um estado hobbesiano, da guerra de todos contra todos.

Eis o cerne da criação do Estado civil, do poder político e das leis. Ao menos Rousseau idealizava o aumento e não a diminuição da liberdade, justamente por conceber que, no estado natural, o homem vivia em harmonia e tinha interesse pelos demais, era, portanto, bom na sua essência. Ele então relacionava a propriedade privada com o surgimento das desigualdades sociais, e o Estado como algo necessário para garantir as liberdades civis (ROUSSEAU, 2006).

Então o contrato social, segundo a interpretação que dele se faz, exprime uma tensão dialética entre a emancipação e regulação social, devido ao fato de que são dois os polos de tensão: bem comum e interesse individual; vontade comum e vontade individual. E há uma tensão que precisa ser revisitada entre a sociedade e o que se entende por estado de natureza, que aliás explica as formas diferentes de o conceber, entre Hobbes, Locke e Rousseau.

Segundo Hobbes (1974) seria a abdicação do poder ilimitado de cada um, para e redirecionamento do poder à manutenção da ordem e da estabilidade; enquanto Locke (1973) concebe o estado natural como de ausência de organização política e social, estado permanente de guerra, e o contrato social constituiria uma sociedade politicamente organizada. Mas em comum a todos, está a ideia de que a opção de abandonar o estado natural para constituir a sociedade civil e o Estado modernos é “radical e irreversível” (SANTOS, 1999, p. 34).

Portanto, apesar da evolução e da inevitabilidade de ser deixado para traz o estado de natureza, e com isso, também, sendo perdida a natural ingenuidade do homem, o fato dele ter se tornado um ser político trouxe consigo o aprendizado do fisiologismo, que desarmoniza o ambiente social, deteriorando a ética na relações, propiciando a desigualdade entre as condições sociais, políticas e econômicas, eis

que a organização social e política é determinada por vontades dominantes, ao invés do preconizado acordo de vontades.

1.3.1 O contrato social e a exclusão social

Para o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, o contrato social "é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental". Os critérios de inclusão/exclusão nos quais se baseia, porque tudo que inclui também exclui, é que fundam a "legitimidade da contratualização das interações econômicas, políticas, sociais e culturais" (1999, p. 34). E embora assente nessa lógica de inclusão/exclusão, só se legitima quando não há excluídos, e, por isso, esses são declarados vivos em regime de morte civil, diz ele, e que:

> Os excluídos de um momento emergem no momento seguinte como candidatos à inclusão e, quiçá, podem ser incluídos num momento posterior. Mas, em obediência à lógica operativa do contrato, os novos incluídos só o são à custa de novos ou velhos excluídos. O progresso da contratualização tem assim o seu quê de sisífico. A flecha do tempo é, quando muito, uma espiral (1999, p. 35).

A gestão controlada do contrato social se assenta em três pressupostos metacontratuais: um regime geral de valores, um sistema comum de medidas, um espaço tempo privilegiado. Quanto ao regime geral de valores, este, segundo Boaventura, se assenta na ideia do bem comum e da vontade geral. Cuidam-se de "princípios agregadores de sociabilidade que tornam possível designar por sociedade as interações autônomas e contratuais entre sujeitos livre e iguais" (SANTOS, 1999, p. 35).

É um mundo reconstruído "em perspectiva"[14] e é a partir dessa perspectiva o *sistema comum de medidas,* que se baseia "numa concepção de espaço e de tempo

[14] Lembra Boaventura de Sousa Santos que foi a pintura renascentista que introduziu esta técnica de perspectiva, sendo a primeira formulação moderna desta concepção. Por isso a pesquisa nos conduz a rever este importante momento da história da humanidade e o que nos legou de bom e também de estratificante. Nesse período (Renascença – aproximadamente de meados do século XIV ao século XVI) foram instituídos diversos aspectos que ainda são referenciais na sociedade de hoje:

homogêneos, neutros e lineares", e neste contexto são incluídas todas as diferenças relevantes, porque aquela visão homogênea, neutra e linear, serve de menor denominador comum (SANTOS, 1999, p. 35).

O sistema de perspectiva é concebido para uma vida que se constitui sob o ponto de vista normativo e contratual, que é diferente do real, que tem solidez e harmonia. O mundo irreal e algo muito estranho para as pessoas, ele tem uma vagueza, é sentido como um sonho ou uma miragem. A perspectiva não é fiel ao que se enxerga, quando se analisa por critérios psicológicos ou mesmo fisiológicos conforme parâmetros da visão humana.

O espaço, dentro da perspectiva é racional, em absoluto, ou seja, infinito, imutável e homogêneo. E o espaço matemático não corresponde a estrutura do que é real, sendo uma imagem em "janela", cujo espaço estético e teórico se funde num espaço percebido apenas.

E ainda a técnica da perspectiva foi conjugada pelo aperfeiçoamento da técnica das escalas e das projeções na cartografia moderna[15], concluindo Boaventura que

> Com base nesta concepção é possível, por um lado, separar natureza e sociedade e, por outro, estabelecer um termo de comparação quantitativo entre interações sociais massivas e muito diferenciadas. As diferenças qualitativas entre elas ou são ignoradas ou são reduzidas aos indicadores quantitativos que delas podem dar conta de forma aproximada. O dinheiro e a mercadoria são as concretizações mais puras do sistema comum de medidas. Por via deles, o trabalho, o salário, os riscos e os danos são facilmente mensuráveis e comparáveis (SANTOS, 1999, p. 35).

---

individualismo, naturalismo, historicismo e antropocentrismo. Os indivíduos eram então interessados em artes e ciências. Com a perspectiva, se utiliza uma nova relação no ato de ver e a compreensão da realidade. Há um método de construção do espaço para compreender as suas propriedades e formar a partir daí relações entre seus componentes. A perspectiva da arte para Giulio Carlo Argan, historiador e teórico de arte italiano, a histórica da arte é feita por juízos de valor, e inclusive que o valor artístico se relaciona ao julgamento de uma pessoa ou de uma sociedade (ARGAN; FAGIOLO, 1994).

[15] A partir de Gerardus Mercator, este importante cartógrafo (1512-1594), que desenvolveu uma projeção cartográfica cilíndrica (Projeção de Mercator) com a utilização das escalas, que, para a cartografia, é a relação matemática entre as dimensões do objeto real e a fonte. Portanto, na perspectiva cartográfica, a escala é um importante elemento nos mapas, utilizada para representar a relação de proporção entre a área real e a sua representação. A escala é que indica o quanto de um determinado espaço geográfico foi reduzido para caber no local em que foi confeccionado o material gráfico. Mapas são reproduções reduzidas de uma área, e essa redução é produzida de maneira proporcional (cotejo das medidas originais e suas representações). Isso tudo se dá pela escala.

O que propõe Boaventura, é que efetivamente o sistema de contrato social traz em si como guia, algo que não é a própria realidade, mas uma representação dela[16], e que o problema dessa representação é que não resolve o que subjaz a essa concepção linear, isomórfica, e, entretanto, diz ele, que o sistema comum de medidas vai muito além do dinheiro e das mercadorias:

> A perspectiva e a escala, combinadas com o sistema geral de valores, tornam possível mensurar a gravidade dos crimes e das penas: a uma graduação das escalas de gravidade do crime corresponde uma graduação das escalas de privação da liberdade. A perspectiva e a escala, aplicadas ao princípio de soberania popular, tornam possível a democracia representativa: a um número x de habitantes corresponde um número y de representantes. Por via das homogeneidades que cria, o sistema comum de medidas também permite estabelecer correspondências entre valores antinômicos. Por exemplo, entre liberdade e igualdade é possível definir critérios de justiça social, de redistribuição e de solidariedade. O pressuposto é que as medidas sejam comuns e procedam por correspondência e homogeneidade. Por isso, a única solidariedade possível é uma solidariedade entre iguais, sendo a sua concretização mais acabada a solidariedade operária (SANTOS, 1999, p. 36).

Diz ele então que o que chama de *espaço-tempo privilegiado* é o espaço-tempo estatal e nacional, por ser nele o *locus* em que é possível obter "a máxima agregação de interesses, e é ele que define as escalas e as perspectivas em que podem ser observadas e mensuradas as interações não estatais e não nacionais". Por isso é que nos municípios o governo é designado de local, enquanto no espaço-tempo nacional é que a economia consegue sua "máxima agregação, integração e gestão", sendo "também nele que as famílias organizam sua vida e estabelecem o horizonte de expectativas (ou de ausência delas)". Assim se tem um sentido de referência no

---

[16] Uma representação e uma visão capitalista da vida, sendo que segundo Mas WEBER: "No presente, com as nossas instituições políticas, jurídicas e comerciais, com as formas de gestão empresarial e a estrutura que é própria da nossa economia, esse "espírito" do capitalismo poderia ser entendido como puro produto de uma adaptação, conforme já se disse/A ordem econômica capitalista precisa dessa entrega de si à "vocação" de ganhar dinheiro: ela é um modo de se com portar com os bens exteriores que é tão adequada àquela estrutura, que está ligada tão de perto às condições de vitória na luta econômica pela existência, que de fato hoje não há mais que se falar de uma conexão necessária entre essa conduta de vida "crematista" e alguma "visão de mundo " unitária. É que ela não precisa mais se apoiar no aval de qualquer força religiosa e, se é que a influência das normas eclesiásticas na vida econômica ainda se faz sentir, ela é sentida como obstáculo análogo à regulamentação da economia pelo Estado. A situação de interesses político-comerciais e político-sociais costuma então determinar a "visão de mundo"." (2004, p. 64).

espaço-tempo nacional “estabelecendo um regime de pertença” que serve de legitimação da normatividade e de confinamento às relações sociais dentro do território nacional, o que se esparge para o seu sistema educativo, sua história (da nação), nas cerimônias oficiais e até nos feriados nacionais, por ser o espaço privilegiado da cultura como conjunto de dispositivos identitários (SANTOS, 1999, p. 36-37).

Em assim sendo, é neste espaço-tempo (nacional estatal) o lugar em que vai se definir a obrigação política entre cidadãos e o Estado, de mão dupla, e ainda a “escala” “das organizações e das lutas políticas, da violência legítima e da promoção do bem-estar social”. E além de ser uma escala também define ritmo, duração e temporalidade, reforça Boaventura. Ocorrendo nele ainda a deliberação política, o processo judicial e a ação burocrática do Estado (SANTOS, 1999, p. 36).

Tanto a perspectiva, quanto a escala criam um campo de visão e um campo de ocultação, por isso que, diz Boaventura, há uma conformidade entre estes princípios reguladores (regime geral de valores, sistema comum de medidas e espaço-tempo privilegiado) por meio de seus papéis sociais diferentes. Enquanto o primeiro garante até onde podem chegar as expectativas dos cidadãos, o segundo (sistema comum de medidas) sustenta o campo de percepção destas expectativas.

E pode também provocar uma modificação delas, por uma agitação e uma crise, por exemplo, que ele denomina de “convulsões”, sendo que no ponto em que entra a perspectiva e a escala, ou seja, na forma como se apresenta a visibilidade dos riscos, danos, desvios vulnerabilidades, estes são vinculados a determinadas causas, inimigos e agressores, e aí a gerência é feita de maneira própria e específica, pelo *espaço-tempo nacional estatal*, a partir das formas de conflituosidade, de negociação e administração (SANTOS, 1999, p. 37).

Os princípios reguladores do contrato social são o fundamento ideológico e político da contratualidade real que organiza a sociabilidade e a política nas sociedades modernas; dizendo isso, Boaventura ressalta as características dessa “organização contratualizada”, no sentido de que “visa a criar um paradigma sociopolítico que produz de maneira normal, constante e consistente quatro bens públicos: legitimidade de governação, bem-estar econômico e social, segurança e

identidade coletiva". Estes, para ele, "só são realizáveis em conjunto", como "modos diferentes, mas convergentes de realizar o bem comum e a vontade geral" (SANTOS, 1999, p. 37).

E são bens públicos cuja dimensão histórica mostra uma construção fincada nas lutas sociais, das mais diversas ordens, incluindo a luta de classes e aí em razão da "divergência fundamental de interesses gerados pelas relações sociais de produção capitalista". Decorrente dessa divergência, mas também das antinomias (entre autonomia individual e justiça social, entre liberdade e igualdade) que, como visto, não têm como ser afastadas do contrato social, o bem comum foi sendo construído no seu alinhamento social a partir de definições alternativas. E o esforço em torno disso, isto é, as lutas, criaram "contratualizações parcelares, incidindo sobre menores denominadores comuns acordados", de forma que se constituíram "numa materialidade de instituições que asseguraram o respeito e a continuidade do que foi acordado" (SANTOS, 1999, p. 37-38).

Ele lembra das duas principais maneiras como se organiza o Estado nas sociedades capitalistas[17], em razão da expansão da capacidade reguladora: o Estado-providência no centro do sistema mundial e o Estado desenvolvimentista na periferia e semiperiferia do sistema mundial. A regulação causou a politização do Estado, de forma que, assim como o trabalho constituiu a cidadania, a socialização da economia não pode ser apartada da democracia, razão para a tensão provocada entre o capitalismo e a democracia, como constitutivos do Estado moderno, de modo que ele

---

[17] "O capitalismo hodierno, dominando de longa data a vida econômica, educa e cria para si mesmo, por via da seleção econômica, os sujeitos econômicos— empresários e operários— de que necessita. E entretanto é justamente esse fato que exibe de forma palpável os limites do conceito de "seleção" como meio de explicação de fenômenos históricos. Para que essas modalidades de conduta de vida e concepção de profissão adaptadas à peculiaridade do capitalismo pudessem ter sido "selecionadas", isto á. tenham podido sobrepujar outras modalidades, primeiro elas tiveram que emergir, evidentemente, e não apenas em indivíduos singulares isolados, mas sim como um modo de ver portado por grupos de pessoas. Portanto, é essa emergência de um modo de ver que se trata propriamente de explicar. Só alhures teremos ocasião de tratar no pormenor daquela concepção do/materialismo histórico ingênuo segundo a qual "ideias" como essa são geradas como "reflexo" ou "superestrutura" de situações econômicas/Por ora, é suficiente para nosso propósito indicar: que na terra natal de Benjamin Franklin (o Massachusetts) o "espírito do capitalismo" (no sentido por nós adotado) existiu incontestavelmente antes do "desenvolvimento do capitalismo" [(já em 1632 na Nova Inglaterra, havia queixas quanto ao emprego do cálculo na busca de lucro, em contraste com outras regiões da América)] (...)" (WEBER, 2004, p. 48).

é tanto mais legítimo quando melhor resolve de forma equilibrada esta tensão (SANTOS, 1999, p. 39).

A máxima ilegitimidade do Estado moderno é o fascismo, com a completa anulação dos objetivos democráticos em função da acumulação almejada pelo capitalismo. Mas também o máximo da legitimidade do Estado moderno está em encontrar um "círculo virtuoso" para trabalhar com esta tensão problemática entre democracia e capitalismo, e que significa um caminho de prosperidade para ambos. Isso já aconteceu, segundo Santos, nos "Estados providência desenvolvidos da Europa do Norte e no Canadá. Por último, a nacionalização da identidade cultural é o processo pelo qual as identidades móveis e parcelares dos diferentes grupos sociais são territorializadas e temporalizadas no espaço-tempo nacional. A nacionalização da identidade cultural reforça os critérios de inclusão/ exclusão que subjazem à socialização da economia e à politização do Estado, conferindo-lhes uma duração histórica mais longa e maior estabilidade" (1999, p. 39).

Os limites desta ampla contratualização social, política e cultural, e os critérios de inclusão/exclusão que lhe acompanham são dois, de acordo com ele:

> O primeiro é inerente aos próprios critérios. A inclusão tem sempre por limite aquilo que exclui. A socialização da economia foi obtida à custa de uma dupla dessocialização, a da natureza e a dos grupos sociais aos quais o trabalho não deu acesso à cidadania. Sendo uma solidariedade entre iguais, a solidariedade entre trabalhadores não teve de se aplicar ao que extravasava do círculo da igualdade. Por isso, as organizações operárias nunca se deram conta, em alguns casos até hoje, que o local de trabalho e de produção é frequentemente o cenário de crimes ecológicos, de graves discriminações sexuais e raciais (SANTOS,1999, p. 39).

E como houve a politização e a publicização do Estado, se despolitizou e se privatizou a esfera não estatal. Com a política sintetizada no Estado, e a democracia restrita também a ele, é que se assegurou a expansão desta. E pontua ainda que "a nacionalização da identidade cultural assentou no etnocídio e no epistemicídio". E ele explica no que isso consiste, ou seja, o fato de que o repositório de "conhecimentos, memórias, universos simbólicos e tradições diferentes daqueles que foram eleitos para ser incluídos e convertidos em nacionais", simplesmente acabaram "suprimidos,

marginalizados ou descaracterizados, e com eles os grupos sociais que os sustentavam” (SANTOS, 1999, p. 39-40).

Há diferenças quanto a esta contratualização no que diz respeito às “desigualdades articuladas pelo sistema mundial moderno”, entre países centrais, semiperiféricos e periféricos, na medida de uma maior ou menor inclusão, maior ou menor estabilidade, mais ou menos democracia, de forma que:

> Na periferia e na semiperiferia, a contratualização tendeu a ser mais limitada e mais precária que no centro. O contrato sempre conviveu com o *status,* os compromissos sempre foram momentos evanescentes entre os pré-compromissos e os pós-compromissos; a economia foi socializada em pequenas ilhas de inclusão que passaram a existir em vastos arquipélagos de exclusão; a politização do Estado cedeu frequentemente à privatização do Estado e à patrimonialização da dominação política; a identidade cultural nacionalizou muitas vezes apenas a caricatura de si mesma. Mesmo nos países centrais a contratualização variou imensamente entre, por exemplo, países de forte tradição contratualista, como a Alemanha ou a Suécia, e países subcontratualistas, como o Reino Unido e os Estados Unidos (SANTOS,1999, p. 40).

É, portanto, um cenário propício para se pôr na mesa a questão da crise do contrato social, coisa que se fala de forma exaustiva, mas sem que seja vista qualquer reformulação daquilo que ele se tornou. Essa turbulência já vem desde o final do século passado, por todos os aspectos que o constituem, por tudo que o contrato social representa, como fator de reprodução de desigualdade. Ou seja, ele é uma representação do mundo de relações reais e naturais, na forma de normatização dos relacionamentos sociais, que não tem dado conta da dimensão humana, porque despreza e marginaliza uma grande quantidade de pessoas, e foi elaborado para estar implicado na questão da condição humana.

Seu principal desiderato é manter o domínio e o controle de pessoas, por meio da organização social imposta, e por este meio produz injustiças graves, sendo efetivamente um momento para se tratar e se pensar se não se está diante de uma crucial transição paradigmática.

Estaríamos no “fim da sociedade”? Sim, há quem afirme isso, conforme Boaventura, mas, para além, é resultado da voz e do entendimento corrente, inclusive identificado pelo senso comum, diante de uma sociedade fragmentada, polarizada do

ponto de vista econômico, social, político e cultural. De maneira que: “Não só perde sentido a luta pelo bem comum como também parece perder sentido a luta por definições alternativas de bem comum. A vontade geral parece ter-se transformado em uma proposição absurda” (SANTOS, 1999, p. 41).

Dessa forma, ele fala num “mundo pós foucaultiano”, pois, embora a proposta de Foucault fosse de um mundo anarquista, era algo muito mais organizado, e diz:

> Segundo ele, coexistiriam de modo complexo dois grandes modos de exercício de poder: o poder disciplinar, dominante, centrado nas ciências, e o poder jurídico, em declínio, centrado no Estado e no direito. Hoje, estes poderes coexistem com muitos outros, e eles próprios estão fragmentados e desorganizados. O poder disciplinar é hoje um poder crescentemente indisciplinar, à medida que as ciências perdem a confiança epistemológica e se veem forçadas a partilhar o campo do saber com conhecimentos rivais, eles próprios capazes de gerar formas diferentes de poder. Por outro lado, o Estado perde centralidade, e o direito oficial desorganiza-se, passando a coexistir com o direito não oficial de múltiplos legisladores fáticos, os quais, pelo poder econômico que comandam, transformam a facticidade em norma, disputando com o Estado o monopólio da violência e do direito. A proliferação caótica dos poderes torna difícil a identificação dos inimigos e, por vezes, a própria identificação das vítimas (SANTOS,1999, p. 41).

Permanecem os valores da modernidade e, também, em relação a eles toda carga normativa, axiológica ou teleológica. Ocorre que, o que realmente significa a liberdade, a igualdade, a autonomia, a subjetividade, a justiça, a solidariedade, são coisas muito diferentes para os diversos grupos sociais. Como há um “excesso de sentido” tudo se neutraliza pela “paralisia da eficácia” (SANTOS,1999, p. 41).

Isso tudo provoca, segundo ele, a turbulência na escala de fenômenos, produzindo reações diferentes das que estamos acostumados a observar, e por isso também na questão dos conflitos e das relações, isso provoca “estranhamento, desfamiliarização, surpresa, perplexidade e invisibilização”, sendo que, por embaralhar as sequência para fins de comparação, reduz alternativas, provoca impotência e passividade (SANTOS, 1999, p. 42).

Enquanto isso, no âmbito do mercado e do consumo a escala se mantém estável, ainda que as naturais mutações impliquem constantes transformações nos atos de comércio e mercadorias; coisa que também é observada nas tecnologias de

informação e de comunicação, local em que as mutações são até uma condição de funcionalidade, tem-se que: “a crescente interatividade das tecnologias dispensa cada vez mais a dos utilizadores e, por essa via, a interatividade desliza sub-repticiamente para a interpassividade” (SANTOS,1999, p. 42).

Bastante afetado, nesta dimensão, é também o espaço-tempo nacional estatal, pelo impacto do tempo global e local que com ele competem. E estão crescendo de importância as temporalidades ou ritmos que são incompatíveis com a temporalidade estatal nacional no seu conjunto, em dois aspectos que merecem referência especial, diz ele, no sentido de que “o tempo instantâneo do ciberespaço, por um lado, e o tempo glacial da degradação ecológica, da questão indígena ou da biodiversidade, por outro”. (*op. cit*.) É que uma outra temporalidade referida, colide de frente com a temporalidade política e burocrática do Estado, aduzindo ele que:

> O tempo instantâneo dos mercados financeiros inviabiliza qualquer deliberação ou regulação por parte do Estado. A desaceleração desta temporalidade só pode ser obtida no nível da escala em que ocorre, a escala global, e, portanto, através da atuação internacional. Por outro lado, o tempo glacial é um tempo lento demais para se poder compatibilizar adequadamente com qualquer das temporalidades estatais nacionais. Aliás, as aproximações recentes entre o tempo estatal e o tempo glacial têm-se traduzido em pouco mais do que tentativas, por parte do tempo estatal, de canibalizar e descaracterizar o tempo glacial. Basta ver como tem sido tratada em muitos países a questão indígena ou a recentíssima onda global de leis nacionais de patentes e de propriedade intelectual com impacto na questão da biodiversidade (SANTOS, 1999, p. 42-43).

O fato de ser este “espaço-tempo nacional estatal”, um espaço-tempo hegemônico, compreende não só a ação do Estado como também as práticas sociais em geral, e nelas também concorrem o tempo instantâneo e o tempo glacial. Isso, da mesma forma como ocorre em relação às escalas, também contribui para a redução das alterativas, criando impotência e passividade, por isso a dificuldade em visualizar e optar por modelos alternativos de desenvolvimento (SANTOS, 1999, p. 43-44).

Apesar disso, Boaventura não considera que a situação atual configure uma crise do contratualismo social, mas antes se caracteriza pela sua consagração, sem precedentes. Razão pela qual se fala tanto em “contratualização das relações sociais, das relações de trabalho, das relações políticas do Estado com organizações sociais”. Embora esta nova contratualização tenha pouco a ver com aquela ideia moderna de

contrato social, porque seria, na verdade, agora, uma “contratualização liberal individualista, moldada na ideia do contrato de direito civil entre indivíduos”, e não “entre agregações coletivas de interesses sociais divergentes”, o que faz toda a diferença (SANTOS, 1999, p. 44).

Estamos falando de elementos que distanciam o Estado das pessoas, e eles caracterizavam originalmente o contrato social, situação em que ele (Estado) tem uma intervenção mínima enquanto o contrato não for denunciado, sem interferir nas condições e nos termos do que foi acordado. E ainda, em segundo lugar, diferentemente do contrato social, “a nova contratualização não tem qualquer estabilidade, podendo ser denunciada a qualquer momento por qualquer das partes”. Também, em terceiro lugar, “a contratualização liberal não reconhece o conflito e a luta como elementos estruturais do combate”, vez que substitui tudo isso pelo assentimento passivo a condições supostamente universais. E conclui ele:

> Assim, o chamado Consenso de Washington, se configura um contrato social, este ocorre no nível internacional entre os países capitalistas centrais. Para todas as outras sociedades nacionais, ele apresenta-se como um conjunto de condições inexoráveis de aceitação acrítica, sob pena de implacável exclusão. São essas condições inelutáveis globais que depois sustentam os contratos individuais de direito civil (SANTOS, 1999, p. 44).

O que há, portanto, “é enquanto contratualização social, um falso contrato, uma mera aparência de compromisso constituído por condições impostas, sem discussão, ao parceiro mais fraco no contrato, condições tão onerosas quanto inescapáveis”. Uma efetiva situação de aparência apenas, que na verdade “configura a reemergência do *status*, ou seja, dos princípios de ordenação hierárquica pré-moderna, nos quais as condições das relações sociais estavam diretamente ligadas às posições das partes na hierarquia social” (SANTOS, 1999, p. 44-45).

Não significa, no entanto, segundo ele, “um regresso ao passado”, pois o

> (…) *status* é agora apenas o efeito da enorme desigualdade de poder econômico entre as partes no contrato individual e na capacidade que tal desigualdade dá à parte mais forte para impor sem discussão as condições que lhe são mais favoráveis. O *status* pós-moderno manifesta-se como contrato leonino (SANTOS, 1999, p. 45).

E a crise que acontece “consiste na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão”, ainda que não tenha sido abolida a

inclusão, esses processos se restringiram, enquanto se ampliaram para grupos mais amplos o de exclusão, mediante duas formas que são aparentemente contraditórias: o pós-contratualismo e o pré-contratualismo (SANTOS,1999, p. 45). Sendo que, deste modo,

> O pós-contratualismo é um processo pelo qual grupos e interesses sociais até agora incluídos no contrato social são dele excluídos sem qualquer perspectiva de regresso. Os direitos de cidadania, antes considerados inalienáveis, são-lhes confiscados e, sem estes, os excluídos passam da condição de cidadãos à condição de servos. O pré-contratualismo consiste no bloqueamento do acesso à cidadania por parte de grupos sociais que anteriormente se consideravam candidatos à cidadania e tinham expectativa fundada de a ela aceder (SANTOS, 1999, p. 45).

E entre eles há uma diferença estrutural, posto que são promovidos por processos políticos distintos, embora sejam confundidos, quer no discurso político dominante, como nas vivências e inteligibilidades pessoais dos grupos atingidos por ele, sendo que no “nível do discurso político, é frequentemente apresentado como pós-contratualismo o que é estruturalmente pré-contratualismo (SANTOS, 1999, p. 45).

A diferença estrutural entre pós-contratualismo e pré-contratualismo é clara, e os processos políticos que promovem um e outro são distintos. No entanto, surgem frequentemente confundidos, tanto no discurso político dominante como nas vivências e inteligibilidades pessoais dos grupos atingidos por eles. No nível do discurso político, é frequentemente apresentado como pós-contratualismo o que é estruturalmente pré-contratualismo, na medida em que veicula-se que os pactos sociais e os compromissos anteriormente assumidos, agora não vão mais ser honrados, quando na verdade nunca o foram em nenhum momento, eram só uma promessa, um compromisso prévio que nunca se realizou (SANTOS,1999, p. 45-46).

Por isso não se poderia falar em pós-contratualismo, se o contratualismo não aconteceu, e isso tem ocorrido nos “quase-Estados-providência”, conforme a dicção de Boaventura, razão pela qual,

> Do mesmo modo, no nível das vivências e percepções das pessoas e grupos sociais atingidos, é frequente que ante a perda súbita da estabilização mínima das expectativas, as pessoas se deem conta de que anteriormente eram afinal cidadãos, sem o saberem nem terem exercido os direitos de que eram titulares. Neste caso, o pré-

> contratualismo é vivido subjetivamente como pós-contratualismo (1999, p. 46).

Qualquer dessas condições, de pós ou de pré contratualismo produz exclusões da própria sociedade civil lançando as pessoas ao “estado de natureza”, que é, segundo Boaventura, na sociedade pós-moderna “a ansiedade permanente em relação ao presente e ao futuro, o desgoverno iminente das expectativas, o caos permanente nos atos mais simples de sobrevivência ou de convivência”, de maneira que:

> O pós-contratualismo e o pré-contratualismo são o produto de transformações profundas porque estão a passar os três dispositivos operacionais do contrato social anteriormente analisados: a sociabilização da economia, a politização do Estado, a nacionalização da identidade cultural. As transformações são diferentes em cada um deles, mas, direta ou indiretamente, decorrem do que podemos designar por consenso liberal, o qual se desdobra em quatro consensos principais (SANTOS, 1999, p.46).

Tais consensos são os seguintes: (i) consenso econômico neoliberal (Consenso de Washington), que se refere à organização da economia global e diz respeito à liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, minimalização estatal, controle da inflação, primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução do déficit público, concentração do poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e poder financeiro nos grandes bancos transnacionais. Implica em “novas restrições à regulamentação estatal”; (ii) consenso do Estado fraco, tem relacionamento com o anterior, ultrapassa o domínio econômico e social, sendo que o Estado passa a ser o espelho da sociedade civil, transformado em seu oposto, visto que “a força do Estado passa a ser a causa da fraqueza e da desorganização da sociedade civil, e apesar de democrático é inerentemente opressivo, ineficiente e predador, advindo de seu enfraquecimento o fortalecimento necessário da sociedade civil, e Santos, fala que este estado vive um dilema, mas nos parece que é concebido como um sofisma para burlar as tarefas que ele assumiu e precisa cumprir; já o terceiro consenso (iii) é o democrático liberal, que consiste na promoção internacional de concepções minimalistas de democracia como condição de acesso dos Estados nacionais aos recursos financeiros internacionais (SANTOS, 1999, p.46-47).

E complementa Boaventura, quanto a este consenso, que:

> A convergência entre este consenso e os anteriores tem sido reconhecida como estando ancorada na própria origem da modernidade política. A verdade é que, enquanto a teoria democrática do século XIX estava tão preocupada em justificar a soberania do poder estatal, como capacidade reguladora e coercitiva, quanto em justificar os limites do poder do Estado, o consenso democrático liberal não está minimamente preocupado com a soberania do poder estatal, sobretudo na periferia e semiperiferia do sistema mundial. As funções reguladoras do Estado são vistas mais como incapacidades do que como capacidades do Estado (1999, p.47).

Quanto ao consenso liberal, o último (iv) é o que integra o primado do direito e dos tribunais, decorrendo do “modelo de desenvolvimento promovido pelos três consensos anteriores”. Dá prioridade à propriedade privada, às relações mercantis e ao setor privado, para propiciar a operacionalização das “transações seguras e previsíveis, garantidas contra os riscos de violações unilaterais”. Isso tudo requer um quadro jurídico específico e novo, atribuindo aos tribunais um novo papel, que é mais central, visando garantir o comércio jurídico e outras instâncias de resolução de litígios, de forma que: “O marco político da contratualização social deve, pois, ceder o lugar ao marco jurídico e judicial da contratualização individual. Esta é uma das dimensões principais da judicialização da política” (SANTOS, 1999, p. 48).

É importante compreender o impacto deste último consenso, como preceituado por Boaventura, pelo fato de que é profundo no que diz respeito aos três dispositivos operacionais do contrato social, quando dessocializa a economia, e a reduz à “instrumentalidade do mercado e das transações”. Basta lembrar da importância desse campo, quando, em relação ao modelo de contratualização social, o trabalho foi a via de acesso à cidadania, tanto por conquistarem os trabalhadores a extensão dos direitos civis e políticos, como também novos direitos específicos como o direito do trabalho e os direitos econômicos e sociais. E ainda pondera ele que:

> A erosão crescente destes direitos, combinada com o aumento do desemprego estrutural, conduz à passagem dos trabalhadores de um estatuto de cidadania para um estado de lumpencidadania. Para a grande maioria desses trabalhadores, trata-se de uma passagem, sem regresso, do contratualismo para o pós-contratualismo (SANTOS, 1999, p. 48).

De se lembrar que, já partiram os trabalhadores de uma situação cidadã precária, algo não realizado parcial ou integralmente, e, portanto, esgarçado, que, em

muitos casos poderia se enquadrar, como já frisado, de uma passagem direta do pré ao pós contratualismo, de forma que:

> Quer pela via do pós-contratualismo, o aprofundamento da lógica de exclusão cria novos estados de natureza: a precariedade de vida e a servidão engendradas pela ansiedade permanente do trabalho, pela ansiedade do desempregado em busca de trabalho, ou daqueles que não têm sequer condições para procurar trabalho, pela ansiedade dos trabalhadores autónomos quanto à continuidade do mercado que eles próprios têm de criar todos os dias para assegurar a continuidade dos seus rendimentos e, ainda, pela dos trabalhadores clandestinos sem quaisquer direitos sociais. A estabilidade de que fala o consenso neoliberal é sempre a das expectativas dos mercados e dos investimentos, nunca a das expectativas das pessoas. Aliás, a estabilidade dos primeiros só pode ser obtida à custa da instabilidade das segundas (SANTOS, 1999, p. 49-50).

Transformou-se o trabalho em algo que significa um espaço penoso da existência, eis que para gamas expressivas da população, ele não sustenta a cidadania, nem é sustentado por ela. Não produz satisfação nem quando existe, nem quando falta. Apesar da presença na vida das pessoas, que não podem desvincular seu projeto de vida do trabalho, há tendência de “desaparecer das referências éticas que sustentam a autonomia e a autoestima dos sujeitos”. Emerge desse efeito cumulativo da contratura dos contratualismos dos projetos inacabados, que, por fim, acabaram com o contratualismo social, de modo que:

> uma subclasse de excluídos, maior ou menor consoante a posição periférica ou central da sociedade no sistema mundial, constituída quer por grupos sociais em mobilidade descendente estrutural (trabalhadores não qualificados, desempregados, trabalhadores imigrantes, minorias étnicas), quer por grupos sociais para quem o trabalho deixou de ser uma expectativa realista ou nunca o foi (desempregados de longa duração, jovens incapazes de entrar no mercado de trabalho, deficientes, largas massas de camponeses pobres na América Latina, na África e na Ásia). Esta classe de excluídos assume nos países centrais a forma de “terceiro mundo interior”, o chamado terço inferior na sociedade de dois terços (…) (SANTOS, 1999, p. 50).

A realidade que se apresenta é a do crescimento estrutural da exclusão social em qualquer perspectiva de contratualismo (pré ou pós), ampliando-se os estados de natureza, sem opção individual ou coletiva de vencer este estado, e enquanto os sociólogos, os cientistas sociais têm preocupação com a forma como se pode vencer

isso, transformando o antigo contrato social por um outro menos vulnerável a produzir exclusão, nossa mente se fixa então na questão das perspectivas.

Ora, nossa compreensão sobre a sociabilidade, com todos os riscos inerentes e decorrentes do exercício do poder de forma opressiva, só pode favorecer o crescimento das preocupações com a erosão do contrato social, porque as obrigações assumidas pelo Estado lhe conferiram um poder exercido de forma irrestrita, e, principalmente agora, de forma perversa, sobre camadas vulneráveis. É um poder de face política e jurídica, o qual age atingindo individualmente pessoas (ou mesmo a coletividade, de forma excepcional), mas sem levar em conta que os males são provocados por uma estrutura social desajustada, decorrente do contratualismo falacioso.

Esse ponto do descumprimento das promessas emancipatórias é muito claro, e, com auxílio do que já dito por Fernando Brito Alves, promessas figuram “como espécie de *aporias políticas”,* no aspecto de não se concretizar a participação popular e nem de ser partilhado o poder político, até porque são assuntos centrais da preocupação de seu trabalho, mas dele não escapa a visão de que “as teorias da democracia têm uma responsabilidade muito maior do que problematizar modelos de participação” eis que precisam “discutir princípio de justiça substantiva” (ALVES, 2013, p.50).

E justiça substantiva, ou democracia substantiva, seria olhar para uma recomposição de ordem estrutural, enquanto, ao contrário, há uma preocupação prioritária com a responsabilização individual, ocultando-se causas sociais das situações que são tratadas como meros desajustes no comportamento individual. A responsabilidade do Estado, quanto às promessas não cumpridas, desaparece atrás das inúmeras justificativas fincadas em teses não comprovadas dos deformados atributos e características que sempre são encarados como problemas relacionados a cada indivíduo.

Em qualquer situação, estando em jogo os interesses individuais ou os coletivos, separa-se da cadeia causal, as responsabilidades que são estruturais, o que é absolutamente equivocado, diante da evidenciada conformação social a partir da

compreensão relativa aos enganos de uma contratualização social que produz desigualdades, como regra.

Não é possível utilizar técnicas de perspectiva e escala, e transformar situações globais em disfunções comportamentais e individuais. Parafraseando Giulio Carlo Argan (2003, p. 132), em lugar de considerar que a perspectiva é uma reflexão intelectual sobre o dado percebido pelos olhos, deve-se buscar ver, primeiro com a mente e depois com os olhos.

O problema em relação à “perspectiva” é que ela representa o ponto de vista perfeito, pois os olhos podem mudar de foco, e a visão ocidental já está conformada com a observação por uma “janela”.

Ainda que, o fim do século passado tenha sido arena de uma revolução científica, que produziu impactos sobre a cultura moderna, a partir das geometrias não-euclidianas e a teoria da relatividade, que foram elaboradas para reformular conceitos de espaço e tempo, estimulando as vanguardas modernas a expressarem novos conceitos, o fato é que, neste século XXI, inclusive a arte, de onde vem o conceito de perspectiva, se espargiu em diversas expressões, num processo de ramificação. Há tendências que se reaproximam do espaço por meio de instalações ou apropriações; enquanto outras se dedicam ao chamado "realismo contemporâneo", cujo resultado se aproxima de uma fotografia. A perspectiva (na arte) não foi deixada de lado, mas foi se transformando num código inconsciente de visualidade tridimensional.

Por isso que, de novo com apropriação do que já foi dito por Fernando de Brito Alves: “As notas individualistas da sociedade contemporânea, somadas com a impossibilidade agregativa de se estabelecer um consenso razoável acerca do “interesse comum”, impõem severos desafios às propostas contemporâneas de democracia” (2013, p. 296), para dar a ela, quem sabe uma visão tridimensional, ou melhor, multidimensional.

Sob a perspectiva social, o presente é instável (para não dizer terrível) e o futuro não é previsível; talvez necessitemos de uma reorganização do espaço e do tempo, sendo necessários novos conceitos, pois da mesma forma que a história da

arte depende de juízos de valor, a sociedade, para um fim organizacional mais justo, precisa sempre rever as cláusulas da obrigação jurídica, porque em relação àqueles é que estas foram impostas, dimensionando as perspectivas e as escalas como estabelecidas, para corresponder ao compromisso que decorre da legitimidade democrática.

1.3.2 As formas de integração possíveis. a constituição como expressão do poder real. integração pela cultura.

Há aspectos integradores na sociedade, considerados como uma fonte integradora forte. Para Agnes Heller[18] esta potencialidade, na democracia moderna, poderia ser a Constituição, como fonte do poder moral e integrador (1999, p. 29), entretanto ela diz que até a própria Constituição pode sucumbir ante o relativismo desintegrador.

Isso pode ser compreendido por meio dos que elaboram teorias da Constituição, como Ferdinand Lassalle. Jorge Miranda ao lembrar que esta teoria rejeita as doutrinas liberais ainda no século XIX, e que distingue Constituições *reais* de Constituições *escritas*, no sentido de que a verdadeira Constituição de um país residiria sempre e unicamente nos *fatores reais e efetivos de poder* que dominem na sociedade; de modo que se a Constituição escrita não corresponder a eles, está condenada a ser afastada. Então para ele os problemas constitucionais não seriam de direito, mas sim de poder, isto é, que a boa Constituição é aquela que é real, radicada nos fatores de emanação de poder (MIRANDA, 2019, p. 256).

Na obra de Lassalle há o exemplo de uma macieira plantada num quintal, explicando que não basta que aquele que a plantou afixe um cartaz dizendo que se

---

[18] Filósofa húngara, que morreu em julho de 2019 aos 90 anos. Ela sobreviveu ao holocausto, sendo que metade do milhão de judeus assassinados em Auschwitz era húngara. Posteriormente, devido à repressão stalinista, ela foi obrigada a se exilar durante décadas. Nos Estados Unidos e na Austrália ela elaborou um pensamento baseado num profundo conhecimento da história, mas também da vida cotidiana, situado entre a filosofia e a sociologia, e tornou-se uma das pensadoras mais influentes da segunda metade do século XX.

trata de uma figueira. E pergunta: basta isso para a figueira se tornar uma macieira? Naturalmente que não. Ainda que por solidariedade dos que estejam ao redor daquele cultivador, e, por isso viessem a confirmar que era um pé de figueira, a árvore continuaria a produzir maçãs e não figos. E o mesmo acontece com as constituições (LASSALLE, 2000, p. 37).

Importante que também se conceitue o que é poder, posto ser um vocábulo que comporta mais de uma definição, e que engloba muitos níveis implicados naquilo que constitui a sociedade, como visto inclusive a partir de sua conjuntura constitucional real, principalmente no que diz respeito às diretrizes de convívio entre seres racionais e irracionais, na medida em que o “poder” pode ser retratado como a capacidade real ou potencial para exercer influência sobre outros a partir de um desejo, de objetivos e de finalidades. Pressupõe uma esfera de domínio, de mecanismos, de faculdade e instrumentos de exercício,

Nicos Poulantzas propõe um conceito geral de poder, por meio de um diálogo com os sociólogos políticos funcionalistas, e a partir deste diálogo retira o contributo fundamental para conceituar o poder, que seria então “a capacidade de uma classe (ou grupo) social realizar seus interesses objetivos” (POULANTZAS, 1986, p. 103). Isso aconteceria na prática social nos diversos níveis e desdobramentos como: poder econômico, poder político, poder social, poder religioso, entre outros.

E tece críticas às definições de Harold Laswell, no sentido deste conceituar o poder como participação ou influência no processo decisório; também em relação a Max Weber e o conceito de poder como *probabilidade* de imposição de vontade mesmo contra a resistência de terceiros e, ainda a Talcott Parsons, que conceitua poder como capacidade de executar funções em proveito de um dado sistema social (POULANTZAS, 1986, p. 103). Por óbvio que as definições criticadas também podem servir para explicitar as espécies de poder político, e que também podem servir para analisar o exercício do poder.

Uma Constituição é um problema de poder, com uma característica fundadora, e é um pacto de governo. Então se começa de um pacto que existiu, segundo a posição de Schmitt, no sentido de ser uma convenção constitucional que tem na sua base uma suposta realidade de diversas unidades políticas (SCHMITT, 1996, p. 82) -

sem entrar na discussão a respeito de ter sido este pacto autêntico ou não autêntico, porque esta questão é delicada e não precisa agora ser aprofundada - há como se insistir em perscrutar a questão da concretização daquele pacto, ainda que se considere que o seu sentido original pode não ter partido da absoluta sinceridade de todos os participantes, principalmente, é claro, com relação aos realmente influentes, ou seja, os que dominam.

Como um pacto constitucional não funda propriamente, mas sim, pressupõe uma a unidade política, essa unidade é algo que se tem que ir construindo, pois a Constituição e o pacto - no sentido de pacto de governo como uma ação total organizada (SCHMITT, 1996, p. 81) - sobre o qual ela se assenta, necessita das consequentes concretizações históricas, as quais obedecem os momentos que vão se sucedendo em ondas.

Portanto, não se trata de um pacto original, que não precisa mais ser tensionado no sentido de se buscar a essência de sua conformação, da melhor maneira possível, de acordo com os princípios fundadores que são o pressuposto, além de todas as finalidades objetivadas. Significa então que há necessidade de constante ressignificação, e de forma positiva, em relação aos ideais democráticos, sempre e repetidamente perguntando: quem é o soberano, quem é o povo, que está impondo o quê e sobre quais? Pois estes são dilemas básicos.

A legitimidade da constituição para Carl Schmitt é seu reconhecimento de fato e, também, de direito, ou seja, como efetiva ordenação jurídica, quando é reconhecido o poder constituinte que a fundou (SCHMITT, 1996, p. 104).

Em assim sendo, no caso do Brasil, na perspectiva da Constituição de 1988, por exemplo, um retrospecto da qualidade dos titulares do poder constituinte (o soberano e o povo), conduz a uma dúvida sobre ter havido reconhecimento político pleno de ambos, dada a débil origem democrática, mostrando que o futuro poderia ser incerto, e que as decisões sufragadas pelas elites, não teriam sido bem sopesadas então, podendo ter existido mais um interesse em acalmar os ideais de inclusão social, então acirrados pelas condições históricas, do que a intenção mesmo de firmar um pacto social plenamente emancipatório e inclusivo.

Em razão do que disse Heller, ao mencionar que pode a Constituição sucumbir ante o relativismo desintegrador, a cultura talvez seja o “maior ingrediente da integração”. E ela se refere à cultura legal, inserida numa “moldura cultural mais ampla na qual ela também está compreendida” (HELLER, 1999, p. 29).

São os vínculos culturais mais fortes que acentuam o poder moral, “mesmo que a cultura em si mesma não exerça tal poder”; eis que para ela, a tradição cultural faz a diferença, segundo mostrou o multiculturalismo e ainda que:

> Identidades locais, étnicas e religiosas preservam e mantêm seu poder moral em função da densidade de crenças e práticas culturais com que os homens e mulheres revestem diariamente esses poderes. Quanto mais ampla a identidade, menos densas tais práticas culturais se tornam, pelo menos numa formação multicultural. Por isso, culturas mais universais podem ajudar a cimentar poderes morais mais gerais. Atualmente, há apenas duas culturas universais remanescentes: a cultura erudita e a cultura de massas. A primeira confere significado e fornece referências e interpretações comuns para pessoas cuja formação cultural é inteiramente diferente; nessa medida, aprofunda a compreensão mútua. A segunda (a cultura de massas veiculada pela mídia) proporciona divertimento e anula a diferença, ao oferecer o mesmo cardápio por toda parte. Entre estas duas culturas universais, a vida da diferença está florescendo ou morrendo, dependendo do lugar e da nossa percepção do futuro (HELLER, 1999, p. 30).

Mas é de se levar em conta o conjunto de rupturas que foram ocorrendo, nos diversos cenários da nossa vida (plano econômico, cultural, social, político e até no psicológico, no campo da psicologia social), fomentando o “individualismo moderno” e também o surgimento de movimentos coletivos que buscaram compor referências identitárias coletivas: um “nós”. Este “nós” pode ser compreendido tanto como uma ação coletiva, quanto a afirmação do próprio “eu”. Seja na esfera do público ou depois, a partir de elementos da vida privada, os sujeitos coletivos procuraram conjugar a construção de demandas e discursos sociais configurados como antagonismos sociais.

O antagonismo social é diferente de contradição social. Esta se constitui numa situação que pode ser superada, mas não o é por fazer parte do jogo do desenvolvimento social. Então os discursos coletivos, quando estabelecidos pelo reconhecimento histórico de desigualdades sociais são, na verdade, antagonismos sociais, são lutas decorrentes da afirmação/contraposição de outros pontos de vista

ou de entendimento, reforço da ideia de diversidade ideológica e de pensamento, O discurso antagônico não quer dizer que seja abrangente, pois depende da constituição das identidades coletivas[19].

1.3.3 A experiência social sob o aspecto da psicologia social. a consciência coletiva. os filtros

O conceito de consciência coletiva partiu de um sociólogo, o francês Émile Durkheim, cuja definição se extrai da conjugação de características e conhecimentos comuns daqueles que compõem o quadro social, de modo que passam a pensar agir com um mínimo de semelhança. Tem uma correspondência com as normas, as práticas, os códigos culturais (etiqueta, moral e representações coletivas) (2010).

Como Durkheim era um funcionalista, considerava que o indivíduo sofre influência da sociedade, em muitos aspectos, havendo interferência tanto da consciência individual como da coletiva. Entretanto, os limites entre estas consciências, não são bem delineados. (2010)

Isso se apreende de modo mais simples, no momento que se reflete sobre os aspectos individuais de compreensão[20] do mundo, como é o caso da linguagem, da língua, das categorias, das representações, uma que que o conhecimento do mundo se dá por meio de algum nível, ainda que pequeno, de comunhão sobre os postulados

---

[19] Esta questão pode ser aprofundada em Laclau, E. *New refletions of the revolution of our time*. London, Verso. Em especial na primeira parte.

[20] "Eu estava insatisfeito com a maneira como a crítica radical da psicologia era então escrita – isso foi no final dos anos 60 e eu estava buscando uma nova forma de entender o papel social da psicologia. Fiz isso por uns dez anos. E depois, em parte como consequência desta experiência, comecei a argumentar que poderíamos aprender com a psicologia e com outras especialidades menores semelhantes. Que poderíamos aprender algo de fundamental sobre como as sociedades contemporâneas emergiram e como as formas de autocompreensão que eram a elas centrais vieram a existir. Esses eram aspectos que não haviam atraído a atenção de teóricos e historiadores políticos que estavam então mais interessados em grandes eventos ou nas microdesonestidades que ocorrem entre políticos." (Cérebro, self e sociedade: uma conversa com Nikolas Rose. Entrevista publicada na revista *Physis* vol.20 no.1 Rio de Janeiro 2010)

essenciais, de forma que uns tenham algum grau de certeza que quando falam de algo, outros sejam capazes de compreender sobre o que falam.

Segundo Durkheim:

> O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. (...) Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira" (2010, p. 50).

Como está situada no nível da estrutura, essa consciência coletiva está no plano sociológico e psicológico, constituindo-se ao mesmo tempo como cultura e senso comum dos indivíduos membros de uma sociedade (LACAPRA, 2001, p.84). Ao contrário do que "consciência" pode fazer supor, a consciência coletiva se apresente inconsciente e consciente, na dimensão psicológica.

Para Erich Fromm, este filósofo, sociólogo e também psicanalista, quando Freud afirmou: "Onde há *Id* deve haver *Ego*", ele o fez pensando da mesma forma que o faria um filósofo da Ilustração do século XVIII, por não ter percebido que "grande parte do que é consciente é fictício e que grande parte do inconsciente é verdade, exatamente a verdade que não se permite chegar à consciência e promova o funcionamento e a preservação dessa estrutura social particular" (FROMM, 1977, p. 129-130).

Fromm foi talvez o primeiro filósofo que pensou numa antropologia filosófica, quando problematizou a liberdade, ocupando-se também de traçar o vínculo das ideias de Marx e Freud, reconhecendo a superioridade do primeiro, na obra *Dogma de Cristo* (1986), de acordo com Franz Borkenau, que também frequentou, como ele, o Instituto de Frankfurt (JAY, 1974, p. 160).

Ele principiou a tratar da patologia da alienação psíquica inconsciente da sociedade industrial, caracterizada por um comportamento social consumista, além do

sistema patriarcal autoritário, e da necessidade ética urgente de mudanças nas determinações sociais e econômicas, na obra originalmente publicada em 1941, nos Estados Unidos, chamada: *O medo à liberdade* (1983). Aí ele aborda que há uma espécie de consumo compulsivo que alivia a ansiedade, a insegurança e até o desespero de nossa época moderna, considerando ele a existência de um vazio espiritual e de realizações, pois o homem não sabe o que deseja e não consegue atingir uma satisfação plena.

Ainda elaborou uma das mais importantes críticas psicossociais do autoritarismo, em 1941, na época da Segunda Guerra, quando tratou desse sentimento destrutivo e do conformismo, que são típicos do século XX. Para ele a liberdade humana entre evoluir ou regredir é uma obrigação, ou seja, uma responsabilidade da qual ninguém pode fugir (FROMM, 1983).

Sobre a questão do estado de consciência social, ou seja, da forma como cada sociedade cria uma forma própria de repressão - como expressão própria de inconsciência social -, disse ele que isso é necessário ao seu funcionamento e sua sobrevivência (FROMM, 1977, p. 130).

Trouxe o conceito de *filtro social* que se determina o que se fará consciente e o que permanecerá inconsciente, e ele é composto de três partes: a linguagem, a lógica e os tabus sociais.

No que diz respeito à linguagem, diz ele que é: “difícil obter conhecimento de algo que não se designe com palavras”. Embora não seja impossível, é muito difícil para a maioria das pessoas. Esquimós, por exemplo, usam muitos vocábulos para diferentes tipos de neve; árabes usam muitas denominações para diferentes espécies de camelo; e nós denominamos de diversas maneiras, diferentes tipos de carro, e conclui ele, que, entretanto “conhecemos poucas palavras para designar uma experiência como o amor e a ternura; neste terreno somos extremamente pobres”. A neve é muito importante para os esquimós, nós nem sabemos que há diferentes tipos de neve. Os automóveis também parecem muito importantes, por isso, diz Fromm, até as crianças conseguem distinguir as marcas diferentes, enquanto a palavra amor, é por nós usada para distinguir a preferência por sorvetes como “para falar da experiência mais intensa de que tratam poetas e escritores”. E então resume: “Em

outras palavras, a linguagem é um produto do modo de viver de uma certa sociedade e a formação de palavras leva o indivíduo a ter ou não conhecimento de algumas experiências que enfrenta” (FROMM, 1977, p. 130).

Há o filtro social da lógica, o segundo por ele elencado, sendo que a tradição ocidental se baseia na lógica aristotélica (A não pode ser não-A), mas há outra lógica que é chamada de paradoxal ou lógica dialética, onde A é A e ao mesmo tempo não-A. Isso só tem sentido para a dialética. Para Freud a ambivalência só tem sentido por esta lógica, segundo a qual ele sustenta que “é possível amar e odiar uma pessoa ao mesmo tempo” (FROMM, 1977, p. 131).

Por meio dessa lógica Fromm dá um exemplo retirado da política: a execução dos criminosos de guerra nazistas na Alemanha, depois do processo de Nuremberg. Explica ele que para o senso comum isso teria ocorrido para aniquilar o nazismo, embora esse “castigo” tenha aberto “as portas a muitos outros nazistas que não foram castigados e puderam voltar ao poder depois do ritual em que uns poucos foram utilizados como vítimas propiciatórias. Em outras palavras, os processos foram ao mesmo tempo o castigo e a conservação dos nazistas”. Algo que ele diz só ser explicável pela lógica dialética, pois não há como se compreender pela lógica aristotélica que: uma sociedade é o que ao mesmo tempo é sua própria negação (1977, p. 131).

Quanto aos tabus sociais, são a terceira parte do filtro, e ele explica que se constituem nos assuntos que não devem ser pensados, por se constituírem um grande perigo, que é o seguinte: ninguém que pense dessa forma pode ir até o fim. Dá como exemplo o de uma tribo primitiva de guerreiros, que ataca outras tribos, promovendo mortes e fazendo saqueamentos, promovendo a guerra. Havendo um dissidente no grupo, a quem não agrada este comportamento, não comunicará isso dessa forma, ou seja, dizendo que não gosta de matar, porque isso é “impensável”, psicanaliticamente falando, estaria “reprimido”. Como o corpo conhece a aversão pela violência, enquanto sua mente consciente não conhece, a probabilidade é que desenvolva sintomas psicossomáticos no dia da guerra, alguma limitação que se manifeste como doença física, por exemplo. Ainda outro exemplo dado é o fato de muita gente não conhecer completamente sobre as armas nucleares; ou seja, podem

falar sobre isso, mas sem ter conhecimento completo, e assim, o instinto de conservação geraria um ativismo mais intenso, cuja finalidade seria, ao final evitar catástrofes pelo uso das armas nucleares (FROMM, 1977, p. 131).

Ao dar este exemplo, este sociólogo, filósofo e psicanalista, embora já tivesse contato com a experiência de um desastre atômico, na Segunda Guerra, não tinha muito conhecimento a respeito do tema, assim como naquele momento histórico ninguém tinha ainda, razão pela qual talvez não parecesse às pessoas que a catástrofe estava tão próxima delas, ou seja, não acreditavam que era uma realidade concreta que pudesse atingi-las.

Portanto, é preciso reconhecer como é fundamental a visão sociológica e filosófica, sendo que Fromm rompeu com a doutrina psicanalítica, assim renovando de maneira impactante a teoria e a prática, em relação ao que era trabalhado no Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, imprimindo uma abordagem muito mais humana e cultural, mostrando-se um dos melhores representantes do humanismo do século XX, sendo que ele, como Ulrich Beck, focaram nos fenômenos sociais, e de acordo com Karsenti (2013), o aspecto mais intenso da modernidade é justamente o conteúdo social nos discursos, nas práticas e nas políticas, a partir do próprio conceito de sociedade.

Fromm, no artigo *Método e função de uma psicologia social analítica*, em 1932, fez a correlação direta entre o conceito de ideologia (no marxismo) e a racionalização como conceito psicanalítico, e segundo ele a função da ideologia e do autoritarismo pode ser comparada ao que acontece nos sistemas neuróticos, e assim demonstrou que a psicanálise[21] auxilia na compreensão de como a situação econômica é transformada em ideologia, por exemplo (FROMM, 1971, p. 153-154).

Quanto ao filtro social, é ele, que, para Fromm, impede que muitas experiências se tornem conscientes e produz a “inconsciência social”; reforçado pelo que é o quarto

---

[21] Também há uma referência interessante na obra *Ciência política,* de Paulo Bonavides, no sentido de que: O irracionalismo, não raro observado em atividades de governos ou relações de Estado, fortalece por igual a convicção dos psicólogos sociais de que fora das motivações psicológicas não é possível lograr efeito, segundo afirma Xifra Heras, de forma lapidar, “a Ciência Política opera com material humano e os fundamentos do poder e da obediência são de natureza psicológica” (2012, p. 54).

elemento a determinar a consciência: a massa de ficção elaborada que toda sociedade transmite ao indivíduo. De modo a concluir que um percentual de “90% do que preenche nossas consciências não são reais e que grande parte do ‘verdadeiramente real’ não é consciente”; havendo uma seleção do filtro social, que é condição necessária para adequar as condutas (1977, p. 131-132).

Ainda segundo Erich Fromm:

> Em resumo, dado que o homem é um ser social, e já que não tem outra alternativa a não ser viver em sociedade, sem poder escolher aquela em que teria gostado de nascer, e posto que todas as sociedades, inclusive as atuais, estão saturadas de contradições, - particularmente da contradição existente entre o real interesse humano de todo os seus membros e o interesse da sociedade por sobreviver de seu modo particular, - resulta que a consciência é, em alto grau, uma “falsa consciência, e, também, que a inconsciência social é uma percepção da realidade de que não temos conhecimento (1977, p. 132).

Em resposta à sua própria perquirição a respeito de como o inconsciente pode chegar a ser consciente, isso se daria quando desaparece o conflito básico entre os interesses de uma sociedade e os de cada indivíduo dessa mesma sociedade. A partir daí não seria mais preciso “lavar cérebros”, disse ele, e nem bloquear a realidade para que ela não fosse percebida pela mente consciente. E o pensamento crítico auxilia neste processo, e ele diz que Freud, ao descobrir as causas individuais da repressão, tinha como meta o exercício da crítica social e da crítica das ideologias, para liberar o homem “pelas categorias que a sociedade constrói em sua inconsciência, e que o leva a convencer-se de que o ‘senso comum’ é razoável, moral, racional e lógico” (FROMM, 1977, p. 133).

Pode ser então, que o homem da sociedade industrial descrito por Fromm, como o *homo faber,* o animal que produz, não só para substituir a energia humana ou animal pela mecânica, mas também para substituir a inteligência humana pela máquina (1977, p. 134), ainda possa se manter como *homo sapiens* (coisa que ele tinha dúvida ao escrever o texto)*,* porque foi despertado da letargia, a partir da segunda revolução industrial e da era tecnológica, principalmente pelo temor provocado pelos novos riscos, como depois concluiu com Ulrich Beck, poucos anos depois, produzindo uma alerta à humanidade, com sua obra.

1.4 A experiência social e as mudanças sociais na modernidade

O campo do direito, como responsável pela regulação social em sentido amplo, é eminentemente o social, pode ser analisado sob diversos *olhares*: filosófico, sociológico[22], econômico, antropológico e jurídico.

E é no empreendimento interdisciplinar, fazendo a intersecção entre as visões, que se constrói a tarefa de pesquisa, por meio de atividades interpretativas da realidade social.

Nessa perspectiva, de olhares e interpretações, uma primeira conclusão histórica é que o mundo de hoje já pode ser considerado totalmente moderno[23], em que quase tudo na experiência social foi sendo substituído, em termos de tradições modificadas, modos de interagir com a natureza, de compreender as coisas devido ao avanço da ciência e tecnologia[24], guardadas as diferenças nas regiões do planeta[25],

---

[22] Nessa emergência de ideias as ciências passam a explicar o mundo e, no caso da sociologia, não se pode separar este conhecimento, das condições histórico-sociais de existência, nas quais ela se tornou intelectualmente possível e necessária (1977, p. 11), sendo que a explicação sociológica pressupõe, como algo essencial. “um estado de espírito que permita entender a vida em sociedade como estando submetida a uma ordem, produzida pelo próprio concurso das condições, fatores e produtos da vida social” (1977, p. 13). FERNANDES, Florestan. In: FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Org.). Sociologia e Sociedade: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro; São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1977 (p. 11-30).

[23] Para Kinhide Mushakoji, Professor da Universidade Meiji Gakuin, Tóquio, e ex-vice-reitor da Universidade das Nações Unidas, no entanto: “Apesar da supremacia política, econômica e cultural avassaladora dos paradigmas ocidentais, as regiões não ocidentais, em quase todos os casos, não se transformaram em sociedades ocidentais, com exceção de pequenos enclaves de elites modernizadoras completamente integradas ao Ocidente em termos dos seus valores, crenças e estilo de vida. Este fato contradiz a expectativa da teoria de modernização linear, que sustentava o ponto de vista de que as sociedades não ocidentais tornar-se-iam totalmente modernizadas e ocidentalizadas no seu devido tempo”(MUSHAKOJI, 1999, p.195), ver ainda nota 3, p. 214 em que ele remete ao conceito de desenvolvimento linear *in* Kasuko Tsurumi, “Shakai Hendo no Paradigms: Yanagita Kunio no Shigoto wo Juku to Shite”.

[24] Sob o ponto de vista teórico entende-se que uma realidade social se cria quando o novo ou o não familiar se incorpora aos universos consensuais, e aí surgem os processos que geram a familiaridade, ou seja, não há mais novidade, por isso é socialmente reconhecido e real.

[25] “É certo que todas as sociedades não ocidentais são agora muito parecidas com as sociedades ocidentais, especialmente graças ao desenvolvimento da economia global, acompanhada da exposição crescente da comunicação e da cultura à “cultura mundial”. Na maioria dos casos, esta aparência acoberta variantes mais diversas de uma cultura mista que combina conceitos e lógicas universais (globais) e específicas (locais)” (MUSHAKOJI, 1999, p.195).

as quais podem ser consideradas como graus ou etapas de chegada à modernidade, quer do ponto de vista dos recursos econômicos, como das organizações políticas e sociais respectivas, além da vida espiritual e muito mais[26].

Há uma diferença estrutural entre as civilizações pré-modernas, de um lado, e as modernas, de outro. Aquelas se caracterizam pela estratificação hierárquica bem marcada e sem mobilidade na origem[27], significando uma certa estratificação de posições, quer no aspecto econômico, como no político e também no cultural, com influência na função desempenhada em cada camada, tudo configurado "na especificação rígida das atividades do dia a dia, como os costumes, o acesso às coisas e o uso da linguagem" (HELLER, 1999, p. 14-15).

A desconstrução deste modelo teve longa sobrevivência e foi acontecendo depois do fim do período medieval até o século XX, por diversos fatores, de forma rápida, com impacto sobre as pessoas que na mesma geração deixaram para trás seu passado e tudo que tinham aprendido, numa velocidade que a Europa desconhecia, desde as guerras civis romanas, e isso só veio se acelerando. (HELLER, 1999, p. 15).

As transformações nas relações hierárquicas mostraram a forma como muitas desigualdades se sustentavam até então, baseadas em discursos hegemônicos acerca na naturalidade das relações nas diferentes posições sociais, e a partir da revolução democrática, foi possível perceber os sujeitos coletivos reconhecendo o caráter histórico das desigualdades, o que pode ser observado também pela análise de Chantal Mouffe:

> Nós podemos ver a emergência destes antagonismos no contexto da dissolução de todas as relações sociais baseadas na hierarquia, e isto, de fato, está ligado ao desenvolvimento do capitalismo, que destrói todas aquelas relações sociais e recoloca-as como relações de mercadoria. Então, é com o desenvolvimento do capitalismo que

---

[26] Para Heller (1999, p. 14) esta é a premissa, um mundo inteiro que já se tornou moderno, sendo a modernidade gerada na Europa, mas que agora não é nem "ocidental" nem "europeia", é global. Apesar das diferenças no planeta, eram elas muito maiores, segundo ela, nas eras pré-modernas, mas não tinham importância para uma ou outra civilização, então, por serem vistas como "naturais", permanecendo muitas vezes desapercebidas; e, além disso, até o início da modernidade, "uma parte considerável do planeta era simplesmente desconhecida das culturas contemporâneas".

[27] "Homens e mulheres nascem em posições e camadas sociais específicas, e, de modo geral, a trajetória de vida de uma pessoa é determinada pelas condições que cercam o seu nascimento" (HELLER, 1999, p.15).

> aquelas relações de subordinação podem emergir como antagonismos. As relações podem ter existido, previamente, mas elas não puderam emergir como antagonismo antes do capitalismo (1988, p. 91).

Efetivamente, portanto, a emergência de todas essas reflexões no mundo moderno adveio da desagregação da sociedade feudal, diante da evolução do sistema capitalista de produção, a economia de mercado e a consequente expansão das atividades urbanas, como explicou Florestan Fernandes no sentido de que justamente estes dois processos histórico-sociais foram responsáveis por ampliar, de forma contínua, “as esferas da existência nas quais o ajustamento dinâmico às situações sociais exigia o recurso crescente a atitudes secularizadas de apreciação dos móveis das ações humanas, do significado dos valores e da eficiência das instituições” (FERNANDES, 1977, p. 13).

Modernamente falando, a principal característica é a desconstrução hierárquica, que antes era fechada, entre homens e mulheres, e na “hierarquia social de poder, riqueza e da fama”, com posições definidas pelos integrantes, diminuindo-se no cotidiano as posições hierárquicas firmes (HELLER, 1999, p.15).

O impacto que acontece sobre o ser humano que passa a compreender sua vida não como algo pré-definido e determinado, isto é, quando percebe a contingência da vida, com tudo dependendo das ações que ele precisa promover, abre um feixe de possibilidades ilimitadas, e também de escolhas a serem feitas.

Por isso que a perda da tradição e do correspondente sentido da naturalidade, trazendo a maleabilidade e a volatilidade, com o advento de um cenário em que as possibilidades são livres a ponto de abalar até a crença das pessoas em si mesmas, porque esta crença depende do fato de se obter sucessos e não de se obter fracassos, sendo tudo isso acentuado pela sensação difusa e difícil de assimilar, que é o fato da vida ter se tornado arriscada (HELLER, 1999, p. 16).

O resultado é efetivamente um grande acúmulo de problemas, que foram se tornando cada vez mais insolúveis na aparência e na essência, pela sobreposição de questões que atingiram diretamente mais de um plano relativo à organização do

mundo: economia, política, cultura, rompimento de hábitos e modos de relacionamento[28].

1.4.1 Os impactos e as dificuldades do mundo contemporâneo. a demanda relativa às mudanças estruturais

Essas ideias são relevantes para a análise das novas conjecturas que tanto são sintomáticas quanto precursoras de uma mudança muito significativa da vida, quer pelo aspecto da gestão do risco, quanto pelo fato de que há tanta novidade científica a determinar a forma de organização social, obrigando a deixar pra trás tudo aquilo que se acreditava ser verdadeiro, mas que o conhecimento científico demonstrou que não é.

Portanto, muitas coisas relativas à ordem anterior, que era pré-determinada, acabam por ser vivenciadas diferentemente em relação a cada pessoa. No geral o mundo é visto como um lugar cheio de artimanhas, com regras impiedosas, que requerem conhecimento de “guerra”, como também o impacto das novas tecnologias totalmente revolucionárias, e da inteligência artificial, como uma nova *commodity*, sem a qual não há como planejar ou pensar o futuro, mas, inclusive pelo fato de agora existirem, também dificultam prever o futuro, ou seja, criam novos complicadores.

Yuval Noah Harari descreve como “sensação de desorientação e catástrofe iminente”, posto que é uma situação em que há muito despreparo, justamente pela “disrupção tecnológica”, e o sistema político não está preparado, pois o formato na era industrial era outro, com a necessidade de aprender a lidar com as máquinas a vapor, refinarias de petróleo, aparelhos de televisão, mas atualmente as dificuldades

---

[28] “No começo do século XX, o mundo pré-moderno ainda não havia sido inteiramente desconstruído nem na Europa; no entanto, no final do mesmo século, o arranjo social já não existe no planeta. Não há mais monarquias tradicionais. As tentativas – não infrequentes – de restauração das formas tradicionais de vida requerem uma espécie de mobilização de massas inteiramente moderna. E, para uma mobilização de massas ideologicamente respaldada, necessita-se da força de uma sociedade de massas. A preferência por uma tradição forte desempenha, nesses casos, o papel da ideologia. Ela pode desempenhar esta função precisamente porque é uma escolha. Não é mais vista como natural” (HELLER, 1999, p.14).

são muito maiores devido à revolução tanto da tecnologia da informação quanto da biotecnologia (2018, p. 24). E complementa:

> Políticos e eleitores mal conseguem compreender as novas tecnologias, que dirá regular seu potencial explosivo. A partir da década de 1990 a internet mudou o mundo, provavelmente mais do que qualquer outro fator, mas a revolução da internet foi dirigida mais por engenheiros que por partidos políticos. Você alguma vez votou em qualquer coisa que concerne à internet? O sistema democrático ainda está se esforçando por entender o que o atingiu, e está mal equipado para lidar com os choques seguintes, como o advento da inteligência artificial (IA) e a revolução da tecnologia de *blockchain* (2018, p. 24-25).

E este poder disruptivo da tecnologia, justamente pelo desconhecimento daqueles que detém a agenda política, não chega a ser prioridade para esta agenda, enquanto isso, engenheiros, empresários e cientistas, com pouca consciência das implicações políticas de suas decisões, são os responsáveis por elas, sem serem representantes de ninguém. Mas a pergunta de Harari é se os parlamentares e os partidos poderão assumir isso (2018, p. 26).

E o que será atingido não é apenas a organização social da nossa vida, como também a economia, pois há aspectos relacionados ao sistema financeiro que podem sofrer impactos que ainda não têm como ser dimensionados, como é caso do que poderá significar a criptomoeda e o bitcoin, que têm potencial para renovar o sistema monetário, isso demonstra porque a informação será tratada como uma nova *commodity*, impondo a necessidade de se alterar pressupostos que regem o sistema tributário, para incluí-la como um dos ativos mais importantes da economia (tudo isso já se mostra com este potencial, embora sem ter havido a substituição de modelos), mas Harari questiona se acaso o sistema político conseguirá acudir isso tudo “antes de ficar sem dinheiro” (2018, p. 25).

Há mais impactos, segundo ele prossegue lembrando, do que poderá acontecer também com nosso interior, porque essas mudanças podem atingir nossos corpos e mentes, vez que no passado tínhamos controle sobre o mundo exterior, e pouco controle sobre o mundo interior: não sabíamos interromper o envelhecimento, não sabíamos projetar um cérebro, afastar um pensamento (2018, p. 25), e agora:

> As revoluções na biotecnologia e na tecnologia da informação nos darão controle sobre o mundo interior, e nos permitirão arquitetar e fabricar vida. Vamos aprender a projetar cérebros, a estender a duração da vida e a eliminar pensamentos segundo nosso critério. E ninguém sabe quais serão as consequências disso. Humanos sempre foram muito melhores em inventar ferramentas do que em usá-las sabiamente. É mais fácil manipular um rio construindo uma represa do que prever todas as complexas consequências que isso trará para o sistema ecológico mais amplo. Da mesma forma, será mais fácil redirecionar o fluxo de nossa mente do que predizer o que isso fará a nossa psicologia pessoal ou nosso sistema social (HARARI, 2018, p. 26).

Especialistas hoje predizem muitas coisas como, por exemplo, não se sabe que profissões estarão em alta ou mesmo existirão em 30 anos, nem como será nossa vida, dada a situação totalmente nova, em que não se pode ter domínio sobre toda a gama de interações que vão interferir em tudo isso[29].

Yuval Harari diz que “adquirimos o poder de manipular o mundo a nossa volta e de remodelar o planeta inteiro” sem compreender antes “a complexidade da ecologia global”, de modo que poderá haver um colapso ecológico, e esta possibilidade de “manipular o mundo dentro de nós e de nos remodelar”, sem compreender também nossa complexidade e nossa própria mente, também poderá provocar nosso próprio colapso como seres (2018, p. 26).

E, entretanto, não existe retorno, por diversas razões e nossa experiência anterior seria infactível, inclusive, até para abrigar o número crescente de pessoas no mundo, e dar conta da opção pelos agrupamentos urbanos, por isso então, deve então ser explorado e trabalhado da melhor forma o arranjo moderno:

> Porque não há uma terceira espécie de arranjo social. Ou a estratificação fundamental é fixa e determina as funções ou ocorre o contrário. A terceira possibilidade teria sido uma sociedade sem nenhuma hierarquia, sem divisão de trabalho. Foi este o projeto de Marx, que parece irrealizável. Além disso, pode-se duvidar que seja desejável. No entanto, as possibilidades de mudanças essenciais – para o melhor e para o pior – estão amplamente abertas dentro do próprio arranjo moderno. (HELLER, 1999, p. 16).

---

[29] “Aquilo que era possível antes: imaginar, isto é, como os netos viveriam e o que fariam, hoje não é mais, nem quais profissões e atividades poderão desenvolver. Tanto a vida de incertezas é traumática, como “viver na incerteza de significados e valores é ainda mais” (HELLER, 1999, p. 21).

A dinâmica moderna que se caracteriza pela negação/justaposição, pela crítica e pela idealização, segundo ainda salienta Heller, compõe um conjunto de forças que mexem com a ordem estabelecida, o que é veiculado da seguinte forma, por exemplo:

> “Esta instituição é injusta, uma outra seria justa: deixe-nos ter uma outra; esta estória não é verdadeira, é ficção: há uma outra verdade; isto não é uma virtude, não há virtudes: apenas interesses” - e assim por diante. Esta dinâmica, no entanto, não só contribuiu para destruir o antigo edifício social, hierarquicamente estruturado, mas também foi acomodada pelo novo arranjo social moderno. Logo, o mundo moderno não é destruído, mas mantido pela negação. Ele se desenvolve na negação, pois ela e a idealização são as condições de sua reprodução (1999, p. 17).

Entre as perdas que ocorreram, a da tradição pode ter sido a mais traumática ao se observar a fragilização do ser nos dias de hoje, porque quando ela se vai, também vulnera-se a segurança, tanto “a perda do lar metafísico quanto do empírico” (HELLER, 1999, p. 18).

Algumas ansiedades que eram vivenciadas no século XX, e que hoje continuam a sê-lo, são semelhantes às do século XIX: a decomposição da estrutura familiar e o desequilíbrio ecológico crescente. Junte-se a isso a já comentada transformação das experiências da vida cotidiana, devido a uma tecnologia que não cessa provocar a mudança de hábitos, ideias e credos, impondo a necessidade constante de reaprender as coisas, ter outra atitude, outra profissão, assumir novas orientações, e tudo isso, diz ela, “três vezes na vida” (HELLER, 1999, p. 19).

E ocorre que pode haver um limite para que não se atinja o sentimento de desamparo e de perda irreparável, pela grande rapidez com que tudo ocorre, e pela falta de clareza quanto ao processo de transformação: o “para onde vamos?”, ou “quais serão os resultados, até quando, em quanto tempo”.

A rapidez exige de todos adaptação e praticamente submissão. Apesar da abertura a oportunidades e possibilidades novas, o fato de não se saber o destino que nos espera e a nossos filhos e netos, ou seja, as próximas gerações, o cenário que toma conta é o dos sentimentos como temor e insegurança, o que avulta quando são pesadas as responsabilidades pelas gerações que virão, que são responsabilidades abstratas porque nem é possível imaginar como será a vida no futuro.

Antes do mundo já ter chegado ao ponto em que estamos, mas já observando um panorama que se abria a novas possibilidades, Sigmund Freud, ao considerar o impulso de satisfação das necessidades, observado inicialmente na humanidade, identificou mais de uma vez nas suas reflexões teóricas uma perspectiva psicanalítica da sociedade, e, depois, por uma via transversal, a psicanálise do indivíduo.

Na obra *Mal-estar na civilização* (2011) ele sustentou que a humanidade, num estágio inicial se caracterizou pelo impulso de satisfação de suas necessidades e desejos, sobretudo aqueles de cunho sexual. Para Leonardo Passinato e Silva não há como deixar de estabelecer conexões entre esta primitividade descrita por Freud e o que Hobbes denominou “estado de natureza”, e o fato de que este não tivesse dado ênfase ao aspecto sexual, pode ter sido pela experiência clínica que aquele possuía (SILVA, 2012).

Segundo reflexões teóricas de Freud, advindas da sua mencionada vasta experiência clínica:

> A vida, tal como nos coube, é muito difícil para nós, traz demasiadas dores, decepções, tarefas insolúveis. Para suportá-las, não podemos dispensar paliativos. (“Sem ‘construções auxiliares’ não é possível”, disse Theodor Fontane.) Existem três desses recursos, talvez: poderosas diversões, que nos permitem fazer pouco de nossa miséria, gratificações substitutivas, que a diminuem, e substâncias inebriantes, que nos tornam insensíveis a ela. Algo desse gênero é imprescindível. É para as distrações que aponta Voltaire, ao terminar seu *Cândido* com a sugestão de cada qual cultivar seu jardim; uma tal distração é também a atividade científica. As gratificações substitutivas, tal como a arte as oferece, são ilusões face à realidade, nem por isso menos eficazes psiquicamente, graças ao papel que tem a fantasia na vida mental. Os entorpecentes influem sobre nosso corpo, mudam a nossa química. Não é fácil ver o lugar da religião nesta série. Teremos que lançar mais longe o olhar (FREUD, 2011, p. 18-19).

Então há possibilidades de fissuras no ambiente social, com suas consequências psicanalíticas, muito mais se para isso contribuírem mediações sociopolíticas perigosas, porque vivemos um estado de coisas contínuo em que o que já aconteceu pode acontecer de novo (sendo muito provável que aconteça), porque permanecem sintomas como o fundamentalismo, segundo Heller, e ainda que passados mais ou menos, três quartos de século do nazismo, há pessoas que falam

“livre e naturalmente, a linguagem da raça pelo mundo inteiro e a emergência de uma biopolítica” contribui para guerras locais bastante ferozes”(HELLER, 1999, p.22).

Sobre a quebra da tradição e os poderes morais em declínio atingindo a experiência moderna, diz ela o seguinte:

> A desconstrução da tradição deu-se simultaneamente à desconstrução de poderes morais tradicionais (*sittliche Machte*). Uso o termo *sittliche Machte* num entendimento hegeliano, que, no entanto, permanece muito perto da interpretação tradicional. Um poder social ou político pode ser chamado de *sittliche* se homens e mulheres vivendo sob jurisdição desse poder estiverem prontos a sacrificar por ele, voluntariamente, seus interesses pessoais ou seu bem-estar, ou seja, se acreditarem que tal poder está acima e além da busca do seu interesse pessoal. Um poder moral é também uma “causa comum”. Max Weber falou da “legitimação” da dominação. Normalmente, os poderes morais são também instituições de dominação, a família, inclusive, mas não acho que isto seja sempre assim (este caso). Todos os poderes legitimados são também poderes morais. Nas sociedades europeias tradicionais, o rei, a Igreja, os chefes de família, a nobreza e personagens semelhantes eram poderes morais. Virtudes bem definidas deviam ser praticadas a serviço desses poderes morais tradicionais. Virtudes especificadas por faixas sociais, pois cada um devia um tipo de serviço a pessoas diferentes, de acordo com sua posição (HELLER, 1999, p. 22).

A família, a sociedade civil e o Estado (nação) seriam os três maiores poderes morais, sustentando os poderes morais comunais, corporativos e políticos, sendo que o direito também seria um poder moral, conforme três tipos de direitos (*Recht*): “lei estatutária (legal), direitos morais (há três deles: o direito à busca da felicidade, o direito ao desenvolvimento da nossa personalidade e o direito à nossa própria concepção do bom) e, finalmente, o direito tal como é incorporado pelo Estado, quer dizer, na Constituição” (HELLER, 1999, p. 23).

Então esses poderes poderiam exercer a unidade e coesão do mundo moderno, em relação ao mundo pré-moderno que neste aspecto não teve muito sucesso. Mas ela chega a questionar se é possível se considerar ainda o poder moral como um poder integrador, pois, em Hegel, diz ela: “a família exerce o poder moral da comunidade. Mas é questionável se, em uma sociedade moderna, a família pode manter por muito tempo seu poder moral independente”, porque na prática parece que não: já desapareceu a família de três gerações e também estaria se decompondo a família celular; bem como dentro dela não se sustentaria mais a tradicional divisão

socioeconômica de trabalho entre os sexos, vez que no arranjo moderno “todos nascem livres e iguais” (HELLER, 1999, p. 23-25).

Com a mulher trabalhando fora há necessidade de reconfigurar a família, o que não significa que tenha que se dissolver, mas ainda que fosse preservada, segundo Heller, perderia sua força de poder moral, que costumava preservar o imediato, baseada no amor, na intimidade, propiciando uma esfera de “encontro humano e de história de vida que poderia ser chamada de ‘esfera íntima’”. O perigo da desintegração da família é o fato de que a “identificação comunitária será feita com a mediação de falsas raças, entrincheiradas na guerra entre si (1999, p. 25-26).

Isso não é difícil de constatar nos dias de hoje, mas antes já foi tema de quase todos os filmes futuristas e disruptivos de ficção científica, retratando um mundo em guerra de todos contra todos, a partir de pequenos grupos de pessoas buscando sobreviver de qualquer modo, mostrando um futuro em que as formas de integração comunitária falharam e não existem senão a partir de certas convergências de alguns grupos muito específicos.

E, atualmente, pode ser observado sem muito esforço que há esta tendência para que as pessoas se organizem de forma a estarem num meio, no qual exista alguma espécie de identificação ou pertencimento, sem que necessariamente exista a preocupação com o bem comum, ou a identificação com a coletividade organizada, com a sociedade, e sim um espaço de opiniões ou ideias compartilhadas.

Há outras questões ainda, prejudiciais à sobrevivência dos poderes morais, como o trabalho, que também passa por mudanças drásticas em razão do desenvolvimento tecnológico e as consequências para a organização social. Estaríamos assim, talvez, caminhando para um mundo dominado por um relativismo total, “onde não valha a pena viver ou morrer por nada, onde os grupos de baixa renda vivam de *crack* e os de alta renda de Prozac (HELLER, 1999, p. 27-28).

Essa constatação impele à necessidade de mudanças nas experiências sociais vivenciadas, visando frear mais fissuras abertas com o *apartheid* na sociedade, pois consoante já tinha observado Michel Foucault (2005, p. 8), é das práticas sociais que se pode engendrar domínios do saber “que não somente fazem aparecer novos

objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento", isto é reconhecer o sujeito de conhecimento tem uma história, e uma relação com o objeto, ou, como ele pontua, que "a própria verdade tem uma história".

Ou seja, há necessidade de descobrir as subjetividades, compreendê-las e, também, as verdades alheias, além das nossas próprias, além da própria história da verdade.

Fora disso, ou seja, de se experimentar novas situações que propiciem a aproximação e a compreensão de realidades que estão distantes de nosso conhecimento, as possibilidades vão se tornando mais perigosas, o que acontece com os *poderes morais que geram divergência e hostilidade*, como as organizações terroristas e os grupos fundamentalistas, "com sua segregação auto infligida e seus inimigos fortes, podemos encontrar uma grande variedade de poderes morais perigosos, que ameaçam a cooperação global, as alianças regionais ou a ordem ética dentro de um mesmo Estado" (HELLER, 1999, p. 28-29).

A segunda revolução industrial e terciarização da economia trouxeram problemas difíceis de superar, num momento que é de transição, tendo em vista as formas de regulação do bem-estar capitalista (*welfare capitalism*). Em foco estão o declínio das carreiras profissionais de setores produtivos da indústria, compensado pelo crescimento de carreiras de serviços, inclusive de ponta, e de gestão pública, burocracia política, serviços de assistência, além da rede dos serviços financeiros. Mas isso tudo exige uma adaptação, tanto em termos de formação geral dos indivíduos, na área da reciclagem profissional, bem como a existência de sistema de atenção, ou seja, de serviços públicos (e privados) que garantam saúde física e mental, além do apoio do núcleo familiar.

Há efetivamente necessidade de regulação social, mas também de correções estruturais da sociedade para uma sustentação geral e ampla a todas as pessoas, porque estas precisam se manter, trabalhar, prover as famílias, enfim precisam usufruir igualmente dos privilégios que ainda não são acessíveis a todos, a partir de um estatuto jurídico civil pleno.

De outro lado, com as famílias nucleares mais instáveis, abrangendo uma proporção que tem diminuído e, inclusive, por ocuparem parcela mais limitada do ciclo de vida das pessoas, aliando-se o fato que os empregos e carreiras que fornecem a renda familiar estão rareando, praticamente acabando com a figura de um provedor único, há então necessidade de reorganização dos projetos de redistribuição da economia, da renda, além de remodelação de propostas para sanar os desequilíbrios sociais. O que se tem observado, no entanto é que nesses itens não se vê uma organização social, econômica e política que dê conta de compensar as áreas de carência social, que estão se tornando crônicas no aspecto estrutural da sociedade.

Está sedimentada modernamente a diferenciação funcional no meio social, com seus complicadores e a compulsão para a auto-observação[30]. Em razão disso há um ponto em que o passado se torna material para descrições presentes que criam formas novas por meio da re-descrição, ou seja, possibilidades constitutivas autoperpetuastes e infindáveis.

Há o perigo de ficar olhando para trás, nostalgicamente, pensando no que passou, numa permanência inerte e conservadora, ou tentar uma guinada flexibilizadora, mas fazendo de certas normas de conduta e certos valores, algo que tenha referência apenas artificial com o passado, de forma a auxiliar e contribuir para que sejam mantidas as conveniências existentes. Por isso que novas possibilidades cobram um espaço a ser aberto entre nós, bem como o desvencilhar das amarras culturais e ideológicas, e também uma postura de entrega a experiências semióticas distintas, ou seja, de efetiva busca de novos sentidos, posto que o elemento básico de um processo de significação é sua delimitação, mas, apesar disso, ele pode ser concretizado em uma infinidade de formas possíveis e diversas.

A opção pela unidade do observador estático, que implique na unidade de um só sistema com o domínio centralizado sobre tudo, representa aquilo que não pode

---

[30] Luhmann introduz a teoria da observação de segunda ordem, que tem a intenção de eliminar todas as premissas transcendentais e determina descrições de descrições e observações de observações como as referências definitivas, que abolem pontos de vista e conclusões privilegiados. E assim a sociologia se organiza como pesquisa, sendo que tal modelo é fértil no ponto em que auxilia a transformar as heranças tradicionais em contingências, para que possam ser reutilizadas "como meio para modelar novas formas que foram ganhas com a reconstrução" (Luhmann, 1998, p. 1148).

mais ser a regra, e, por isso, dever ser deixado no passado, ainda que insista em querer permanecer na nossa vida, mas que é preciso ser repelido, por simplesmente não ser mais adequado a nosso padrão civilizatório.

1.4.2 O impacto dos novos riscos. interpretando a modernidade

O acidente de Chernobyl em 1986 mudou muita coisa no imaginário das pessoas. Ulrich Beck tinha acabado de publicar seu livro (Sociedade de Riscos - *Risikogesellschaft*, em 1986), sendo ele considerado referência quando se trata de reflexões sobre os riscos. A ocorrência nuclear acabou influenciando para que sua teoria sociológica, construída a partir da noção de risco, se tornasse uma das que, no campo social, suscitaram maior debate, além de toda uma linha teórica com base na modernização reflexiva.

A obra, em razão daquele momento histórico, teve um efeito de quase premonição pela realidade da explosão nuclear. Não eram os riscos propriamente o sinônimo de uma hecatombe, e sim a antecipação do que poderia acontecer, dada a existência deles em um estado virtual permanente, se tornando palpáveis quando, por exemplo, antecipados por diferentes técnicas de visualização, como acontece com seu uso pela mídia, por exemplo.

Apesar da ênfase nos riscos que têm consequências muito sérias, Beck não foi um pessimista, mas atentou para as novas formas de fazer política, por meio do que chamou de subpolítica (BECK, 1997), como uma consequência da reflexividade proposta. Isso se daria fora das instituições representativas do Estado-Nação, ou seja, dos partidos políticos principalmente, por meio de cooperação entre instituições internacionais, e entre atores locais transnacionalmente vinculados, ou seja, por meio de novos atores sociais e políticos, os quais poderiam sim confrontar as estruturas dominantes.

Ulrich Beck, assim como outros, focou nos fenômenos sociais, e de acordo com Karsenti (2013), o aspecto mais intenso da modernidade é justamente o conteúdo

social nos discursos, nas práticas e nas políticas, a partir do próprio conceito de sociedade.

Vive-se hoje naquilo que pode ser chamado de *modernidade tardia,* ou como muitos já sugeriram (inclusive Zigmunt Bauman[31]), de *pós-modernidade*, e se trata de uma fase avançada da modernidade[32], um período histórico em que ocorreu a ruptura que determinou a reconfiguração da sociedade feudal para uma outra formação social[33].

A transformação deste primeiro período da modernidade (chamado de modernidade clássica[34]), se distingue da modernidade tardia, ou reflexiva, cuja denominação era a preferida por Ulrich Beck.

A modernidade clássica mostrava ter uma predominância estrutural dos processos de inclusão sobre os processos de exclusão, com a opção de maior inclusão social, mas que não foi realizada, e como visto na parte em que aqui se tratou de aspectos relacionados à crise da contratualização moderna (da modernidade reflexiva), Boaventura de Sousa Santos fez este registro, ao mencionar que tal crise consiste na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão, na medida em que estes vigoram ainda para grupos muito restritos que impõem a grupos muito mais amplos formas de exclusão abissais (1999, p. 45),

---

[31] "Quero deixar claro desde o início que chamo de 'modernidade' um período histórico que começou na Europa ocidental no século XVII como uma série de transformações sócio estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com o avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)"(BAUMAN, 1999b, p.. 299-300).

[32] Usar o termo modernidade implica mesmo refletir se há uma modernidade ou modernidades, e se é possível caracterizá-las a partir de um único modelo de racionalidade, questão alvo de longo debate nas décadas de 80 e 90 do século XX, precedendo àquela que diz respeito à entrada ou não na pós-modernidade (ANDRÉ, 2004, p. 382).

[33] Os séculos XIX e XX foram marcados por rupturas sociais fundamentais, principalmente na consolidação da sociedade industrial, que antes de ser reconhecida como tal inaugurou um processo vivido por meio de uma diversidade de transformações sociais por mais de um século. Estas rupturas não se deram somente no plano econômico, como também, no político mas, preponderantemente no plano da cultura, já que romperam formas de hábitos de organizações das comunidades e marcaram um novo modo de vida, especialmente nas cidades.

[34] A modernidade surgiu na Europa, no início do século XVII, e trouxe um novo estilo de vida, costumes e uma nova organização social, que rapidamente tornaram-se tendências mundiais, alterando a ordem social tradicional de uma maneira profunda e sem precedentes, eis que, tanto em sua extensão, quanto em sua intensidade, as mudanças foram extremamente significativas (GIDDENS, 1991, p. 14).

inclusive na distribuição desigual dos riscos, sobrecarregando aqueles em relação aos quais não se completou o projeto de distribuição da riqueza social.

E dessa forma permanece o questionamento sobre ter a modernidade já se esgotado, ou se suas promessas estão ainda por cumprir, sendo possível reinventá-la no que constituiu a sua promessa, sem nunca estar presente na concretização do respectivo programa (HABERMAS, 1981, *apud* ANDRÉ, 2004, p. 382).

Ou mesmo, como obtemperou Antonio Pedro Pita, no sentido de que, ainda não se tem como saber se a questão da pós-modernidade[35] é ou não atinente à própria modernidade, como uma continuação da "investigação das pressuposições implicadas na modernidade" (PITA, 1988, *apud* ANDRÉ, 2004, p. 382).

Isso quer dizer que podemos estar num mesmo processo, e vivendo fases de um período que se prolonga no tempo[36], com mudanças significativas acontecendo, mas sem uma marca tão nítida de transformação quanto o que houve na transição do feudalismo para a sociedade moderna, oportunidade em que se estabeleceram os Estados-nação e o capitalismo contemporâneo.

Compreender este momento, decorrente de todo um movimento histórico até aqui, pode nos dar elementos para explorar as escolhas que são feitas e os acontecimentos em diversos âmbitos importantes da vida, principalmente no que diz respeito aos assuntos que implicam na regulação da convivência humana: organização da sociedade, seus sistemas e instituições, sua governança, os conflitos e a maneira de resolvê-los, o exercício do poder do Estado, a conformação pessoal (valores, ideias) e as reações dos indivíduos.

---

[35] Para a configuração da pós-modernidade talvez tivéssemos que ver o emergir de alguma nova forma revolucionária de organização social, com a dissolução completa de um estado de coisas que perdura há alguns séculos.

[36] É possível que daqui um tempo, num olhar retrospectivo se conclua que já estávamos vivendo esta ruptura maior, em nosso momento atual, isto é, uma pós-modernidade. Bauman reconhece a divergência quanto a esta denominação por ele usada: Não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é uma época em que Anthony Giddens chama de 'modernidade tardia', Ulrich Beck de 'modernidade reflexiva', Georges Balandier de 'supermodernidade', e que tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de 'pós-moderna'" (BAUMAN,1998, p. 30).

Isso em razão da comunicação existente entre o público e o privado sobre questões coletivas e individuais, incluindo as ações políticas, as políticas de Estado, enfim, uma gama muito grande de questões que compõem o quadro estrutural de nossa vida em sociedade.

Além de Ulrich Beck (2010) (falecido em 2015), com seu *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, há importantes autores que já trataram o tema da modernidade, como Anthony Giddens (1991), em *A consequência da modernidade*, na Inglaterra; Gianni Vattimo (1996), com *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica*, na Itália; Boaventura de Sousa Santos (1999ª,2000), tento em *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, como, ainda, em *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência,* em Portugal; Jürgen Habermas (2012), com sua *Teoria do agir comunicativo,* na Alemanha; Georges Balandier (1997), em *O contorno – poder e modernidade*, na França, Octavio Ianni (2001), em textos como *Enigmas da modernidade*, no Brasil; Zygmunt Bauman (2000), com *Modernidade líquida*, na Polônia, e outros.

Para Beck, a *modernidade reflexiva*, que, como já dito aqui, era sua preferência no lugar da denominação *modernidade tardia*, é constituída de três estágios de desenvolvimento: a pré-modernidade, transição do feudalismo para a sociedade moderna; a *modernidade clássica* que é coexistente com a sociedade industrial[37] e a *modernidade tardia,* coexistente com a sociedade de risco.

Então a modernização reflexiva constitui um ponto de partida da teoria de Beck, e contrariamente ao que pode ser tido como um evolucionismo utópico, de diferentes teorias da modernização, ele trouxe uma visão mais nebulosa e sombria, e chamou a isso de *vulcão da civilização*.

É que, para ele, as consequências do desenvolvimento científico e industrial são um conjunto de riscos que não estão delimitados quer no espaço, quer no tempo, e não há como responsabilizar ninguém diretamente pelos danos que podem advir, e

---

[37] No aspecto da extensão, as mudanças trazidas pela modernidade estabeleceram formas de interconexão social que abrangem todo o globo; em relação à intensidade, as mudanças alteraram as mais íntimas e pessoais características da existência humana (GIDDENS, 1991, p. 14).

também não há como se compensar, uma vez que os riscos não seriam calculáveis com base no conhecimento atual, estando num plano que fica entre a segurança e a destruição. Portanto, são riscos que significam ameaça e isso tem influência direta na ação do homem e no que ele pensa.

Habermas (1988) tratou disso como uma crise do pensamento utópico, que teria a função de expor alternativas de ação e possibilidades de jogo com condições de transcender o continuísmo histórico. E efetivamente se observa que as utopias parecem mesmo ter se esgotado, pelo processo de saturação, como se tivessem batido em retirada na perspectiva histórica atual. Isso é extremamente negativo em termos de pensamento sobre o futuro e provoca uma redução comprometedora de importância para o que acontece no presente, porque a atividade política é muito atingida nos seus fundamentos.

Dessa forma, o futuro é marcado pelo pessimismo, porque esse panorama de riscos se apresenta como algo a ser temido em termos de perigo planetário como um todo, que poderia atingir os mais diferentes interesses vitais e gerais, como se dá com o não abandono e até incremente da corrida armamentista, a falta de controle sobre armas atômicas que muitos países insistem em continuar desenvolvendo, o empobrecimento estrutural que ainda atinge os países subdesenvolvidos, e que nos países desenvolvidos se apresenta ainda como um padrão de desigualdades sociais que não encontram solução e que tendem a se manter ou ainda aumentar. De igual sorte problemas como a contaminação do meio ambiente e as altas tecnologias e sua interferência no funcionamento do mundo, também provocando riscos, são o que preenche o sentido simbólico quer permeia a comunicação com as pessoas, e, também, se inscrevem na consciência coletiva.

Esse parece ser o saldo da aflitividade moderna, ou como sublinhou Boaventura de Sousa Santos, nossa vivência numa época em que “há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente ainda vigente” e “um futuro que já se anuncia no presente” (SANTOS, 2005, p. 41). É uma aflição que todos sentem, pois os resultados do desenvolvimento, doravante, não farão cair do céu as soluções, porque a complexidade é evidente, depende mesmo de muita ponderação, ou seja, muita reflexividade, que passa pelo conhecimento, compreensão, tolerância em relação ao outro, porque a base de toda organização

social está fincada na forma como nos relacionamos e encaramos as outras pessoas. Por isso que o ambiente de risco propicia que o futuro não existente ainda determine o presente, perdendo o passado seu poder determinante, pois a preocupação, a visão e, as decisões se projetam para o futuro.

Portanto, a chamada sociedade de risco é o mundo fora de controle, quer dizer, que nada é certo além da incerteza, e o

> termo “risco” tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a “riscos que não podem ser mensurados”. Quando falo de “sociedade de risco”, é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas “verdadeiras” incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância (*not knowing*) (BECK, p. 5, Entrevista IHU – *on-line*, 2006).

E, ainda segundo Beck, neste período da *modernidade tardia* ou *reflexiva,* o foco da preocupação no governo das populações é diferente do período anterior[38]. Agora a produção social de riqueza é acompanhada pela produção social de riscos, sempre, e assim, além dos conflitos distributivos, diante da escassez (sociedade da escassez), vieram sobrepostos os problemas e conflitos relacionados à produção e distribuição dos riscos, provenientes de fontes científicas e tecnológicas, os quais acompanham de forma sistemática a evolução (BECK, 2010, p.23).

A transformação dessa lógica de distribuição de riqueza em lógica de distribuição de riscos está vinculada a duas condições ao menos, pois, no dizer de Beck,

> consuma-se, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente - , quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas e do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência material. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao

[38] “(...)assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge outra configuração social” (BECK, 2010, p. 12).

> fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de auto ameaça numa medida até então desconhecida (2010, p.23).

Portanto, a reflexão sobre tais condições, conduz ao pensamento histórico, a respeito da distribuição desigual da riqueza socialmente produzida, e a forma como isso tem sido legitimado. Agora um novo paradigma se apresenta, o da sociedade de riscos, e estes também devem ser distribuídos, sem comprometer a modernização e nem as fronteiras do que é aceitável para a ecologia, a medicina, a psicologia e para a questão social (2010, p.24).

Mas, os riscos, da mesma forma que as riquezas, são objeto de distribuição, constituindo igualmente posições, quer de *ameaça*, quer de *classe*. Enquanto as riquezas são escassas e disputadas, diz Beck que, em contraste, "as ameaças são um subproduto modernizacional de *uma abundância a ser evitada*. Cabe ou erradicá-la ou então negá-la, reinterpretando-a. A *lógica positiva da apropriação* é assim confrontada por uma *lógica negativa do afastamento pela distribuição*, rejeição, negação e reinterpretação" (2010, p. 32).

E assim:

> Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteiramente à capacidade perceptiva humana imediata. Cada vez mais estão no centro das atenções ameaças que com frequência não são nem visíveis nem perceptíveis para os afetados, ameaças que, possivelmente, sequer produzirão efeitos durante a vida dos afetados, e sim na vida de seus descendentes, em todo caso ameaças que exigem os "órgãos sensoriais" da ciência – *teorias, experimentos, instrumentos de medição – para que possam chegar a ser "visíveis" e interpretáveis como ameaças.* O paradigma dessas ameaças são os efeitos mutagênicos da radioatividade, que, imperceptíveis para os afetados, acabam – como mostra o caso do acidente do reator de Harrisburg – por submetê-los inteiramente, sob enormes sobrecargas nervosas, ao juízo, aos equívocos e às controvérsias dos especialistas (BECK, 2010, p. 32).

A vida de hoje carrega consigo uma experiência diferente, a partir dessa pauta de controle dos riscos, alterando-se a distribuição de bens pela dos males, e os que estão trabalhando o tema são pessimistas, quando refletem sobre o lugar em que se pretende chegar, devido a uma premonição negativa, sobretudo em torno da forma

como estão sendo utilizados os conhecimentos científicos, mas o fato é que o próprio Beck admitiu uma nova mudança, e que a modernidade “nos passos leves da normalidade, se despede do palco da história, saindo pelos bastidores dos efeitos secundários” (BECK, 2010, p. 13).

Antes mesmo da metade do século XX, a lógica moderna da produção taylorista se instalou nos países desenvolvidos, criando ou provocando uma mudança cultural e os indivíduos passaram a ter interesse na aquisição dos produtos trazidos com a inovação, impulsivamente, sem ter interesse, muitas vezes, na emancipação[39]. Resultou numa entrega, como se tivessem passado a entender as complexidades que vieram com a modernidade, com um lado emancipatório e um outro tecnológico, dando prioridade às mercadorias e ao crescimento do capitalismo, sem limite. O homem assim se fez escravo da tecnologia.

Ainda para Freud (2011, 57-60), como aspecto central, talvez seja a constatação de que a vida civilizada teria exigências as quais seriam responsáveis por esse mal-estar que assola a humanidade, devido à contradição com as aspirações reais de cada um. Um diferencial entre o desenvolvimento do indivíduo e o da civilização, segundo ele, é que, para o indivíduo, alcançar a felicidade está em primeiro plano, enquanto para a civilização, isso não seria necessariamente levado em conta. Por isso que o indivíduo tem considerável ansiedade em relação aos desejos que não são realizados, e também porque as exigências que a civilização lhe faz são muito pesadas, na verdade as encara como um fardo.

Por meio de um fictício diálogo com Freud, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman afirma que o mal-estar atual não é igual àquele do final da década de 20 (quando da publicação da obra de Freud *O mal-estar na civilização*, de 1929), agora,

---

[39] Foram as vertentes da modernidade iluminista que impulsionaram o desenvolvimento da tecnologia, de modo a acompanhar a corrente emancipatória. A segunda revolução industrial, no início do século XX, fez com que a lógica de componentes tecnológicos, com as ramificações na sociedade impactassem e contivessem as ambições emancipatórias da modernidade. Em 19000, as escolas técnicas alemãs passaram a oferecer de forma privilegiada o grau de doutor em ciência e em engenharia, o que incrementou a tecnologia, devido a este componente simbólico, e, de outro lado, certo prejuízo ao sistema universitário filosoficamente orientado de educação superior. Esta matriz tecnológica está baseada na racionalidade, na universalidade, na diferenciação estrutural e na integração funcional. Ecoando a emancipação, o braço tecnológico está baseado na racionalidade, na universalidade, na diferenciação estrutural e na integração funcional.

a sociedade é de indivíduos que teriam cedido uma parcela de sua liberdade em troca de um pouco de segurança. Para Bauman os mal-estares, aflições e ansiedades típicos do mundo pós-moderno resultam do gênero de sociedade em que há cada vez mais liberdade individual ao preço de cada vez menos segurança. Então hoje o mal-estar nasce da liberdade que se tem, e não da opressão imposta (BAUMAN, 1998, p.157).

A liberdade é também fonte de uma incerteza em relação às escolhas, só que de uma forma ainda diferente das incertezas da modernidade clássica, concentradas na identidade individual, atualmente, a insegurança (da época pós-moderna, na denominação de Bauman) possui um caráter existencial (BAUMAN, 1998, p.221).

Ela seria resultante, dentre outros aspectos, do receio de perder uma oportunidade, porque há muitas escolhas disponíveis, e uma busca de viver intensamente as experiências e as sensações. A experiência se dá em cadeia: liberdade, que implica escolha, que produz incerteza, insegurança, desconfiança sobre a capacidade de si mesmo. Então são tormentos vividos pelas pessoas em tais condições e em relação ao futuro (BAUMAN, 1998, p.239). São mudanças incessantes, muito rápidas, mostrando um futuro incerto, que certamente não será como o presente.

Permanecem, pois, questões, preocupantes embora instigantes, porque estamos num patamar de grande desenvolvimento científico e tecnológico, mas sem exatamente ter um conhecimento pleno para lidar com os riscos que estão sendo produzidos, e diz Ulrich Beck que os riscos “vividos pressupõem um *horizonte-normativo* de certeza perdida, confiança violada.” E que ainda que eles “irrompem calados, encobertos por cifras e fórmulas, continuam a estar em princípio *vinculados espacialmente,* como a condensação matemática de visões danificadas da vida digna de ser vivida” (2010, p.33).

Nem todos os riscos são de pronta percepção, mas precisam ser “acreditados”, sendo “imagens negativas objetivamente empregadas de utopias nas quais o elemento humano, ou aquilo que dele restou, é conservado e revivido no processo de modernização” (BECK, 2010, p.34).

O que se pretende dizer é que não há como evitar que isso se incorpore na realidade social, junto toda ordem de questionamentos sobre a existência humana, numa espécie de mensagem cifrada sobre a forma como queremos viver, sobre o que somos e como lidamos com a natureza. A elas Beck denomina de velhas-novas questões, que podem cambiar de um lado a outro "entre o cotidiano, a política e a ciência". Por isso que os riscos, cujas questões são tratadas no âmbito da economia, das ciências naturais, da filosofia, cultura e política, não dispensam a racionalidade cotidiana e especializada, e se constituem uma simbiose ainda não bem desenvolvida entre as ciências naturais e humanas, porque "pressupõem uma colaboração para além das trincheiras de disciplinas, grupos comunais, empresas, administração e política, ou então – o que é mais provável – acabam por explodir em meio a esses polos em definições contrapostas e *lutas em torno das definições"* (BECK, 2010, p.34).

E assim, quanto a questão da causalidade dos riscos é possível introduzir uma série de *interpretações específicas*, e tudo pode ser relacionado com tudo, enquanto o modelo básico, da modernização como causa, estiver mantido. Mas nem tudo poderá ser corroborado, e ainda que o seja, terá que se afirmar perante as dúvidas, abrindo uma cadeia de causas e culpados, e quando as explicações são aceitas, quando o risco é percebido e reconhecido, é imputado à industrialização e a partir daí passa a ser um problema a ser enfrentado no longo prazo. Mas o risco é algo que interfere muito nos esquemas capitalistas já estratificados, e quando refletem no mercado, existe toda uma conjuntura de enfrentamento, por meio da argumentação, para criar outras narrativas (BECK, 2010, P. 35-38).

Os alimentos transgênicos servem de exemplo tanto para as questões relativas ao plano epistemológico, quanto dos riscos, e neste último caso há movimentos sociais[40] que surgem em virtude das incertezas da população, que não consegue se

[40] "*For the first time, collective movements are defined as meanigful act, driving often nnecessary and beneficial social chance. Observations of process of interaction determined by collective actio moreover constitute important foudantions for those who, in more recent times, have taken on the task ou understanding movement dynamics*" (DELLA PORTA & DIANI, 1999, p. 06) ("Pela primeira vez, os movimentos coletivos são definidos como atos com signficados propondo frequentemente mudanças sociais necessárias e benéficas. Observações dos processos de interação determinados pela ação coletiva constituem um importante fundamento para aqueles que, nos tempos recentes, têm se proposto ao desafio de compreender as dinâmicas dos movimentos").

posicionar diante dos receios, tendo dúvidas e não conseguindo saber o que é bom e o que prejudica a saúde, por exemplo. Mas as incertezas quanto aos riscos não estão só fora, como também estão dentro da própria ciência; ou seja, esta preocupação teve e tem um impacto mais que suficiente para interferir fortemente nas reações que advieram desse quadro, que é descrito da seguinte forma por Ulrich Beck (2010, p. 24):

> Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e sobretudo de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se "reflexivo", convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do "manejo" político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico econômico.

Os riscos estão vinculados à insegurança, e esta, à demanda social por mais proteção, o que ocorre como observação em termos culturais, de forma disseminada pelo mundo e isso se exacerba em razão da globalização, da individualização e da reflexividade, e todas se comunicam, uma acentua a outra, ou por vezes relativiza, ou seja, há um intercambiamento disso tudo, como assuntos frequentes e inseparáveis da nossa modernidade tardia.

A globalização para Giddens[41] (1991) seria a intersecção da ausência e presença, quer dizer, o entrelaçamento de relações sociais e eventos sociais que estão distantes dos contextos locais. O fato de vivermos plugados no que está distante de nós, por meio de aparelhos portáteis que são muito fáceis de se adquirir, e que

---

[41] Assim, quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores – tais como dinheiro mundial e mercado de bens – operando a uma distância indefinida da vizinhança em questão. O resultado não é necessariamente, ou mesmo usualmente, um conjunto generalizado de mudanças atuando numa direção uniforme, mas consiste em tendências mutuamente opostas. A prosperidade crescente de uma área urbana em Singapura pode ter suas causas relacionadas, via uma complicada rede de laços econômicos globais, ao empobrecimento de uma vizinhança em Pittsburgh cujos produtos locais não são competitivos nos mercados mundiais" (GIDDENS, 1991, p. 69).

hoje, no Brasil, representam um número maior que o número de pessoas, sendo notório e comprovado que não há mais quase nada, na vida cotidiana em sociedade, que prescinda do uso de um destes equipamentos, para finalidades diversas, inclusive trabalho e pesquisa.

Pensar em globalização na perspectiva da comunicação e da informação, impõe reconhecer que trazem mudanças nos relacionamentos das pessoas[42]. Para Anthony Giddens (2005, p. 61), significa dizer que estamos vivendo “num único mundo”, em que grupos e ações se tornaram mais interdependentes pela aproximação geográfica; a comunicação tornou-se quase instantânea, e isso tudo facilita o acesso ao conhecimento, mas também alastra todo tipo de receios e riscos, opiniões sem qualquer embasamento, bem como todos os problemas que deles são decorrentes[43].

Giddens[44], segundo o que ponderou Luhman a respeito dele, foi sempre um defensor enérgico da modernidade (LUHMAN, 1994), e também tratou da reflexividade, defendendo que vivemos numa sociedade “pós-tradicional”, com os valores do Iluminismo colocados em cheque, justamente pela percepção de que o progresso e o conhecimento não são controláveis, e sim que são veículos das incertezas, o que sugere a necessidade da reflexividade social.

Segundo Anderson, a sociedade pós-tradicional de Giddens está intimamente ligada à noção de reflexividade, na medida em que se empenha para dar ênfase ao

---

[42] A globalização impeliu a alteração do que se compreende como um limite geográfico e de distância, pois com a interconexão mundial, as fronteiras desenhadas na cartografia e o espaço físico entre localidades são rapidamente superados pelos meios de comunicação, pela velocidade com que a informação é dissipada e pela intensa interação social. Diz Bauman que ela inspira desconfiança e desordem pois “o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo” (ver em BAUMAN, 1999a, p. 19-21 e 67).

[43] “Muitas culturas compartilham o nosso planeta. A coexistência de grupos culturalmente diferentes na mesma área ou dentro da mesma entidade política é um tema que está na ordem do dia, e o mundo tem que aprender a lidar com isso. Mas o multiculturalismo significa frequentemente algo mais. Algumas vezes, é o contrário da busca da compreensão e do reconhecimento mútuos, bem como da colaboração entre as culturas. Algumas vezes, ele se torna a senha para um separatismo agressivo que penaliza a identidade múltipla e ordena a lealdade absoluta. Tais multiculturalistas desintegradores frequentemente preferem falar a linguagem da raça ou a linguagem do gênero” p.29 (HELLER, 1999, p. 29).

[44] "Meu tema é um mundo que nos apanhou de surpresa"(GIDDENS, 1994, p. 37).

crescimento de uma reflexividade social em geral, haja vista que aumentam as situações em que as pessoas passam a fazer escolhas conscientes, optando pelas alternativas apresentadas com base em novas formas de conhecimento disponibilizadas a elas, quando, anteriormente, simplesmente optação por aderia ao que já existia habitualmente ou decorria de um costume (ANDERSON, 1997, p.58).

A defesa que Giddens fez da modernidade tem base na centralidade da unidade da família, do Estado-Nação, da sociedade de classes e das divisões de trabalho, sendo que todos estes conceitos obedecem a um critério e um padrão modernistas. Ele, entretanto, percebe a mudança que foi acontecendo nestas relações constitutivas da sociedade, porque apesar da centralidade moderna do indivíduo, houve interferência o individualismo, por causa do sistema do bem-estar social e pressões sociais homogenizantes.

Também foi observada uma alteração da força das políticas nacionais dos Estados, o que se deu porque o capital e a economia tiveram grande ampliação, não havendo como as nações competirem com eles, até em razão do desgaste no poder dos Estados, provocado pela organização e as forças transnacionais. Mas, entretanto, são os Estados que estão aptos a promover localmente iniciativas políticas efetivas no âmbito coletivo, e essas forças têm atuação no sentido de interferir, mediante ações deliberadas e racionais, produzindo um resultado de sensação de desordem mundial.

Deste modo, o “mundo em que o capital não tem domicílio e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica não mais funcionam”, coisa que Bauman teorizou, mas que é possível se constatar com facilidade, pela percepção do que se vê acontecer, quase todo dia, nos mais diferentes países (1999a, p. 64).

A terceira fase do capitalismo que se situa no último período do século passado, ou a segunda revolução industrial teve uma repercussão muito grande e de relevância na conjuntura social, de forma generalizada pelo mundo, devido a integração da globalização, que produziu a desintegração da ideia de comunidade, isto é deteriorou a capacidade de autor representação social, desfazendo o conteúdo das identidades que definem e constituem os elos sociais, como também as opções tradicionais ou alternativas de vida coletiva.

Para Pietro Barcellona o pensamento individualista é um problema. Salienta ele que vivemos a era dos individualismos: o econômico, o de massa, o consumidor, regidos pelo desejo e pelo instinto de posse das coisas, de modo que há, segundo conclui, um imperativo que nos rege “Eu sou porque consumo” (1994, p. 153). Isso provoca o esfacelamento do sentido de sociedade como um agregado de pessoas com objetivos e fins a serem compartilhados coletivamente, transformando o conjunto em indivíduos regidos por propósitos próprios, voltados narcisisticamente a si mesmos.

Há então uma visível contradição lógica no âmbito do que significa a modernidade, pois embora evidenciado que os indivíduos se libertaram dos poderes absolutos, da dominação (de cima para baixo), em troca da condição de respeito a valores e direitos, igualdade, autodeterminação, num contexto de conexão social entre todos, e numa comunidade política, isso se desfez pela mercantilização das relações, acabando por destruir os vínculos da solidariedade pessoal e social.

Para se construir uma nova identidade ou a subjetividade dos seres humanos, há que se observar como premissa um princípio fundamental imperativo da comunidade e, com isso, a ideia de autonomia individual e de solidariedade recíproca entre os seus integrantes. De alguma maneira é preciso afastar concepções fechadas e tradicionais, meramente esquemáticas, que reforçam a repetição do modelo. Isso impõe a necessidade de novas propostas para outras formatações nos relacionamentos sociais, uma outra proposta sociológica e também jurídica, tanto para compreender como para enfrentar de maneira diferente, o que está acontecendo.

É, para Barcellona, a proposta de um novo modelo de sociedade, o que pode ocorrer como um espaço de reciprocidade não imposta ou ordenada por regras, mas, “como uma escolha livre baseada na consciência de que somente as relações não-monetárias recíprocas produzem verdadeiro reconhecimento da diferença e da particularidade". Isso implica em se estabelecer um novo vínculo social, uma "comunidade de terras diferentes, de ninguém, sem apropriações, sem regras, sem limites" (1992, p. 115-119).

Chegar à modernidade só foi possível quando se rompeu com a tradição, a partir de uma estruturação das relações sociais que eram a marca da sociedade feudal, algo que se dissolveu, mas não totalmente, porque o capitalismo teve que

preservar muita coisa para poder vencer, e o fez incorporando muita coisa do feudalismo (BECK, 2010, p. 12-14).

A família é um núcleo que incorpora elementos da sociedade feudal, por exemplo. Neste aspecto a característica mais marcante é justamente a distribuição de papéis entre homens e mulheres, pois estas são mantidas em situação de servidão, ainda se mantém esta concepção de célula familiar, embora com evolução no campo das relações internas das famílias, relativamente aos papéis dos integrantes, o incremento dos seus novos modelos, mostrando algumas reconfigurações importantes, mas sempre mantido algo que se espelha no modelo feudal.

Então a família, de perfil feudal, evoluiu, e em relação à educação e ao trabalho, também se mostram evoluções, notadamente pela introdução das modalidades feitas à distância. Com relação especificamente ao trabalho, continua, em muitos casos, sendo alienante, despojando muitos de qualquer oportunidade de reflexão e educação intelectual, pela submissão e sem meios de subsistência dignos, devido ao problema massivo do subemprego, pela diminuição de novos postos de trabalho, sendo substituídas pessoas pela mecanização e robotização de muitas atividades, tudo impelindo para outras reconfigurações, além de auxiliar a romper identidades, transformando atitudes em referência a si próprio, ou seja, a percepção de cada um como “indivíduo” e sem laços.

As pessoas vivem, na verdade, sob pressão, obrigadas a, antes que tudo, lidar com a questão da sobrevivência, por isso se ocluem na busca de saídas individuais para os próprios problemas de subsistência.

No aspecto relativo às mulheres, por exemplo, saem para trabalhar, o que é positivo, pelo fato de se tornarem menos dependentes e vinculadas aos homens, mas se submetem a dupla (ou tripla) jornada, e a sobrecarga num ente da família, sem uma divisão equânime e nem uma adequada reconfiguração do núcleo familiar, acarreta consequências em toda esta dinâmica, e, principalmente para a saúde. Saliente-se que, no Ocidente pobre, a mulher sai de casa para o trabalho, não por se ter libertado da tradição opressiva que a confina nas tarefas domésticas e à submissão do homem, e sim pela precariedade do rendimento da família, bem como a necessidade de assegurar a subsistência daquela.

Além disso, ainda quanto à *modernidade reflexiva*, existem desmistificações[45]: tanto da ciência quanto dos modos de ser da sociedade. São muitos questionamentos importantes, como a necessidade da reflexividade em relação ao que se produz na ciência, pela necessidade de gerir os riscos[46].

Essas discussões que auxiliam a ultrapassar este momento, são muito difíceis, os consensos em relação a elas são uma tarefa grandiosa, quer isso se trave no parlamento que é o local correto, quer se trave no seio da comunidade, sujeitando-se menos às razões públicas e mais às opiniões de cada um. Mas em qualquer lugar, são questões difíceis, até em razão das limitações do conhecimento científico e tecnológico, porque quanto mais se avança, mais se perde o controle das possíveis consequências. Ficam muitas perguntas sobre o que é melhor agora, como devemos nos comportar, como enfrentar toda esta paralisante insegurança, a ansiedade, o mal-estar, sem andar, num processo de repetição atrás de vítimas expiatórias, por exemplo, por isso há de um lado os que clamam por punição e os que questionam o que justifica tanto a repressão quanto a punição, o que se quer reprimir e o que se quer punir.

Pensando na linha de Eduardo Bittar, "o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo" de um modo de atuar, pode significar a chegada à pós-modernidade, "especialmente considerada na condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade", embora nem só de superação seja feita essa "pós-modernidade", uma vez que é necessária a revisão crítica e pesquisa "dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida" (2014, p. 94).

E que:

---

[45] "(…) o mito de que a sociedade industrial desenvolvida, com a sua articulação esquemática de trabalho e vida, seus setores produtivos, seu pensamento em categorias de crescimento econômico, sua compreensão científica e tecnológica e suas formas democráticas, constitui uma sociedade inteiramente moderna, o ápice da modernidade, para além do que nada de razoável existe que possa sequer ser mencionado" (BECK, 2010, p. 14).

[46] Para Edgar Morin, as mais graves ameaças hoje vivenciadas pela sociedade foram produzidas pela própria civilização e "estão ligadas ao progresso cego e incontrolado do conhecimento (armas termonucleares, manipulações de todo o tipo, desregramento ecológico etc.)" (2007, p. 9).

> A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, ela inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais, para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho, etc.)" (BITTAR, 2014, p. 94).

A reflexividade representa a abertura que possibilita uma revisão crônica das práticas instituídas à luz de novas informações. Hoje não se pensa apenas na liberdade e nas oportunidades que existem para a formação continuada das pessoas, isso é um imperativo que possibilita em todos os âmbitos do saber, que sejam revistos os conceitos, criados novos. Assim é possível a quebra de hegemonias, abrindo caminho para serem debatidos os métodos de trabalho e um conhecimento que efetivamente abarque diferentes cosmovisões, ampliando-se o campo cognitivo.

Isso inclui, por exemplo, perquirir se há ou não uma dualidade entre ciências naturais e ciências sociais. O questionamento no âmbito da ética na pesquisa, porque os laboratórios hoje não são fechados, o público tem acesso a muita coisa (e precisa ter), e, por isso a curiosidade da opinião pública, o dever de informação, a transparência, são questões que precisam ser constantemente tensionadas e debatidas também politicamente, embora nem sempre sejam, dadas as questões sensíveis que daí decorrem.

O que aconteceu com a sociedade a partir de 1970, com a chamada sociedade de risco, nos auxilia, por exemplo, a ter ideias de como compreender a conformação atual do direito penal. Baseando-se em tudo que aqui já foi dito, desde os anos 70-80 do século passado, sociedades que vêm desenvolvendo novas tecnologias, propiciando maior conforto, diferentes tipos de carros, alimentos, entre outras coisas, mostram que, ao mesmo tempo em que a ciência nos traz isso, não pode, com a mesma rapidez, acompanhar, medir e projetas os riscos criados.

Em razão disso, produz insegurança, a partir de quase tudo. As novas técnicas para produção de alimentos, remédios, tecnologias, são quase obrigatoriamente acompanhadas do paradoxo dos riscos, e o clamor é brutal em relação a eles, provocando, dadas as informações e o conhecimento precários, um sentimento de verdadeiro pavor, em relação ao uso de métodos e técnicas, as quais ainda não se sabe o que podem provocar, o que inclui aumentar a mortalidade não natural, por exemplo, com aumento de acidentes de trânsito, contaminações e novas doenças, que se tornam incontroláveis pela concentração de pessoas.

Mas, ao mesmo tempo, ninguém abre mão dessa vida moderna e altamente tecnológica, e todos anseiam mais inovação, e, portanto, aceitam o risco. Nem é sabido se o celular causa câncer no cérebro; ou quais são os reais perigos do uso desenfreado da internet, todos querem usar, mas com um sentimento de medo, com receios. Isso quer dizer que o risco é um componente também evidente, também real, mas ninguém quer parar o processo, embora clame por controle.

E este controle, tem sido feito basicamente com o uso do direito penal, e a forma como isso tem sido feito desde que constatados o risco passou a ser parte do processo de evolução, tem saído do controle, na verdade. E a questão o quanto isso pode ser tolerado e o quanto se quer barrar, ou seja, os gestores do risco são diuturnamente questionados (confrontados) a respeito desta fronteira entre risco tolerável e o intolerável, e dele se cobra a tarefa de definir o limite do que é aceito e do que não é aceito.

O maior gestor do risco é o legislador, e há muita expectativa em relação ao que se quer dele, aquilo que ele tem que fazer, embora suas habilidades e competências teriam que ser descomunais, porque sequer há respostas científicas prontas, porque a ciência também depende de definições do parlamento para poder avançar, e isso mostra uma vida se desenvolve como um paradoxo cotidiano. Exige-se do legislador uma ação constante para organizar e resolver isso, sendo que, diante da premência desta demanda em razão da complexidade do mundo, a legislação resultante é muitas vezes esquizofrênica, especialmente a lei penal. Os riscos impõem o endurecimento numa época em que os problemas paradoxais, como por exemplo, é o caso de pagar tributo com atraso, que é crime, que depois é perdoado por uma medida provisória.

A esquizofrenia decorre da dificuldade que tem o legislador para definir o que é permitido e o que não é, diante da mencionada dificuldade de formar consensos numa época de poucas certezas sobre qualquer coisa. Vai daí que, por exemplo, em relação ao meio ambiente, que se abre mão de certas precisões, produzindo-se legislações muito abertas.

E a atribuição política de definir o que essa legislação de definições abertas provoca, é transferida para órgãos jurisdicionais, a eles sendo demandadas decisões políticas. O resultado é que se põe à função jurisdicional uma tarefa exagerada, que exige uma resposta que também acaba desbordando para definições que não deveriam estar no âmbito de sua competência, posto que ainda dependentes de debate político e amadurecimento, pelo parlamento.

Um exemplo disso é o descanso semanal remunerado, designado como “preferencialmente aos domingos” na Constituição Federal, e com isso, há delegação do parlamento ao judiciário, o qual se imiscui para além daquilo que é seu espaço no terreno democrático, desde que no iluminismo, se estabeleceu a separação de funções, a divisão do poder do Estado.

Eis porque órgãos jurisdicionais passam a ser objeto de críticas de toda parte, especialmente em razão do exercício de decisões políticas, porque via de regra, ainda que os cidadãos não compreendam tecnicamente as decisões jurídicas, têm opiniões sobre como são tomadas decisões relativas às políticas de governo (o governo é eleito, escolhido), e estas são quase todas questões fundamentais da vida social, e envolvem direitos fundamentais e sociais. Assim os órgãos jurisdicionais assumem um papel de novos atores políticos, razão para haver, de maneira mais comum e recorrente, manifestações na frente do Supremo Tribunal Federal, e de outros Tribunais, sobre questões cada vez mais amplas, genéricas e diversas.

E o fato de que há diferença entre a função de um magistrado e a de político (eleito pelo povo), parece ser fundamental para se compreender as principais teorias constitucionais contemporâneas, justamente porque num Estado de Direito, o que se espera e no que se acredita é que juízes estejam vinculados a textos legais previamente estabelecidos pelos representantes políticos, ou seja, que cada um tem um papel a ser desempenhado.

Dentro do âmbito da chamada jurisdição constitucional, apenas para prosseguir no raciocínio, a questão se torna mais complicada, porque há abertura semântica em variados pontos da Constituição, como por exemplo, definir o que significa o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, ou mesmo a liberdade de expressão. Tais aspectos requerem do intérprete uma tarefa complementadora do texto constitucional, para além da interpretação literal, e isso requer que seja feito ainda com base em outros elementos que também consideram, além dos precedentes, o cotejo com outras normas constitucionais, com o entendimento doutrinário, a contextualização histórica e axiológica.

Mas esta questão que diz respeito ao órgão jurisdicional que exerce também um papel representativo na sociedade, principalmente no âmbito do direito penal e do direito processual penal, torna muitas questões tormentosas, posto que uma gama considerável de situações agora são definidas a partir do entendimento jurisdicional, em razão desta delegação de questões, que dependeriam do debate público, à função jurisdicional, mas sabendo-se que na configuração constitucional fundante do Estado, os papéis teriam que ser diferentemente exercidos.

Abre-se então uma janela de reflexão sobre o papel que tem a jurisdição, e isso, quando se pensa na forma como foram concebidas as funções estatais, ou ainda melhor posicionando, como se entende deva ser corretamente exercido o poder do Estado, tendo em vista o equilíbrio e a correta distribuição daquelas, consoante o sistema de freios e contrapesos, que, como se sabe, pode ser desestabilizado, caso não se observe uma correta limitação de cada um dos atores estatais.

Por isso que, da forma como evolui esta verdadeira “cobrança”, ou o acúmulo de expectativas em relação à intervenção dos órgãos jurisdicionais, no sentido de assumirem a parcela de definições que dizem respeito ao parlamento, ou ainda, parcela de atuação que incumbe aos órgãos aos quais é cometida a atividade de administrar corretamente os serviços públicos, e que também devem definir previamente políticas públicas que abarquem a amplitude dos direitos constitucionalmente garantidos, fatalmente ocorrerá uma situação que deve ser evitada.

Dessa maneira, há mesmo necessidade de repensar o excesso de jurisdicionalização que a vida moderna nos tem imposto, decorrente de uma combinação

de fatores a partir da complexidade das questões, bem como do aumento excessivo de conflitos, os quais são a marca especial da nossa vida moderna.

CAPÍTULO II

2 SOBRE A ATUAÇÃO JURISDICIONAL COMO EXERCÍCIO DE PODER. JUSTIÇA E O DIREITO. A JUSTIÇA SOCIAL

Quando se pensa em soluções para a desarmonia nos relacionamentos sociais, as quais são dadas, muitas vezes, por um terceiro, e na experiência ocidental, via de regra, por um órgão jurisdicional, a conclusão é que, pesquisando-se os planos teórico e doutrinário, bem como observando-se a prática da aplicação da lei, ou seja, da concretização dos direitos por meio da atuação judicial, o resultado não é satisfatório: há demora, não há univocidade, não há sensibilidade para se compreender situações específicas, restando clara a limitação e a existência de falta de sintonia com as pretensões formuladas em relação às respostas dadas, quer no âmbito civil, quanto isso também ocorre em face das transgressões no âmbito penal.

Este capítulo destina-se a uma contextualização a respeito do exercício da função jurisdicional, tendo início pela visão crítica a respeito da forma como foi se ampliando a demanda aos juízes, a respeito de questões amplas, respeitantes ou não à vida privada, razão pela qual se apresentam como necessários os conceitos de justiça e de direito, bem como de justiça social.

2.1 A visão crítica a respeito da ampliação da atuação jurisdicional

O jurista e também magistrado, francês Antoine Garapon, analisando a ampliação de poderes dos órgãos jurisdicionais, na sua obra “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, fala do controle crescente exercido pela justiça em relação à vida coletiva, de uma forma geral, e a partir das últimas décadas do século XX, como um dos mais importantes fatos políticos, devido ao aumento de litígios a respeito dos quais os juízes foram chamados a se manifestar, em muitos setores da vida social.

Disse ele:

> Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como, por exemplo, a de prevenção da delinquência (1999, p.24).

E, também, que o juiz é uma referência para os que vivem isolados e sem raízes, que buscam na lei o último resquício de identidade. Ressalta ele que, antes os juízes não precisavam conhecer as mesmas questões que agora, quer porque não havia a mesma exigência, o que mudou pelo avanço científico, ou ainda, porque ante havia mais solidez dos vínculos sociais, associado ao fato de que o Estado não estava ainda tão qualificado a atender de acordo com a abrangência que foi se dando ao longo do tempo (GARAPON, 1999, p. 24-25).

Decorre daí ter a instituição judiciária, nesta etapa da modernidade, o respaldo do sentimento de justiça, o qual esteve adormecido, quer por anos de providência do Estado, quer em decorrência, também de anos, de marxismo, tudo de modo a aguçar a demanda *moral,* ou seja, a existência de uma instância que nomeia o bem e o mal, para assim fixar a injustiça na memória coletiva, e complementa seu raciocínio dizendo que assim “a democracia olha para si própria e se interroga sobre seus fundamentos morais” (GARAPON, 1999, p. 25).

Esse agigantamento do Judiciário foi analisado no constitucionalismo alemão pela obra de Ingeborg Maus (“O Judiciário como superego da sociedade órfã”), mediante o uso de conceitos de psicologia para explicar, numa analogia feita com a figura do pai como superego do filho, que as instituições políticas são responsáveis por organizar a sociedade. E conclui ela, que a crise democrática e a desconfiança que se estabeleceu em relação às instituições políticas tradicionais, tornou a sociedade “órfã”, sendo escolhido como novo gestor da vida social (o novo superego) o Judiciário (MAUS, 2000, p. 183-202).

O trabalho de Maus ultrapassou as fronteiras da Alemanha, principalmente porque o fenômeno que caracterizou o protagonismo do judiciário como agente político não foi exclusivo do direito alemão, haja vista tudo o que já se escreveu sobre o ativismo judicial, sendo importante lembrar disso, na medida em que há para refletir aqui, em razão do nosso momento histórico, em que muitos direitos sociais que

deveriam ser regulados por políticas públicas coerentes, bem desenvolvidas e justas, acabam por reclamar uma constante tutela jurisdicional.

Enquanto na visão de Garapon estamos falando dessa mesma justiça que acaba por julgar quase tudo que muitas vezes não deveria julgar, mas o fazendo de forma abrangente, é esta justiça que deve ser aplicada em qualquer relação, entre homem e mulher, chefe e empregado, governante e governado, mas

> igualmente a todos os homens, sejam quais forem sua cultura e o Estado que os abrigou. Pois se tudo e todos são réus, espera-se igualmente *tudo* da justiça; não apenas uma competência ilimitada, mas também uma "justiça total". A justiça não pode mais se contentar em dizer o que é justo, ela deve ainda instruir e decidir, aproximar e guardar distâncias, conciliar e resolver, julgar e comunicar (GARAPON, 1999, p. 25-26).

Mas, estranhamente, há brechas de situações importantes que precisariam ser definidas e não são, de forma que o movimento de progressão da justiça é algo paradoxal, que mescla vários fenômenos, muitas vezes contraditórios, mostrando o enfraquecimento do Estado, perante a pressão dos mercados, além do que ele chama de "desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos". Então seria um fenômeno da vida política, e de insatisfação com as instâncias políticas tradicionais, como consequência da globalização da economia, inclusive, que implica num fluxo do Direito e refluxo do Estado. E que a explosão do número de processos não seria um fenômeno jurídico, mas sim social. (1999, p. 26).

Alerta Garapon que, sobretudo, invocar indiscriminadamente o direito e os direitos, acaba por ter, como efeito, a submissão ao controle judicial, de aspectos inteiros da vida privada que antes estavam fora de qualquer controle público. E mais, que isso acaba por impor uma "versão penal a qualquer relação – política, administrativa, comercial, social, familiar, até mesmo amorosa –, a partir de agora decifrada sob o ângulo binário e redutor da relação vítima/agressor" (1999, p. 28).

Tudo realmente algo digno de ser considerado pois:

> Essa linguagem jurídica simplista, enraizando-se numa lógica sacrificial que acreditávamos definitivamente controlada, tem como consequência aumentar o número de detentos em proporções inquietantes, fenômeno que nenhuma democracia consegue, verdadeiramente, eliminar. A mídia, sob o pretexto de assegurar a

> máxima transparência, arrisca-se a privar o cidadão de garantias mínimas – como presunção de inocência -, mantendo a ilusão de uma democracia direta (GARAPON, 1999, p. 28).

A justiça, na visão dele, é um assunto difícil, embora também apaixonante, mas que concentra emoções e impasses das sociedades modernas, inclusive as paixões democráticas, assim como o absurdo da violência e o enigma do mal; e que nossas jurisdições seriam “mediações imperfeitas”, havendo necessidade de novas referências, ou seja, não se trata de buscar construções ou reconstruções teóricas (GARAPON, 1999, p. 29).

A questão que se põe é de um poder jurisdicional que se apresenta como resgate dos ideais de justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensaria o que não há de verdadeiramente democrático em relação à ineficiência dos poderes políticos (legislativo e executivo) e, como sugere Garapon, que a democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça, porque o ente estatal provedor não pode tudo suprir e:

> Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e, portanto, fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto” (GARAPON, 1999, p. 48).

Então, sua ideia geral, é no sentido de que os juízes poderiam cair numa enorme descrença em razão do papel de guardiões das promessas, no qual tinham sido artificialmente investidos, quando isso se mostrasse não concretizável, frustrando expectativas e esperanças neles depositadas.

Ele, ao lembrar da célebre expressão de Montesquieu, em relação ao juiz que apenas deveria ser a “boca da lei”, sustentou que essa visão reportava ao tempo em que a lei era o elo principal do positivismo, porque “supostamente deveria assegurar

a ligação entre o ofício do juiz e a soberania popular", mas a lei, que foi tão essencial para a separação de poderes, agora não seria mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões, porque não pode pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico (1999, p. 40).

Para Garapon, o descrédito da lei se deve ao seu anacronismo (em relação à forma), em razão do "mundo tecnológico", porque "não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinal, afastado da realidade". E que um controle mais leve e casuísta, em lugar dos regulamentos sofisticados, seria mais propício. As sociedades são realmente complexas e o estoque normativo é difícil de controlar, sendo "gerador de efeitos perversos". O abuso da regulamentação legislativa torna-se ameaça ao sistema jurídico, devendo o direito reencontrar sua elegância, que está não num "conjunto de regras, mas também como um conjunto de princípios" (1999, p. 40-41).

Fala de uma súbita inversão de tendências, porque se a justiça era, antes, secundária, passou a ser prioritária, e o direito que era "apenas a moral das relações frias, comerciais ou políticas" acabou por se tornar o princípio de toda relação social. O problema é o de invocar o Direito para quaisquer conflitos, desde os mais íntimos, não só para os desvios de conduta, e dessa forma, entende ele, mostrando-se, muitas vezes, perplexo, que "o juiz, hoje, exerce um verdadeiro magistério sobre as pessoas mais frágeis", tornando-se o conflito uma oportunidade de socialização, pelo que, segundo ele, a jurisdição "passa a ser um modo normal de governo". Isso abrangeria setores inteiros, como a família ou a imigração, se antes a jurisdição havia de ser negativa e punitiva, torna-se então positiva e construtiva. Antes ela era o atraso nos costumes, mas hoje concentra as esperanças de mudança, o que significa dizer que era considerada "como instituída" e "vê-se agora como instituidora" (GARAPON,1999, p. 49).

É que se a Justiça é uma nova cena, diz Garapon, "a democracia condena o direito positivo a um *déficit* permanente". Mas além disso, um direito emancipado do Estado, tende a exceder sempre no que foi antes estabelecido, sendo que a justiça (constitucional principalmente), transforma-se num espaço de arbitragem constante

“entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política” (1999, p. 50).

Bem de ver então que se trata de cenário democrático e múltiplo, razão pela qual nem a jurisdição escapa das características próprias de um poder que deveria ser algo distribuído, e em razão disso é que não se decide jamais em primeira e em última instância, como já tinha identificado Garapon, no final do século passado, sendo um poder desacelerado, dividido, suscetível de recursos e revisões das decisões, justamente por se opor à concentração do poder. Diferentemente do poder político, normalmente concentrado, a justiça se perfaz em diferentes ordens de jurisdição ou por juízes reunidos em colegiado (1999, p.51).

A sua conclusão é de existência de uma desordem nessa nova moldura, razão para se compreender porque o conflito pode aparecer como uma oportunidade de socialização, pois é na divisão que a democracia encontra sua identidade, quer pela perspectiva das reivindicações relativas a direitos humanos, que são heterogêneas e não comportam uma solução global, quer porque na democracia as reivindicações são naturalmente contínuas, indefinidas, transversais, tendo sua unidade na busca permanente e incessante “de si mesma em nome do direito, nessa procura infinita de seu equilíbrio e no reconhecimento da finitude” (GARAPON, 1999, p. 52).

Interessante pensar, seu comentário sobre essa “renúncia à unidade”, como algo que permite que a sociedade se desvincule da tutela estatal para acessar uma experiência plural e ampla, de questionamento repetido, como uma “nova referência para os direitos humanos” (GARAPON, 1999, p. 52).

Mas isso não significa ausência de problemas, ele próprio acentua que para a França a entrada em cena da justiça criou uma dificuldade especial porque o “menor conflito logo assume uma dimensão fundamental que compromete a totalidade da existência política, dos valores políticos de referência. O adversário passa a ser considerado um mau francês” (GARAPON, 1999, p. 52).

E ainda elenca outros perigos quando afirma:

> O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De

> tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso (GARAPON, 1999, p. 53).

Nesse e em outros campos observa-se, notadamente, uma atuação do judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, assemelhando-se à figura do superego utilizada por Maus, citada alguns parágrafos acima, de modo que, sistemicamente, juristas de diversas orientações ideológicas passaram a analisar o fenômeno da supremacia judicial, quer com vistas a pensar e propor como superá-lo, quer para buscar compreendê-lo, ou apenas ter o domínio de instrumentos minimamente limitadores dos efeitos, para ser possível conviver com a situação mediante a utilização de freios e contrapesos.

É talvez o resultado daquela democracia jurídica que segundo Garapon, "é pensada apenas de modo negativo e defensivo, correndo o risco de implodir". A questão, segundo ele, é o fato de se multiplicarem os direitos, perdendo-se a noção do que é o direito, de se considerar a liberdade em termos negativos, quando ela também é positiva, tendo necessidade de participar do debate sobre o direito. A ponderação passa por não sabermos mais pensar na obrigação, e nem distinguir entre a violência legítima e a ilegítima, bem como de avaliarmos quanto custa o ingresso na vida comum, sendo para isso necessário analisar os paradoxos com os quais a democracia é confrontada, estando em primeiro lugar "o poder inédito atribuído aos juízes" (1999, p. 53).

Na linha do que foi também observado por Pietro Barcellona (1994, p. 206):

> A legislação sempre foi mais expressiva nos compromissos medíocres, de curta duração e até, mais frequentemente, privada de verdadeiros conteúdos normativos. Fala-se de "lei-manifesto", "lei-bandeira", ou seja, de leis que se destinam mais a reclamar atenção para a existência de problemas levantados pela opinião pública do que dotadas de conteúdos aptos às soluções efetivas[47]

---

[47] "*La legislación se ha vuelto siempre más expresiva de compromisos mediocres, de breve duración y aun, más a menudo, privada de verdaderos contenidos normativos. Se habla de "ley-manifiesto", ley-bandera, leyes destinadas más a reclamar la atención sobre la existencia de problemas fuertemente*

Ou seja, a própria legislação parece sempre mais inadequada, fraturada, parcial, incompleta e ineficaz, sendo caracterizada por uma separação entre os princípios afirmados e a real operacionalidade da medida por ela adotada, também segundo ele veicula no texto, o modo pelo qual fomos efetivamente mergulhados no processo de legalização no século XX, e como a legalização da vida se deu em todas as áreas, incluindo quase tudo, para ficarmos imersos em regras, isso praticamente acabou por retirar das normas o caráter abstrato e geral, justamente por assumir um caráter decisório sobre as questões da vida, ou seja, uma forma concreta de controle.

Como o uso desenfreado da legislação acabou por transpor questões políticas e éticas para decisões judiciais, as quais não são previamente debatidas no campo político e legislativo, e neste campo é que deveriam ser definidos e balizados os assuntos fundamentais à vida e convivência social, mas não tem sido assim. Os motivos podem ser diferentes, mas destaca-se, o fato de que a complexidade da vida tem demandado respostas muito mais rápidas do que é possível dar na área da regulação, quando há uma demanda no sentido de que tudo ocorra de forma muito mais rápida, atropelando o tempo necessário para chegar a consensos políticos e sociais previamente discutidos.

Decorre daí que, como também foi salientado por Barcellona, isso acaba sendo tratado como discussão jurídica, e a tendência é que sejam algumas questões conduzidas de forma mais controlável e conveniente, mas o conflito que é de natureza política e coletiva na essência, se transforma em conflito individual, cuja resolução se dá com base numa regra e num procedimento (1996a, p. 72-77).

Essa visão também é reportada por Boaventura de Sousa Santos (1998 a, p. 422), destacando a metamorfose dos problemas éticos e políticos em questões jurídicas, transferida sua resolução para um processo judicial, tratando-se como conflito individual o que é, via de regra, estrutural e coletivo, ou seja, fruto de uma determinada forma de organizar a vida social, que reclama outras providências, as

---

advertidos por la opinión pública que a formular y adoptar soluciones eficaces" - Texto original traduzido livremente.

quais estariam além daquilo que no âmbito das funções estatais, competiria aos órgãos jurisdicionais.

Esse quadro todo cria um desequilíbrio no campo da obrigação jurídica social, visto que para cada indivíduo reflete uma situação de perda do sentido de dever, e, ao mesmo tempo, um sentimento excessivo de direitos. A sensação desse personagem típico moderno, que recepciona mensagens contraditórias a partir deste cenário, é de alguém com exclusivo domínio sobre os desígnios de sua vida, como se isso fosse um direito subjetivo, ou seja, de que pode e deve lutar de forma ilimitada por seu próprio (e individual) bem-estar. É uma visão de referência voltada a si mesmo, que só reconhece responsabilidade para consigo mesmo, em tudo que diz respeito ao outro e ao princípio da solidariedade, é banalizado.

Para Barcellona, essa banalização ocorre “com base nos próprios interesses”, enquanto os deveres de solidariedade são adiados, e a regra é a da inconsequência, de modo que: “Na efervescência caótica da vida, os participantes, individualizados, adquirem autonomia selvagem, numa espécie de igualdade de direitos para todos – contra todos”[48] (1996a, p. 30)

Portanto, a questão relevante para reflexão é a transferência de muitas questões para o campo jurisdicional, o que é decorrente desta excessiva organização jurídica da vida, o que diretamente influencia no aumento do desestímulo comunitário a serem cultivados objetivos e fins sociais compartilhados. Dessa maneira, na perspectiva do Estado de direito, o uso de argumentos de política por um juiz (o que tem sido relativamente comum) quando as decisões são tomadas não por reconhecer que a situação fere direito subjetivo de alguém, mas sim porque é contrário ao seu próprio projeto de nação, e posturas judiciais como estas, provocam ruptura da ordem democrática, pelo desequilíbrio e exercício arbitrário do poder estatal.

Mas, enquanto há um ambiente de crescimento deste espaço de ativismo judicial, coletivamente o que se vê são os indivíduos aniquilados de sentido social,

---

[48] “*En el caótico bullir de la vida, todos los participantes, los individuos particulares, adquieren autonomía salvaje, igualdad de derechos para todos - contra todos*.” - Texto original traduzido livremente.

porque narcisistas orientados segundo os próprios desejos, com aumento crescente do desejo ilimitado por possuir e consumir (BARCELLONA, 1994, p. 153), numa época marcada por diversas espécies de individualismos, cujo horizonte, em termos de sentido coletivo[49] é rarefeito, o sentido de poder se autodeterminar é absoluto, bem como a compreensão do mundo ocorre sem vínculo a qualquer elo de compromisso e de dependência.

O cenário até aqui descrito mostra um distanciamento muito grande em relação à repartição de funções estatais, como originalmente foi arquitetada, tendo como finalidade o controle do exercício do poder, como se analisará na sequência.

2.2 Aspectos históricos e teóricos relacionados à divisão de funções estatais e à atuação da jurisdição

A tripartição de poderes nas considerações teóricas da obra *O Espírito das Leis*, auxilia a compreender a *ratio* subjacente à teoria, que visava a proteção da liberdade, como premissa básica da preocupação de Montesquieu, sendo que o sistema de repartição das funções estatais serviria para garanti-la.

Ele chegou a enfatizar que “não há palavra que tenha recebido mais significados diferentes, e que tenha impressionado os espíritos de tantas maneiras” (MONTESQUIEU, 1994, p. 162), configurando-se a proteção da liberdade, como é sabido, numa tarefa bastante complexa.

Montesquieu viveu e morreu antes de conhecer as principais obras do Iluminismo, e também antes das revoluções francesa e norte-americana, sendo que,

---

[49] Significado e sentido, para Marcelo Neves, são utilizados como sinônimos, quando ele fala do simbolismo no Direito, que possui prevalência do significado político-ideológico que, embora se opere de forma não aparente, age incisivamente sobre o conteúdo jurídico aparente (NEVES, 2007, p. 29), por isso a norma jurídica, apesar de sua natureza cogente, não tem efeitos muito decisivos no plano do Direito, razão pela qual, o conteúdo filosófico e o científico produzido é relevante tanto para se compreender as coisas como são e como estão, os fenômenos naturais e sociais, e também para progredirem as ideias, que são produtos dos significados criados, algo tão necessário quando se começa a refletir o processo de formação de consensos (inclusive os decisórios), em todas as áreas do conhecimento.

pelas circunstâncias epocais (primeira metade do séc. XVIII), ele só poderia ter em mente não uma sociedade de iguais, e sim de liberdade entre diferentes, para se contextualizar o momento em que se encontrava, historicamente falando.

A obra foi publicada apenas vinte anos depois, em meados do século XVIII, em 1748; depois da publicação de *Dois Tratados sobre o Governo*, de John Locke, mas antes das principais obras do Iluminismo, incluindo o “Contrato Social” de Rousseau, de 1762.

Algumas considerações que ele fez são hoje tautológicas. Afirmava que o poder estatal é fonte da opressão e do ataque à liberdade, razão pela qual, contra doutrinas metafísicas ou prescritivas, seria inevitável o abuso praticado contra a liberdade das pessoas. E que o poder seria fonte de corrupção, sendo que tendo meios e necessidade, o governante agiria sem considerar as liberdades dos súditos, numa concepção mista de objetivos liberais, ou seja, de liberdade individual na esfera privada, por meios republicanos (MONTESQUIEU, 1994, p. 163).

Com isso, descreveu a origem do mal e o meio para evitá-lo, dizendo que ao poder deve-se opor o poder, pois apenas o poder correspondente consegue controlá-lo. Ou seja, que o governante é potencialmente mau, e, por isso um arranjo institucional deve evitar a ação maléfica, tendo desta forma chegado à divisão do poder, com intuito de ser ele controlado.

Concluiu em uma passagem que: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1994, p. 165).

Ele não empregou a terminologia consagrada na expressão *separação de poderes*, mas havia desde a antiguidade clássica (século VIII a.C. ao século V d.C., ano de 476), a menção a três atividades na *polis,* conforme proposição de Aristóteles (PIÇARRA, 1989, p. 31); além de, num momento histórico mais próximo dele, em relação à antiguidade, haver menção no *Tratado sobre o Governo,* de Locke (FERREIRA, 2001, p.87), distinguindo quatro poderes: executivo, legislativo, federativo e prerrogativa.

Mas não era, entre os ingleses, tão clara a autonomia da função jurisdicional em relação à executiva, nos primeiros anos da Revolução Gloriosa (1688/1689), ainda que marcada a distinção entre o rei (executivo, federativo e prerrogativa) e o parlamento (legislativo).

Em *O espírito das leis* quando Montesquieu, num capítulo denominado *Da Constituição da Inglaterra,* pretendeu metodizar o sistema jurídico-político inglês, que entendia como único capaz de proteger a liberdade individual, seu objetivo não era de elaborar uma doutrina da separação de poderes, de base racional, mas sim de encontrar a melhor solução para a pergunta: “como é possível proteger a liberdade?” (MONTESQUIEU, 2000, p. 165).

Sua conclusão foi de que o sistema político inglês possibilitava protegê-la, considerando que a liberdade não é decorrente da descoberta (ou revelação) de direitos individuais inatos (ideia que pode ser imputada a Locke, mas também se aplica à corrente racionalista), e sua proteção era feita por um arranjo institucional: a liberdade precisa da proteção de uma Constituição (MONTESQUIEU, 2000, p. 165).

Para Pierre Manent, Montesquieu não partiu do direito que fundamenta a liberdade e sim do poder que a ameaça, interrogando sobre os efeitos produzidos pelo poder. Dessa forma, tratou do poder como uma *coisa,* “separável de direito e de fato tanto de sua origem como de seu fim, separável de direito e de fato do homem que detém ou o procura” (1990, p. 86).

Demonstrou preocupações com o poder advindo do povo, principalmente para julgar em razão de observações sobre esta ameaça constante, por isso sugeriu que o tribunal seria formado para durar enquanto perdurasse a necessidade (MONTESQUIEU, 2004, p. 167), da forma como foi concebido, por exemplo, um julgamento no tribunal do júri aqui no Brasil.

Suas ideias são baseadas na supremacia da lei, de um juiz que expressa tão somente o conteúdo da lei, sem outras influências, e por isso o legislativo não poderia julgar, a não ser excepcionalmente e, muito menos o executivo (MONTESQUIEU, 2004, p. 175-176).

A concepção monárquica do Estado foi ocluída pelas revoluções burguesas, por meio da teoria da soberania popular, instalando-se então o princípio da legalidade como forma de limite ao poder soberano ou à soberania do poder, e a partir daí, só a lei poderia impor restrições à liberdade.

A jurisdição nos Estados liberais refletia uma filosofia individualista dos direitos, diferente do modelo napoleônico de organização estatal, que foi substituído e que não tinha preocupações com as necessidades sociais, dando atenção apenas à exegese formal da dogmática.

Com o iluminismo racionalista influenciando o Estado liberal, não se buscava conexão da norma com a justiça intrínseca, vez que a completude da lei, considerada um dogma, não admitia a existência de lacunas, e assim, jamais se imaginaria vulnerado o “espírito” da lei.

Não se admitia a interpretação ou a discricionariedade, restando à jurisdição fazer o resgate do direito violado apenas no ato de aplicação da norma, pela técnica da subsunção e pelo silogismo. Ao juiz não era admitido produzir prova de ofício, e a finalidade maior é a de garantir o valor da liberdade. As regras vinculantes eram a expressão da certeza e da segurança para o Estado liberal, o qual esperava isso dos juízes, por meio de um processo decisório sistemático, legal, racional e formal.

A racionalidade do modelo de cientificidade em que se fundamentou a jurisdição liberal individualista, com base numa concepção normativista, foi muito questionada, inclusive por Kant, muito embora, tenha, na origem, se apresentado como reação contra a magistratura exercida de forma parcial e abstrata, pela nobreza do antigo regime.

A transformação do Estado liberal em Estado constitucional fez com que a jurisdição passasse a veicular uma nova dogmática interpretativa, agora baseada em princípios e direitos fundamentais; de modo a ter a função de constatar a adequação da lei aos comandos constitucionais, compreendendo e extraindo o significado compatível com os valores, pelas técnicas de controle de constitucionalidade.

Então se trata agora não mais da subsunção da norma, tendo início a ponderação dos princípios, os quais assumiram o patamar de norma jurídica junto com as regras, tendo como conteúdo os valores.

Ferrajoli reafirmou mais de uma vez a mesma coisa, ou seja, que o constitucionalismo rígido ficou alinhado ao positivismo jurídico, não sendo a superação dele e sim o reforço, ao positivar não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito, e também do Estado de Direito, uma vez que comporta a submissão, “inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade” (FERRAJOLI, 2011, p. 99-100).

Portanto, foi com o fenômeno do constitucionalismo, a partir do séc. XX, que as alterações estruturais nas funções jurisdicionais ocorreram de forma mais visível, vez que o Estado de Direito, com o conjunto dos elementos que o conformam (supremacia da lei, separação dos poderes e direitos fundamentais categorizados como direitos subjetivos), evoluiu para o Estado constitucional de direito ou, pela terminologia da Constituição brasileira, Estado democrático de direito, representando a fusão das ideias de constitucionalismo e democracia, cujas trajetórias históricas são diversas, e que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 25).

Assim, o constitucionalismo é relacionado ao Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, enquanto a democracia, “traduz a ideia de soberania popular, governo do povo e vontade da maioria”, sendo em resumo, o constitucionalismo democrático, “uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular”, mas também “um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais” (BARROSO, 2013, p. 25).

Barroso também pontua que:

> O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a

> especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética (2013, p. 30-31).

Essa ambiência passa por autores pioneiros como John Rawls (*Uma teoria da justiça,* 1971), Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*, 1977), Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais,* 1986) entre outros.

Segundo Barroso o marco teórico do novo direito constitucional compõe-se de três conjuntos de mudanças de paradigma, envolvendo primeiramente i) o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, com aplicabilidade direta e imediata, o que significa dizer que podem ser fundamentos rotineiros das postulações jurídicas e da argumentação jurídica; ii) a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos; e iii) a transformação no âmbito da hermenêutica jurídica pela *nova interpretação constitucional,* o que implica toda uma reformulação de categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica (2013, p. 31-32).

Então a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também “um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”, com impacto em todos. (BARROSO, 2013, p. 33), o que significa efetivamente algo muito positivo para a atuação jurisdicional.

Isso porque, se no Estado liberal o foco de decisão advinha do legislativo; e se no Estado social incumbências eram dadas ao Executivo, pela urgência na realização de políticas públicas; então no Estado democrático de direito o centro da atuação se direciona para o poder judiciário (STRECK, MORAIS, 2010, p. 94/95). É que o Estado democrático teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado liberal, como também do Estado social de direito.

O neoconstitucionalismo, que é essa concepção que se apresenta como superação do positivismo jurídico, a qual, para Streck e Morais, “significa ruptura, tanto com o positivismo como o modelo de constitucionalismo liberal”; e, desse modo, qualquer “postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo”(2010, p. 90).

Nesse sentido é que ressalta Eduardo Cambi, num artigo que precedeu a sua importante obra, a qual coteja neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, com os direitos fundamentais, com as políticas públicas e o protagonismo judiciário. No artigo precursor, mencionou ele que o direito não poderia ficar engessado pelo pensamento iluminista do século XVIII, de forma a não se dissociar da realidade, dado que é preciso atender aos aspectos relativos à condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, política e econômicas (2008, p. 94).

Ao tratar do neoconstitucionalismo, para, a partir dele, comentar os aspectos do neoprocessualismo, como um tema central das digressões teóricas, destaca ele que o “neo”, ou novo, permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas, sendo construídos de maneira crítica os “deveres-seres”, de forma que a realidade do direito não se dissocie da vida, em busca das melhores soluções para os velhos problemas (CAMBI, 2008, p. 94).

Ao final conclui que o há um desafio cultural, rendendo-se ao fato de que há necessidade de que o homem mude a forma como interage com o direito, coisa que seria mais difícil do que pensar em abstrato as teorias e construí-las, e que a teoria e a prática se complementariam e se encontrariam, quando na solução do caso concreto, tivessem as pessoas a sensação de um direito que as protege, e aí a conclusão de que existe esta chance pelo neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, diante do seu suporte crítico, e não apenas para novas teorias e práticas, mas porque propiciariam técnicas mais efetivas, rápidas e adequadas para a prestação jurisdicional (CAMBI, 2008, p. 129).

A questão “das velhas teorias para as novas realidades” é retomada na obra mais recente, em que os temas relacionados à tutela coletiva, que foram aprofundados num texto mais denso, e que “A consolidação do Estado Social, em países da periferia

do capitalismo, exige a concretização dos direitos fundamentais sociais e, para tanto, de políticas públicas indispensáveis à sua realização (...) (CAMBI, 2020, p. 18). Isso, por óbvio, não pode ser feito sem a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual, o que ele também aduz, e que tem que realmente ser considerado, haja vista que usa expressões bem significativas disso, como “sono dogmático”, do qual é preciso despertar para ser aguçado o pensamento crítico, e com isso ser fomentado o discurso filosófico (CAMBI, 2020, p. 19-20).

Pontos que foram e serão ainda levantados neste trabalho, não deixaram de ser levantados, e que se relacionam ao fato de que o positivismo jurídico não consegue resolver os casos em que “a decisão judicial não pode ser submetida a uma regra jurídica clara e predefinida”, são os casos difíceis aos quais se reconhece poder discricionário ao juiz (CAMBI, 2020, p. 101).

A partir destes aspectos é começa a fluir uma cascata de problemas relacionados à jurisdicionalização da vida, ainda que sem uma regra jurídica bem definida para ser interpretada, posto que entram na definição aspectos da moral, a qual parte de um ponto de vista interno do direito, e além das funções técnica e científica, se agregou a função axiológica, cuja consequência desagua na falta de controle jurídico das decisões, e a possibilidade de casos iguais serem tratados de maneira desigual, desestabilizando as expectativas.

E a partir dessa visão, o neoconstitucionalismo não só foi responsável pela incorporação da moral no direito, como também pelo chamado ativismo judicial ou ainda judicialização da política, pela importância das ponderações principiológicas e argumentações jurídicas, tendo iniciado com o fim do constitucionalismo liberal, que deu lugar ao constitucionalismo social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919), ganhando espaço com a ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que regem as constituições sociais.

2.3 Os princípios da correção funcional e das razões públicas na interpretação constitucional

A Constituição pelo seu papel integrador tem também uma força normativa, sendo que sua efetivação também incumbe aos órgãos judiciais, como parte essencial da tarefa judicante. Ocorre que não se pode afastar a atuação de uma cidadania ativa, e, também, de uma atividade política que seja baseada no espírito constitucional, deixando tudo unicamente para acontecer no campo da atividade jurisdicional.

Serão comentados agora alguns princípios que se relacionam a interpretação do texto constitucional, na medida em que a Constituição não é um sistema fechado em torno de si, espargindo sua influência em outros ramos do direito. Nessa perspectiva, há alguns princípios cuja dimensão é capaz de contribuir para a compreensão da amplitude e/ou limitação do exercício jurisdicional, em relação ao equilíbrio entre os poderes do Estado, de modo que o sistema não seja rendido ao positivismo jurídico, tendo alguma condição de considerar o que emerge da realidade social.

2.3.1 O princípio da correção funcional

De acordo com Friedrich Müller (1999, p. 69) os tradicionais elementos de interpretação acabam por conviver com os princípios da interpretação da constituição desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, os quais só teriam autonomia em grau reduzido.

Ele trata como configuradores de “subcasos dos aspectos linguístico, histórico, genético, sistemático e "teleológico" da concretização”, as visões autônomas vinculadas a um "sistema de direitos fundamentais" fechado e coerente, e que tem assim um destaque em relação às demais normas constitucionais. Chama a atenção também para a concepção do direito constitucional como uma "ordem ou um sistema de valores", e do imperativo da interpretação das leis em conformidade com o que prega o texto constitucional, bem como de se observar o critério de aferição da correção funcional para fim de concretização da constituição (MÜLLER, 1999, p. 69)

Mas ainda pondera que:

> O critério de aferição da correção funcional afirma que a instância concretizadora não pode modificar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem pelo modo da concretização nem pelo resultado desta. Os pontos de vista decisivos para o critério de aferição da correção funcional estão na diferenciação racional e na controlabilidade dos elementos de concretização, assim possibilitada (MÜLLER, 1999, p. 70).

Este princípio também é conhecido pela denominação “conformidade funcional”, e seu significado decorre da existência de um espaço institucional próprio de cada poder, como um corolário do princípio da separação de poderes. Isso no sentido de que a interpretação deve procurar manter o sistema de repartição das funções estatais, da forma como também concebida no texto da Constituição, respeitando-se a vocação de cada um dos órgãos do Estado, bem como suas capacidades institucionais (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 446).

É a atenção completa ao que está ordenado no texto constitucional, de modo que, pela interpretação, não se remova a distribuição das funções do Estado, como ali preconizadas[50]. Decorre daí que para atender à conformidade funcional, não poderia um órgão jurisdicional exercer, a não ser muito excepcionalmente, atividade de criação das normas jurídicas, dado o seguinte aspecto: porque falta legitimidade democrática ao poder judiciário, posto que seus membros não são eleitos pelo povo, bem como não tem capacidade institucional necessária para fazer todas as avaliações e prognoses decorrente da atividade de legislar (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 446).

Há situações, para além do que é chamado de *legislação negativa,* relativa à jurisdição constitucional, em que o poder judiciário retira do ordenamento leis contrárias à Constituição*,* mas nunca atuando na forma positiva (*legislador positivo)*, ou seja, no campo da criação das normas, sendo que esta distinção radical não se aplicaria quando da interpretação resultasse dimensão criativa (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 446).

Pode-se também aplicar a técnica dos diálogos institucionais, no sentido de viabilizar, em certas circunstâncias, por exemplo, que seja dada ao próprio poder

---

[50] Isso se extrai da citação feita de Konrad Hesse, *apud* SOUZA NETO e SARMENTO, 2014, p. 446.

legislativo a possibilidade de elaborar uma outra solução para o problema constitucional encontrado pelo poder judiciário, como ressaltaram Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 447), dando como exemplo um caso destacado [51], que foi decidido pela Corte Constitucional da África do Sul, envolvendo direito fundamental à moradia, em que se concluiu que as políticas públicas do país na proteção à moradia, não eram constitucionais. Reconhecida a dificuldade da corte quanto à capacidade técnica de elaborar uma política pública adequada, foi instado o legislador sul-africano, no sentido de fazê-lo (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 447-448).

Este princípio também cumpre o papel de limitador dos poderes executivo e legislativo, os quais não podem invadir a competência jurisdicional, o fazendo como se isso pudesse ser uma forma de interpretar o texto constitucional, como, por exemplo, reconhecerem aqueles nas suas funções, a inconstitucionalidade da norma, o que incumbe à função jurisdicional, isso em razão de que, tal controle, posterior, exercido por órgãos que são políticos, seria fonte de insegurança jurídica, podendo ser um campo para abusos, havendo prudência que isso se dê por meio de uma função que é neutra (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 448-449).

Bem de se ver, portanto, que, de alguma forma, existem balizas teóricas para a leitura constitucional, expressando que elas existem no regramento jurídico, fazendo parte da organização social, política e jurídica do Estado. Servem para emoldurar e delimitar a atuação não só jurisdicional, como das outras funções estatais, e, portanto, do poder do Estado.

O exercício deste poder deveria ter um desempenho adstrito às tarefas predefinidas, e não mais que isso, e não além disso. Porque é dado às instituições um espaço de exercício dentro da configuração constitucional, que não admite distintas colmatações do emprego de força impositiva sobre os indivíduos, de modo a preserva que haja equilíbrio e harmonia, mantida a diversidade de fontes das incumbências, em relação a uma plêiade de atores, para que a visão, a compreensão, a

---

[51] *Government of the Republic of South África vs. Grootboom.*

interpretação, não sejam unívocas, e, desse modo, prejudiciais, pela falta de legitimidade.

O melhor dos mundos é o dos entendimentos e interpretações feitos pela lente da diversidade da compreensão dos problemas sociais, mas apesar de ser assim considerado, encontrá-lo e fazê-lo prevalecer, depende de um permanente embate e tensionamento, o que gera muita discussão jurídica no campo da interpretação e na delimitação dos papéis constitucionalmente previstos.

2.3.2 O princípio das razões públicas

Tem base teórica na ideia de que existem “razões públicas”, sendo que Rawls (2011, p. 250-234) faz uma reinterpretação do conceito como utilizado por Kant em *Resposta à pergunta*: o que é Esclarecimento (Aufklärung)[52], delimitando-o a partir de seus três sentidos, a saber: (i) a razão do público, que é a dos cidadãos enquanto compartilham de uma situação de igual cidadania; (ii) seu objeto é o bem público e as questões de justiça fundamentais; (iii) a natureza e o conceito são públicos, determinados pelos princípios expressos pela concepção de justiça política. (Rawls, 2011, 2005, p. 213)

Assim para Rawls,

> A razão pública é característica da sociedade democrática: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadãos iguais. O assunto de sua razão é o bem do público: o que a concepção

[52] Para ele o uso público da razão se dá como o uso que o sábio faz de sua razão para o grande público do mundo letrado. Para Kant, o esclarecimento (Aufklärung) só é alcançado com a liberdade, e isto implica fazer um uso público de sua razão em todas as questões. Com isto teríamos a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado, sendo a menoridade entendida como a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem o auxílio de outro indivíduo. Para ser livre, é necessário ter coragem de usar o próprio entendimento (*sapere aude*), coragem de saber, sem referência heterônoma (Kant, 2005, p. 63-64). Por isso Kant estabelece distinção fundamental entre o uso público e o uso privado da razão. O uso público da razão acontece quando um homem com um saber específico (o sábio) enuncia aquilo que sabe diante de um grande público, e isto implica utilizar uma linguagem comum a todos (sociedade); enquanto o uso privado da razão se dá quando o sábio a utiliza em associações e grupos particulares. Este é o princípio transcendental de publicidade que possibilita o esclarecimento (Kant, 2005, p. 66-67).

> política de justiça exige da estrutura básica das instituições da sociedade e os propósitos e fins a que devem servir[53] (2005, p. 213).

Samuel Freeman discorre que a razão pública (*public reason*) concerne ao tipo de razão apropriada para orientar decisões e argumentos políticos e possibilitar uma justificação endereçada ao público. Portanto, ela pressupõe que há uma comunidade política com uma unidade de crenças e ideias compartilhadas num nível puramente político e não moral abrangente, do que resulta o consenso superado (*overlapping consensus*) entre diversas doutrinas abrangentes razoáveis, bem como o pluralismo razoável (*reasonable pluralism*), que é base de uma concepção política de justiça (*political conception of justice*) (Freeman, 2003, p. 39-40).

Não são todas as questões públicas que envolvem a razão pública, estando fora algumas como a legislação fiscal, leis que regulam a propriedade, proteção ambiental, fundos previstos para as artes, entre outros assuntos, como também foi salientado por Rawls (2011, 2005).

Há uma necessidade então de existir um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes razoáveis para um mínimo de entendimento político em uma sociedade bem-ordenada, priorizando a justiça em relação ao bem, à utilização da razão pública, que é a razão compartilhada entre os cidadãos, tendo como objeto o bem público, concebida a justiça como base pública de justificação. Ou seja, que o papel da razão pública é possibilitar um forte compromisso de todos os envolvidos com os ideais e valores morais e políticos de uma sociedade democrática.

Isso envolve: o critério de reciprocidade (*reciprocity*), que exige dever de civilidade (*duty of civility*), e em decorrência a defesa da virtude da amizade cívica (*civic friendship*), bem como um ideal de cidadania democrática (*democratic citizenship*), a partir de uma lei legítima (*legitimate law*), que defenda os princípios de tolerância e liberdade de consciência (*principles of toleration and liberty of conscience*) (Rawls, 1999, p. 588-591).

---

[53] "*Public reason is characteristic of a democratic people: it is the reason of its citizens, of those sharing the status of equal citizens. The subject of their reason is the good of the public: what the political conception of justice requires of society's basic structure of institutions, and the purposes and ends they are to serve*".

Posto que as sociedades democráticas possuem uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, com profundas divergências resultando numa convivência de

> pessoas que professam as mais diferentes crenças e que possuem cosmovisões bastante heterogêneas, quando não antagônicas. Esse desacordo se projeta também no campo da interpretação constitucional. Uma feminista e um padre católico, por exemplo, terão, provavelmente, visões muito divergentes sobre a interpretação correta do direito à vida e sobre a autonomia reprodutiva. Um jurista evangélico e outro que seja militante do movimento *gay* quase certamente manterão concepção distintas sobre a discriminação por orientação sexual (SOUZA NETO, SARMENTO, 2014, p. 449).

A razão pública estabelece as diretrizes comuns de discussão, sendo um imperativo moral para os cidadãos, os quais não poderiam ser obrigados a invocar apenas as razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público, enquanto que, para os agentes públicos, especialmente os magistrados, incidiria plenamente esta imposição do uso das razões públicas, especificando sobre o tipo de razões em que os cidadãos baseiam seus argumentos políticos ao fazerem justificativas políticas uns aos outros para as questões constitucionais essenciais em contraposição com elementos da justiça básica[54] (Rawls, 1999, p. 603).

A referência à razão pública[55] não significa que se opere com a ideia de verdade ou de correção, a partir do entendimento de doutrinas abrangentes, e sim parte do uso daquilo que é politicamente razoável, por meio do critério de reciprocidade, a saber: dever de civilidade, que implica a defesa da virtude de amizade cívica e de um ideal de cidadania democrática, que toma por base a legitimidade da lei, o que significa a defesa dos princípios de tolerância e liberdade de consciência,

---

[54] Ver anotações a respeito na obra de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, já citada (2014, p.450)

[55] Portanto, razões públicas envolve tratar os temas da área pública, afeto às questões coletivas cuja escolha política em termos universais, não podem admitir argumentos que tenham filiação a doutrinas seguidas individualmente, que sejam dependentes da escolha individual, posto que isso pode ocorrer nas conversas e discussões privadas, da família, das entidades a que pertençam os indivíduos, uma vez que no espaço político público, que interessa a todos, os argumentos utilizados têm que ser públicos também. Isto quer dizer que todos devem aceitá-los, independentemente das respectivas posições sobre crenças pessoais. Isso afasta os argumentos que sejam relativos a uma determinada religião se não puderem ser transpostos para aspectos que possam ser inseridos nas “razões públicas.

assegurando os direitos, liberdades e oportunidades dos cidadãos, sob o parâmetro de uma estrutura básica de sociedade.

A afirmação de Rawls sobre o valor intrínseco do dever de civilidade e ideal de cidadania democrática, os apresenta como tendo um fim em si mesmos, e não apenas como obrigações instrumentais, com finalidade fora deles, e assim por meio da objetividade se alcança a justificação dos juízos e princípios morais, diante do desacordo moral existente.

2.4 As decisões estruturantes e o processo estrutural

Via de regra, tem-se que a atividade jurisdicional, desde sua concepção antiga, compreende o seguinte: um juiz (que é um terceiro) deve atuar imparcialmente, estando em suas mãos a composição do litígio. Deve ter uma atividade cognitiva, ou seja, buscando conhecer os fatos como aconteceram no passado, a fim de declarar que conduta teria sido devida e quais as consequências jurídicas, na maioria das vezes na forma de tutela compensatória, mas também pode ser determinada a reconstituição para recompor a situação ou o direito lesado. Apenas isso.

Entretanto, especialmente na tutela coletiva, que tem potencial para afetar muitas pessoas, a recomposição da situação nem sempre corresponde à efetividade daquilo que o grupo atingido ou a coletividade precisam. Forte nessa ideia é que há os que defendam que a função jurisdicional pode ser estruturante, o que ocorreria por meio de um processo que é chamado de estrutural, quando no caso concreto é verificado um comportamento institucional em desacordo com o ordenamento jurídico, de modo que a esta visão significa que a análise e solução não se prender ao acontecimento passado, e sim projeta uma correção da conduta ou do comportamento, para atingir um objetivo futuro e de cunho estrutural.

As questões estruturais numa sociedade, normalmente referem-se àquelas que são fundamentais, e, normalmente, não solucionáveis num curto prazo, requerendo um período maior e ações estratégicas, conforme a natureza do problema identificado, mas normalmente as correções pontuais não se mostram suficientes, vez que visam

melhorias conjunturais, as quais dependem de variados fatores, como economia, orçamento, trabalho especializado, planejamento, entre outros aspectos, estando envolvidas na organização e funcionamento de uma sociedade.

Diante dos vários conceitos que precisam ser analisados para se examinar uma situação em que se aponta a existência de ilegalidade e/ou ineficiência da máquina pública, e também das diferentes propostas a respeito do que poderia ser adequado para corrigir uma situação concretamente conhecida, do ponto de vista do conhecimento jurisdicional, abre-se um campo de possibilidades diferenciadas. Diante do tudo aquilo que seria desejável como resultado, da necessidade de um prognóstico e o que envolve o próprio prognóstico e a programação das atividades futuras, há muita abstração envolvida, quando se trata de litígios coletivos, os quais costumam ser complexos, posto serem múltiplas as possibilidades de tutela.

A complexidade dos litígios coletivos e difusos passava, na visão de Edilson Vitorelli (2018) por uma insuficiência conceitual, sendo que havia problemas para os quais não se encontrava uma boa resposta no plano do processo coletivo, como as existentes para o processo individual, este, obviamente, objeto de estudo por muitos anos, possibilitando uma ampla rede teórica de explicações e sustentações. Por isso que ele propôs uma forma de compreender o processo coletivo prescindindo da necessidade de classificação dos direitos (ou das pretensões) em abstrato, situação que dificulta muito o encaminhamento das correções pretendidas, inclusive mediante pleitos aos órgãos jurisdicionais.

O marco teórico sociológico para a tutela coletiva, a partir da proposta de Vitorelli (2018), resultou numa classificação do litígio empiricamente considerado, pela análise do direito em situação de litígio (e não a partir de sua integridade). Dois indicadores auxiliam esta compreensão: a complexidade e a conflituosidade.

A complexidade constitui uma variável que indica as possibilidades de tutela adequada de um direito, posto ser mais simples a delimitação nuns casos que em outros, e, assim os litígios coletivos podem ou não ter um grau acentuado de complexidade. Já com relação à conflituosidade, é responsável este indicador pelo grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso. É importante tal visão, porque nem todas as pessoas que integram a sociedade lesada

pelo litígio, desejam a mesma forma de tutela jurisdicional do direito, com a possibilidade de haver grupos ou subgrupos com pretensões, total ou parcialmente, antagônicas, inclusive.

A partir de tais indicadores sua proposta é que os litígios coletivos sejam classificados em três categorias:

> a) dos litígios globais, que são os que atingem a sociedade como um todo, mas nenhum de seus integrantes em particular (ex.: dano ambiental em região desabitada ou de pequenas lesões ao público consumidor), e, nesse caso o interesse individual é reduzido;
> b) dos litígios locais, os quais violam de modo específico as pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial (ex: litígios ambientais relacionados a terras indígenas ou os relativos a lesões graves a consumidores, com elevados prejuízos financeiros, ferimentos ou mesmo mortes). Os efeitos sobre os indivíduos são muito pronunciados, razão para que o grupo tenha interesse de se envolver pessoalmente nas decisões relacionadas à sua reparação; há um alto grau de conflituosidade, mas, os laços de identidade entre o grupo resultam em um elevado grau de uniformidade a suas pretensões; e,
> c) os litígios chamados de irradiados, em que a lesão afeta de modo desigual e variável tanto em intensidade quanto em natureza, uma sociedade que se subdivide em vários subgrupos, sendo que não há laços de identidade entre os afetados, os quais sequer têm os mesmos interesses, havendo uma superposição deles (ex.: construção de uma hidrelétrica com impacto sobre uma cidade). Grupos de pessoas diferentes são atingidos de modos diferentes, com maior ou menor intensidade, o que gera pretensões de tutela distintas e variadas, podendo até ser antagônicas, total ou parcialmente.

Esta última espécie de litígios integra a categoria dos chamados litígios estruturais, sendo que, para sua correta solução, faz-se necessário alterar o funcionamento de grandes instituições, públicas ou privadas, a fim de serem promovidos valores públicos relevantes, e deles (dos litígios) resultam impactos graves sobre grupos distintos de pessoas, e os interesses podem estar tão alinhados e afinados entre si, que pode resultar na pretensão de que eles próprios desejem promover seus interesses (VITORELLI, 2018).

O conceito de litígio estrutural e de decisão estruturante foi desenvolvido inicialmente pela doutrina dos Estados Unidos, o que ocorreu a partir dos anos sessenta do século passado, contando com algumas propostas destacadas,

principalmente de Owen Fiss[56] e Abram Chayes, as quais serviram de modelo para uma sequência de estudos e reflexões pelo mundo, inclusive no Brasil, um pouco mais recentemente.

A necessidade e o consequente modelo de decisões estruturantes decorre do princípio de que alguns litígios transcendem o interesse individual (privado), e são de interesse público, de modo que a sua solução não se resume ao acertamento de uma determinada situação, mas que há necessidade de reestruturar uma determinada organização social ou política pública, no sentido da concretização dos direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes. (CHAYES, 1976; FISS, 1979)

Há litígios que expõem claramente o que identificaram Chayes e Fiss, desde o início, quando chamaram a atenção para os litígios que não poderiam ser tratados de forma individualizada, como acontece por exemplo, nos processos relativos a questões prestacionais da saúde, que se multiplicam, e que são muitas vezes tratados de forma individualizada, quando deveriam ser objeto de uma decisão que levassem em conta a situação estrutural do modelo de política pública da saúde, que vem sendo adotado, e da forma como foi idealizado o sistema de saúde, porque só assim se poderia chegar a uma condução resolutiva que desse conta do âmbito coletivo (não só do individual), vez que a abordagem individual só vai cada vez mais sendo prejudicial à correção estrutural, que envolve conhecimento técnico e de gestão do problema pelo estudo completo de sua origem, para uma resolução e respectiva implementação. Entretanto, há de parte dos teóricos e pesquisadores urge então a preocupação com a discricionariedade judicial, quanto também dos profissionais do direito, os quais se ocupam de sua aplicação na prática.

Para Owen Fiss (2017, p. 205), também há necessidade de se utilizar a perspectiva estrutural para o campo do processo penal, dado que o direito penal tem orientação individualista, o que significa que o controle jurisdicional visa basicamente

---

[56] “A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a realidade social.” (FISS, 2017, p. 25)

apenas aplicar uma punição para alguns indivíduos, mediante a suposição de que são maus, e que a sanção é justa, apropriada e eficaz para desestimular outras condutas da mesma espécie. Entretanto diz que tais normas individualistas poderiam ter alguma plausibilidade nos primórdios do direito penal, sendo “incompatíveis com as estruturas sociais contemporâneas presentes nos Estados Unidos e em quaisquer outros locais”.

Observa que a reação punitiva é uma maneira que ainda é utilizada para dar uma resposta à opinião pública, protagonizando a vingança pública, mas que haveria necessidade de buscar os fatores realmente responsáveis pela violação, que são vinculados ao contexto social geral, como acontece com a polarização das raças e a tendência de os brancos, de maneira não totalmente consciente, na visão de Fiss, desvalorizarem os direitos e interesses dos negros (2017, p. 206).

E ainda salienta que:

> A presença de explicações estruturais e situacionais mais extensas para casos de violação de direitos não apenas diminui a responsabilidade individual, tornando, assim, a condenação improvável e menos apropriada normativamente, como também cria dúvidas a respeito da eficácia do direito penal em termos de alteração do comportamento futuro, mesmo supondo uma ação penal bem-sucedida. (FISS, 2017, P. 207)

A pretensão é de incrementar a realização da justiça com vistas a um grau maior de satisfação do bem social, porque as soluções mal concebidas e efetivadas, sem que haja conhecimento mais aprofundado dos motivos que provocaram o desvio de comportamento, acabam por apenas criar efeitos colaterais tão ou mais graves: isso ocorreria pelos problemas graves relativos a prisões superlotadas, com desrespeito flagrante aos direitos humanos, penas desproporcionais, de maneira a que não tenha uma função social, resumindo-se sua função, à mera inflição de sofrimento físico, sem condições de interferir na realidade social, diminuindo a criminalidade, posto que esta seria decorrente de fatores estruturais que precisam ser enfrentados, como requer cada caso analisado.

E, assim, se o direito penal, na mais tradicional visão teórica, pretende a proteção da sociedade contra a violência a seus bens jurídicos mais caros, como também deve proteger o acusado de acusações, imputações que sejam injustas, ou seja, como a dignidade da pessoa serve de parâmetro para a atuação estatal, e a

proteção da sociedade acontece quanto mais abrangente e efetiva seja decisão em termos corretivos de uma situação, não está cumprindo seu papel, pois nada disso está acontecendo.

Então existe a percepção clara que resulta de pesquisas inclusive no campo da visão estruturante do direito, de que o controle jurisdicional dos casos penais, como é ordinariamente feito, se destina basicamente (apenas) à imposição de condenação, e que os casos reclamam uma prospecção para soluções que olhem o futuro dos comportamentos e como mudar a conjuntura social que propicia estas práticas, sendo que a condenação não se mostra, suficiente para transformá-la.

Por isso que, a visão estruturalista do direito na forma como idealizada e sugerida por Owen Fiss, fruto da observação de decisões tomadas pela corte americana, referindo-se à *structural injunction*, numa das quatro conferências que realizou sobre o tema[57], dizendo que ela surgiu

> quando os juízes federais procuraram implementar a decisão da Suprema Corte em 1954, em *Brown v. Board of Education*, impondo a transformação do sistema nacional de ensino dividido em dois – uma escola para negros e outra para brancos – em um sistema unitário não racial. Pressionado pelas forças das circunstâncias, o judiciário federal transformou a medida liminar tradicional em uma ferramenta para gerenciar esse processo reconstrutivo.

Isso leva à dedução de que, para além das situações em que o órgão jurisdicional, se investindo de atividade que é do legislador, acaba por criar o direito, nas hipóteses de preencher normas de textura aberta, ou por meio do ativismo judicial, quando busca traduzir e atender aos reclamos sociais, que de outra forma não encontram eco no sistema político, o que é das críticas de diferentes fontes doutrinárias, observa-se que, ainda, por meio do processo estrutural, a função jurisdicional parece ter a tendência de, se substituir à função executiva, quando se propõe a determinar correções coletivas e estruturais, como é o caso determinar a reformulação de políticas públicas, assumindo as ações respectivas e acompanhando sua execução, na forma proposta na decisão, agindo o julgador como se fosse um

---

[57] As quais foram traduzidas para o português por Arthur Ferreira Neto; Hannah Alff e Marco Félix Jobim. Aqui foi consultada obra organizada por Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (ver especificamente p. 25, para a citação feita neste texto).

gestor. Estas situações não correspondem, em princípio, às finalidades do exercício jurisdicional porque, em tese, parecem violar o princípio da separação das funções.

2.4.1 Uma visão estruturalista do direito visando a superação do positivismo

Há ainda outra forma de considerar o estruturalismo vinculado ao direito, de acordo com a teoria proposta por Calixto Salomão Filho, o qual chama a atenção para o fato de que “o direito parece então fundamentalmente um instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes” (2012, p. 534), perquirindo se é este apenas seu destino, propondo uma discussão sobre desde quando e a partir do que ocorreu a “letargia do direito”.

Para Salomão Filho, é preciso retroceder e compreender a grande ruptura entre a moral e o direito, que foi protagonizada por Samuel Pufendorf, como responsável por situá-lo no espaço da racionalidade científica, o separando de qualquer elemento imanente à natureza do homem, de ordem religiosa ou ética, o colocando então num sistema racional (2012, p. 534).

Isso passou a representar o que são os ordenamentos jurídicos ocidentais (codificados), regidos pela racionalidade científica e autointegração, de forma que metodologicamente falando, há um afastamento do direito em relação à interpretação exegética e histórica, e a opção pela demonstração lógica, devido ao racionalismo, e no que diz respeito à auto integração esta “característica leva à crença de que este mesmo método lógico é capaz de resolver todas as situações da vida social”. (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 534)

Foi isso que conduziu o direito para o positivismo dogmático, através do pandectismo na Alemanha, no século XIX. Kelsen não teria feito mais do que dar uma justificativa para a teoria geral, ou seja, uma justificativa para o direito como já praticado e ensinado. E, assim o positivismo daria até hoje o tom para a teoria geral do direito, mostrando-se como uma teoria “estabelecida e dominante”. (2012, p. 535)

Por isso, o fato de se amarrar bem numa lógica racional é que deixa o direito afastado dos seus valores e princípios, e o mal maior é causado por abrir espaço propício a que a organização da sociedade se dê com base no poder (econômico, em especial), sendo deixados de lado os interesses que estão envolvidos (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 535).

Calixto Salomão vê o problema estabelecido neste aspecto, que é o da redução da “capacidade do sistema jurídico de minimamente captar e considerar os interesses sociais envolvidos pelo direito”, posto que, o ponto de equilíbrio não depende e nem é dado, segundo ele, pelo direito, “mas sim pelas relações de poder” (2012, p. 536).

Portanto, independe do quanto de concessão haja no conteúdo das normas para serem efetivados outros cenários nas relações jurídicas, de modo, por exemplo, de se interferir em mudanças reais nas relações sociais, justamente pela falta de “capacidade procedimental” para organizar e reger as relações em sociedade, vez que prevalece sempre o poder, fazendo pender para o que se entenderia ser o direito aplicado, mas que de fato é resultante da atuação dos arranjos dominantes. Dessa forma é que reforça serem poder e direito “mutuamente excludentes como elementos relevantes para a organização social”, e o afastamento do direito dos grandes problemas sociais, inclusive para abrir caminho à atuação impositiva de forças socialmente dominantes, fundamentadas em outras áreas da ciência, como é o caso da economia, só é possível em razão da doutrina positivista (2012, p. 536).

Seria algo como, enquanto ao economista incumbia a tarefa de formular as políticas econômica e legislativa, a do jurista seria apenas uma tarefa de escriba ou no máximo de intérprete dos objetivos fixados pelos economistas (2012, p. 537).

Fácil de ver quando se observa o processo de desenvolvimento histórico, que isso se trata de uma composição indissociável na cadeia evolutiva do capitalismo e da grande concentração de riquezas, domínios, produção, distribuição, algo que já dura um tempo razoável da modernidade, como alguns tópicos deste trabalho se preocupou em elencar, portanto, essa teoria jurídica positivista é a que traduz, e inclusive dá uma justificação para isso, o que foi bem traduzido então por Calixto Salomão ao tratar do estruturalismo jurídico.

O raciocínio positivo é avesso à discussão de interesses, justamente pelo apelo racional, sendo que o jurista foi se afastando dele e passou a não ter condições inclusive de identificá-lo. Mesmo no campo da formação jurídica, quando lembra Calixto Salomão que os alunos dos cursos de direito são preparados para compreender o fenômeno jurídico sob o viés do racionalismo positivista, sem um treinamento que passe por conhecimentos interdisciplinares, como é o caso da sociologia, da política e da própria economia, e que, ainda mais, se não houver um estímulo para criar o desejo e a vontade de interferir na sociedade, no sentido de reorganizá-la, os profissionais formados se tornam meros “exegetas científicos, sem preocupação com efeitos das normas, interpretações ou soluções que propõem” (2012, p. 538).

E o direito quando descolado da percepção sobre o que representam as estruturas sociais, cumpriria seu papel só pelo aspecto compensatório, obedecendo, novamente à lógica racional e positivista, que remete à ideia de compensação, o que ocorre invariavelmente quando se está diante de um problema econômico e social, e, nas palavras exatas de Calixto Salomão, é muito fácil de entender o porquê, na medida em que o direito não se propõe a tratar de estruturas, e sim dos esquemas lógicos e auto integrados. As questões são resolvidas no plano individual, e parece fácil entender o porquê disso, uma vez que a explicação é dada de uma forma simplificada que é apresentada como um clichê: dos direitos objetivos surgem pretensões e os direitos subjetivos de uns perante outros. E, assim, a “justiça na tradição civil do século XIX é fazer com que indivíduos desvantajados no processo de trocas ou na vida civil tenham acesso a compensações” (2012, p. 538).

Isso tudo é posto às claras pelo capitalismo do século XX, aparecendo as injustiças sociais gritantes, os desajustes inaceitáveis, que mostram os desequilíbrios e a necessidade de instrumentos diferentes (ou de uma técnica, ou uma filosofia, ou uma compreensão nova) para se lidar com as questões relativas aos desajustes que ocorrem na convivência social.

Mesmo tendo o capitalismo prejudicado, no século passado, grupos inteiros de pessoas, o direito, ainda assim, não abandonou sua lógica compensatória, nem os profissionais jurídicos, de diversas áreas, incluindo magistratura, ministério público,

advogados públicos e privados, via de regra, mudam sua forma de raciocinar o direito consoante essa base racional positivista. Os direitos sociais, que inclusive têm sua construção legislativa dogmática, também no século passado, como é o caso do direito do trabalho e o direito do consumidor, se constituem num campo que se construiu e foi se consolidando também em torno da ideia de compensação. Não existe a “preocupação com os interesses envolvidos pelas normas e com as formas concretas de protegê-los” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538).

A questão relativa às compensações é que “não são capazes de alterar ou influenciar o funcionamento do sistema econômico”. As pessoas em geral, quer sejam trabalhadores ou consumidores, e principalmente os que se encontram em situação de exclusão social, principalmente em razão da pobreza e sem condições de interferir no processo econômico, embora necessitem das compensações, estas não podem solucionar questões estruturais da sociedade, ainda mais quando há uma realidade econômica dominada pela concentração de poder, com estruturas preparadas para este resultado (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538-539).

Dessa maneira, quando o direito tem uma interferência muito restrita, a regulação se dá pelo poder econômico, que impõe a racionalidade própria da manutenção destas situações desequilibradas, inclusive pela ausência de limitações legais. Por isso que a compensação produz consequências insatisfatórias, quer do ponto de vista das políticas públicas que não são implementadas com auxílio do direito, e sim por decisões judiciais proferidas de forma individual, para este fim exclusivo, de compensar quem não está sendo atendido, e ainda não há interferência do direito na transformação econômica e social, justamente porque há muitas questões concorrentes a serem enfrentadas, que fazem parte do próprio funcionamento do sistema, inclusive o econômico (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 539).

Por este motivo é que ele conclui no sentido de que há “necessidade do direito interferir no funcionamento estrutural econômico da sociedade e não ser mero instrumento de aplicação e positivação de objetivos econômicos predeterminados. O desenvolvimento de uma ideia estruturalista no direito parece então fundamental” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 539).

Há, entretanto, emprego deste termo em mais de uma área de conhecimento científico, como, acontece na economia, e com diferentes enfoques e possibilidades no campo social, o que também se vê com relação ao direito e os respectivos aspectos do estruturalismo considerado em relação a ele. Normalmente pode ser encarado como uma “visão de funcionamento interno do sistema”, o que aproxima esta ótica daquela que é positivista, no sentido de identificar e sopesar as sanções existentes (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 539).

Mas a ideia estruturalista que ele desenvolveu, parte da crítica explícita ao funcionamento positivista do direito, e procura identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico, afastando a possibilidade de aplicação de qualquer raciocínio valorativo na organização da sociedade (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 540).

As estruturas historicamente formadas desestabilizam o sistema jurídico, justamente porque as normas de conduta são determinadas por padrões de poder e não por valores, reforçam o poder e não o direito, se opondo à função valorativa de interesses, que está no fulcro da ideia de organização jurídica das relações sociais (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 540).

Conclui ele que o direito é que precisa criar os instrumentos para influir nas estruturas de relação interpessoal e intersocial, se liberando dos traços positivistas, e dessa força se dispor a pensar estruturalmente as relações sociais e econômicas (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 543).

Isso se daria então pela mudança na forma de interpretar o direito, possibilitando uma identificação dos interesses a serem protegidos pelos princípios e normas, uma vez que

> Declarações de princípios, indefinidas, prestam-se tanto a sua aplicação quanto ao contrário dela. Imagine-se, por exemplo, o princípio da função social do contrato. Já foi interpretado tanto como um desidratado dever de equilíbrio interno ao contrato como de consideração dos interesses externos ao contrato. Sem uma definição dos interesses envolvidos pelo contrato e que devem ser considerados em sua aplicação, a força desse princípio como guia valorativo para regras torna-se muito diminuta. Princípios são, portanto, guias valorativos fundamentais em qualquer sociedade e sistema jurídico, mas devem ser acompanhados de corajosa e clara identificação dos

> interesses envolvidos em sua aplicação, bem como da identificação de instrumentos para a mediação entre esses vários interesses (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 544).

Tais mudanças estruturais não devem se resumir a institutos próprios do direito econômico e empresarial, diz ele, ainda, sendo que o instituto da propriedade também merece estudo e reflexão, diante da realidade de extrema escassez de todo tipo de bens, o que mostra a importância estrutural que tem para o funcionamento do sistema econômico. Deve-se considerar a necessidade ainda, de coutilização de bens, mesmo os de raiz, e por isso a utilização por múltiplos interessados é recomendável, para otimizar os recursos relativos aos bens escassos (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 545).

Tudo recomenda, na linha das considerações feitas, que sejam revisitados de forma criativa institutos que ainda são aplicados da forma clássica, remontando “as sociedades agrárias remotas (como o direito de propriedade) ou dos primórdios da revolução industrial (como as patentes), em que escassez, desigualdades e sobrevivência da espécie pareciam problemas longínquos” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 547).

Essas questões são pauta efetiva para reflexões sobre a maneira como deve ser encarada na quadratura histórica ora vivenciada, a metodologia de composição dos conflitos e mesmo o enfrentamento da criminalidade, uma vez que existem posicionamentos bem fundamentados no sentido de que não estão sendo tratados os problemas na extensão e abrangência correta de sua real conformação, com vistas a soluções minimamente satisfatórias, as quais passam também pela inadequação estrutural do Estado de direito às funções do Welfare State, o que age como fator desencadeante de “uma crise do direito” tendo como consequência uma “crise da razão jurídica”, diante do agravamento da acentuação do caráter seletivo e desigual do Estado social, nas palavras de Ferrajoli (1977, p. 89-90).

Hoje observa-se que há instrumentos processuais e técnicas empregadas que são manifestamente inadequadas, e de fato, tanto no campo da tutela individual, como no da tutela coletiva, mostram-se flagrantemente insuficientes, para um resultado eficiente, efetivo e útil.

Finalmente, no artigo analisado (*Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?*), importante mencionar o que consta de uma nota de rodapé feita pelo autor, salientando que talvez não fosse necessário falar em *novo estruturalismo*, uma vez os estruturalismos clássicos das ciências sociais e da economia não se desenvolveram no campo do direito. Por isso não seria então algo *novo*, e sim a proposição de algo que não existia de forma independente no direito. E diz que o termo *novo* foi utilizado sob a inspiração de Octávio Paz, e como por ele proposto, no sentido de que não se trata de oposição ao velho, mas de algo que "busca responder aos problemas do presente"[58] (2012, p.540).

Concluo para dizer que é assim que devem se processar as coisas, com a necessidade, inclusive, de constante renovação do pensamento crítico, e é fundamental que seja compreendidos os aspectos estruturais dos diversos fenômenos e também da sociedade, e se pensar, que é necessária, inclusive, a reconstrução estrutural do próprio direito, a partir das expectativas de mudanças vindas do meio social, porque é a partir da observação, quanto ao que ocorre na sociedade, com as respectivas determinantes estruturais, que se pode interpretar corretamente o que não se consegue transformar e porque não se atinge este resultado revitalizador de práticas que vão se repetindo por meio de equívocos, para assim, ser possível avaliar e dimensionar a potencialidade de se avançar em termos de propostas cooperativas ou estratégicas, que promovam movimentos inovadores nas práticas ou nas regulações.

2.5 Justiça e direito. Concepções necessárias

O sentimento de realização da Justiça, em qualquer circunstância, é tido por Supiot como um dado antropológico fundamental, da mesma forma que para ele, pode-se dizer que a ordem jurídica cumpre sua função antropológica se, "garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado a preexistência de um mundo já presente,

---

[58] Observar a nota de rodapé, na página indicada, que invoca a conferência dada por Octávio Paz, por ocasião do Prêmio Nobel de 1990: "*La búsqueda del presente*" (Nobel Foudantion, Stockholm, 1990).

que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria" (SUPIOT, 2007, p. 46).

Há quem compreenda ser a justiça um sentimento inato, enquanto para outros, só pode ser algo elaborado, mas que complementa a necessidade advinda do impulso agregador que leva as pessoas a viverem juntas, pois para que exista a harmonia, os seres precisam se valer de uma decisão compartilhada sobre um mesmo sentido para a vida, mas como este sentido não pode ser descoberto cientificamente, é que se criou a dogmática jurídica como opção a partir do contrato social.

Esta é a maneira ocidental de se obter o consenso sobre a melhor forma de conviver, harmonicamente, construindo sentidos para o que configura um ser humano, o império das leis ou a força da palavra dada, e, nem por isso, apesar do acordado e posto em prática, a partir de explicações por muitas teorias ao longo do desenvolvimento histórico até aqui, tem resultado em uma sensação satisfatória. Ao contrário, o terreno é recheado de muitos questionamentos.

Entram nessa conta muitas vertentes diferentes. O peso do sistema formado para dar conta dessa enorme gama de interpretações a respeito dos relacionamentos jurídicos, numa vida cada vez mais complexa, principalmente a partir dos problemas advindos da sociedade de risco, a própria noção mal digerida do capítulo reservado à vingança, na humanidade, as divergências políticas e ideológicas, que acirram opiniões e as dividem, para que se questione frequentemente o uso da violência e da força pelo Estado, cuja métrica é regulada pelo Direito, aplicado pelos órgãos jurisdicionais, mas cuja edição compete a outros órgãos, que também não dão conta de regular tudo, contribuindo para uma legislação de textura aberta, a qual provoca o ativismo jurisdicional que vai, muitas vezes, de encontro às opções políticas veiculadas pela opinião pública[59].

---

[59]Para Rousseau, a opinião pública, constituía a quarta lei na divisão das leis políticas fundamentais, fazendo "a verdadeira constituição do Estado", ao lado dos costumes, mas mais poderosa que eles. E dessa forma, quando enalteceu os costumes e a opinião, teve senso profético, dizendo que eram forças que representavam "uma parte desconhecida aos nossos políticos" (BONAVIDES, 2012, p. 484).
Veio então desde o século XVIII até nossos dias mostrando sua excepcional força reconhecida por governantes, filósofos e cientistas políticos, mas foi muito abalada pelas transformações

2.5.1 Sobre o que é o direito

A palavra *direito* tem mais de um significado. Pode ser um fenômeno social ou um complexo de regras para o controle social ou, ainda, a mensuração da justiça ou injustiça de um ato, dependendo da visão que se tenha em relação ao fenômeno jurídico.

É que há realmente muito esforço para chegar a um conceito que fuja do que comumente se atribui ao termo, o de ser um paradigma de ambiguidade, pela falta de uma compreensão unitária a respeito do que ele é, respondendo a esta pergunta[60] que já foi feita muitas vezes e cujas respostas ainda suscitam pensamentos e ideias de diferentes matizes.

Mas é importante continuar a fazer o questionamento e refletir sobre as respostas já encontradas, pois isso contribui para que as pessoas tenham uma melhor compreensão de quanto é possível avaliar e o que é correto esperar, a respeito da conformação dos comportamentos dos indivíduos, bem como da extensão e dos limites dos atos e obrigações assumidas. E a partir disso concluir se tal parâmetro se encontra em nós, ou fora de nós.

Para os neokantistas ele está em nós, pode ser deduzido pela razão, sendo um conceito *a priori*, que não depende da experiência. De outro lado, os positivistas defendem que este conceito seria obtido de forma indutiva, sempre por meio da experiência jurídica, portanto, *a posteriori*, porque depende daquela.

Mas ainda há céticos que não admitem que se possa fundamentar o direito, e, entretanto, se isso não causa prejuízo no que diz respeito às questões que estão

---

econômicas, políticas e sociais, de lá até aqui, e, principalmente tendo a sociedade de massas, como se configurou no século passado, como um dado novo responsável por variações institucionais profundas, tanto nos Estados de tradição liberal quando nos de tradição autocrática. Viu-se o alvorecer de uma opinião pública que deixou de ser espontânea (ou livre) e racional, para ser artificial e irracional, tanto numa como noutra fase de “politização” (BONAVIDES, 2012, p. 494-495).

[60] Segundo Pérez Luño "existem poucas questões, no âmbito dos estudos jurídicos, que hajam motivado tão amplo e, aparentemente, estéril debate como aquela que faz referência à pergunta *quid ius*(?), que coisa é o direito(?)" (1997, p.27).

afetas ao conhecimento vulgar em relação a atividade jurídica e, portanto, ao direito, dado que este acaba sendo reconhecido por todos, porém, frente aos problemas mais complexos que exigem um raciocínio técnico mais sofisticado, os quais requerem que seja situada a ideia do que é direito, na ordem do saber, bem como o detalhamento de seus elementos essenciais, os quais lhe conferem a distinção em relação àquilo que ele não é, o que acaba requerendo um aprofundamento teórico, que uma noção vulgar é incapaz de dar conta.

Bernardo Gonçalves Fernandes ressalta que Jürgen Habermas teve duas posições a respeito do que é direito, e a primeira era um conceito mais estreito, considerando o direito um meio para se instrumentalizar a economia e a política, como seria o caso, supostamente, do que ocorre com o direito civil, o direito empresarial e o direito econômico, ou como instituição, e, nessa condição, subordinado à moral, permitindo que funcione como um reforço moral por meio de sua natureza coercitiva (como no direito constitucional, no direito penal), contribuindo para a manter a ordem social de forma coesa (2014, p. 83, nota de rodapé 171).

A guinada de Habermas para uma outra conceituação de direito, ocorreu a partir de 1994[61], com a *Teoria da ação comunicativa* (FERNANDES, 2014, p. 84), a que significou o amadurecimento da racionalidade argumentativa, como conceito, inclusive. Por esta teoria a positivação e o formalismo são insuficientes para legitimar o direito moderno, de modo que a fundamentação passa então a ser um elemento que impede que ele se transforme num meio de colonização do mundo da vida, diante do fato de que se apresenta ambíguo para o filósofo e sociólogo alemão, o qual reconhece que, em não sendo mais o direito relacionado a fundamentos metafísicos ou religiosos, só pode se legitimar por meio do agir comunicativo, e sua força integradora então se realiza quando os destinatários das normas jurídicas sintam-se coautores delas, de modo que:

> Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o

[61] Até a concepção habermasiana de Constituição é mais adequada a partir da leitura não apenas de uma das obras, mas sim das obras do alemão, especialmente a primeira edição de *Faktizität und Geltung*, (cuja tradução para o português, poderia ser *Facticidade e validez*) (FERNANDES, 2014, p.83-84).

> direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo de integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas nesse substrato material, produzem por si mesmas a lealdade das massas (Habermas, 1997, v.1, p. 62).

Em Habermas, esse conceito de *mundo da vida* é um tanto complexo e envolve um horizonte de consciência individual e da coletividade em que o indivíduo está inserido. Nessa medida os membros que estão sob o espectro das normas jurídicas, ou seja, do direito, devem supor que são eles próprios, por meio da expressão livre da opinião e vontade política, os que autorizam as regras das quais são destinatários.

Eros Roberto Grau também usando a expressão *mundo da vida,* o faz tendo em vista o mesmo apelo de ter o direito que estar em consonância com o que é real e histórico, dizendo que:

> O fato é que não se interpreta a *norma*, a *norma* é o resultado da interpretação. E, mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do *mundo da vida*. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade (GRAU, 2018, p. 18).

De acordo com Eros Grau “na metáfora de Kelsen, a *moldura da norma* é, diversamente, moldura do *texto*, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do *texto* e moldura da *realidade”* (GRAU, 2018, p. 18). Para Grau, a interpretação é tida como um ato de *prudência*, pois a “decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que *pode*) tomar. Isso em um quadro enorme de complexidade, visto que, cada caso, comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata” (GRAU, 2018, p. 18).

Para Genaro Carrió, a expressão positivismo jurídico tem sido tomada para designar uma variedade muito heterogênea de situações relacionadas com o fenômeno jurídico (1990, p. 321-326), e que: tanto pode o positivismo ser tido como um método que separa direito e moral, como ainda uma ideologia, que defende o dever moral de obediência às normas; ou ainda um conjunto de teses em torno da

natureza do direito positivo, das normas jurídicas, das fontes do direito e da função desempenhada pelos juízes. E, também para designar um conjunto de teses sobre a natureza do direito positivo, das normas jurídicas, das fontes do direito, das propriedades dos ordenamentos jurídicos e da função desempenhada pelos juízes.

A preocupação do positivismo jurídico, principalmente na figura daquele que foi seu grande sistematizador, Hans Kelsen[62], foi a delimitação do campo de abrangência do vocábulo *direito*, separando dele o seu valor.

A *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, por muitas gerações foi a cartilha que explicita o Direito como ele é, mas ele pretendia, muito mais com essa construção teórica, aproximar a ciência do direito com as ciências naturais, ou seja, o seu objetivo era epistemológico, e não relacionado ao dever ser. Para Warat, Kelsen não pretendeu confundir a ciência do direito com o direito positivo, posto que os postulados daquela não são obrigatórios, como é o caso daqueles relativos ao direito positivo, sendo finalidade primordial a de fazer “a elucidação metodológica do pensamento dogmático do Direito”, dentro da ciência dogmática, “conforme o proceder kantiano, de tomar a ciência positiva como ponto inicial de todo empreendimento epistemológico (WARAT, 1983, p.33).

Filósofo do direito, Herbert Hart tem uma obra importante para a teoria do direito, que é *O conceito de direito,* e seu conceito de positivismo poderia ser considerado um positivismo institucionalista, em que o direito é visto como um fato institucional, o que significa a compreensão de que seria possível determinar a existência e o conteúdo de um sistema jurídico sem a necessidade de recorrer a uma ordem valorativa. Por isso que também se dedicou a aclarar a formulação das questões teóricas e práticas quanto às leis que eram moralmente iníquas, apesar de terem sido legisladas de forma correta no aspecto da validade (1994, p.233-234). Nessa medida, o ordenamento constituiria um todo completo, sem lacunas ou incoerências, razão pela qual não teriam os juízes outra função, além daquela de

---

[62] O principal representante do positivismo é Hans Kelsen, segundo o qual, funciona o Direito como um sistema lógico e hierárquico, havendo um escalonamento de normas que se conectam, alcançando, por fim, uma norma fundamental hipotética, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2012)

deduzir, a partir de regras de direito positivo, a adequação dos casos concretos (1994, p. 326).

Quando Hart se preocupava com o significado das expressões utilizadas pelos juristas, ele estava dando relevo ao papel central que tinha para ele a linguagem do direito, em relação à qual ele reconheceu uma textura aberta. E ele fundamenta a existência de uma textura aberta do direito, cujo significado é o fato de que ele é um sistema aberto e autorreferente, mas, como há limites para a linguagem, estes acabam impedindo que o direito seja expressado por enunciados unívocos, com a necessidade do intérprete buscar no mesmo sistema, a complementação de significado daquilo que não está claro.

Portanto, como se depreende, “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”, este limite existente é o que constitui o que é chamado de textura aberta (HART, 1994, p. 139), por isso há certa indeterminação de sentido, não sendo aí possível eliminar a vagueza e a ambiguidade.

E o problema da textura aberta do direito é desenvolvido por Hart, ao reconhecer um poder discricionário dos juízes, de modo que:

> há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, 1994, p. 148).

Apesar de reconhecer este poder discricionário, ele aponta que o direito se vale, para regulamentar condutas, de regras determinadas, as quais não exigem uma apreciação nova de caso a caso. Mas Hart, então admite a função criadora do direito, o que normalmente é visto como uma função de buscar a intenção do legislador, bem como um direito que já é preexistente[63].

---

[63] “Assumindo a impossibilidade de completude do ordenamento jurídico e esta textura aberta do direito, este autor conclui que, mesmo através da interpretação, estes problemas não podem ser superados de forma segura. Isto porque as próprias regras de interpretação são construídas numa linguagem que também pode levar a incertezas. Desta forma, existirão sempre casos juridicamente não regulados ou regulados de forma não conclusiva” (ver em KOZICKI, 2012, p. 19).

O problema decorrente da textura aberta do direito leva a concluir que os sistemas jurídicos desenvolvidos precisam ter compromisso tanto com a edição de regras precisas de comportamento, para maior segurança, e ainda que os tribunais apreciem os casos em suas particularidades, não podendo haver preconcepções dos julgadores. É certo que os momentos podem alternar entre a prevalência da postura formalista, e os de postura jurisdicional mais livre, o que determina que em razão disso, também a discricionariedade dos tribunais, nos momentos mais flexíveis, pode ocorrer, com maior aceitabilidade, inclusive.

Há hábitos e regras sociais. Estas, ao contrário daquilo que se caracteriza apenas como hábito, possuem um aspecto interno e um aspecto externo. No contexto interno, cada participante do grupo precisa aceitar a regra como norma de comportamento, e sua força como padrão geral de comportamento do grupo como um todo. No contexto externo, se avalia a força da norma quanto ao observador que está fora do sistema, e que é indiferente ou que não a admite, mesmo que atue segundo o padrão por ela ordenado. E nessa quadratura não há diferença entre regras sociais e hábitos.

Mas num ponto existe a distinção, e aí é possível demonstrar o contorno da obrigação jurídica, vez que para Hart, a existência do direito, implica na imposição de condutas que estabelecem comportamentos obrigatórios, ou seja, não facultativos (1994, p. 95-96). E então frisa que o direito se caracteriza pelo estabelecimento de obrigações, as quais se constituem por meio das regras, ainda que nem toda regra contenha necessariamente uma obrigação.

Para Hart então restou consignado que “é geralmente reconhecido que a conduta exigida por estas regras pode, enquanto beneficiar outros, estar em conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer” (1994, p. 97). O que quer dizer que uma norma pode não corresponder a exatamente o que uma pessoa deseja fazer naquele momento, mas que tem que fazer.

Isso corresponderia à pressão social que acontece para que ela seja respeitada, e não do fato de que aquele a quem se destina esteja de acordo com ela. Uma eventual aceitação ou não pelos ideais do grupo em que a norma atua, terá sempre um conteúdo ideológico, de estar de acordo com os ideais ali defendidos.

E Ronald Dworkin obtemperou o seguinte em “Levando os direitos a sério”:

> Por que denominamos de “obrigação jurídica” aquilo que o “direito” enuncia? Neste caso, “obrigação” é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais? (2010, p. 23-24)

Dworkin considera aquelas questões que se tornam perplexidades, as quais causam embaraço em algumas situações específicas, e que precisam ser resolvidas de uma ou outra maneira, ponderando o seguinte:

> Suponhamos que um caso inusitado de direito à privacidade chegue ao tribunal e que o autor da ação não invoque nenhuma lei ou jurisprudência. Que papel deveria desempenhar na decisão do tribunal o fato de que a maioria das pessoas da comunidade pense que cada indivíduo tem uma prerrogativa “moral” a essa privacidade particular? Suponhamos que a Suprema Corte ordene a libertação de um prisioneiro porque a polícia utilizou métodos que a partir de agora a Corte declara proibidos constitucionalmente, embora em suas decisões anteriores tenha aceito esses procedimentos. Deve a Corte, para ser consistente, libertar todos os prisioneiros anteriormente condenados com base nos mesmos procedimentos? Perplexidades conceituais sobre “o direito” e a “obrigação jurídica” tornam-se agudas quando um tribunal é confrontado com um problema como esse (2010, p. 24).

A sua conclusão conduz a que, quando analisada num sentido mais amplo, que se combine com outras reflexões necessárias no sentido de os regramentos legais possam ter um mínimo de coerência, com vistas à sua legitimação e justificação, e por isso ele afirma que há uma “doença crônica” e:

> Dia a dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outras pessoas. Mesmo nos casos mais claros (um assalto a banco ou uma quebra voluntária de contrato), quando estamos certos de que alguém tem uma obrigação jurídica e a infringiu, não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que aquilo significa ou por que aquilo autoriza o estado a puni-lo ou coagi-lo. Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente. Em casos menos claros, quando saber se uma obrigação foi infringida é por alguma razão um tema controvertido, a intensidade dessas questões prementes

> aumenta e nossa responsabilidade de encontrar respostas se aprofunda (DWORKIN, 2010, p. 24-25).

É evidente que o positivismo se vale de explicações inconsistentes, as quais resultam numa distinção na atividade judicial, entre uma área que concerne ao direito e outra afeta à discricionariedade, e isso se mostra presente em Dworkin, a partir da constatação que ele faz, no sentido de que os julgadores se comportam segundo um certo modelo.

Apesar daquilo que se extrai de Dworkin, mesmo assim, Hart não viu vantagem em excluir as regras iníquas do sistema jurídico, como são as que não passam no exame da moral, e afirmou que enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, a fim de exercer o domínio sobre outros, as formas do direito serão usadas como seus instrumentos.

Para muitos o que incumbe aos juízes é aplicar a lei de forma estrita, e não procurar aperfeiçoar o direito, que seria apenas uma questão de fato, e os juízes usam da retórica apenas para mascarar decisões ditadas por preferências ideológicas ou de classe, o que leva à reflexão sobre o que concluiu Dworkin ao dizer que “quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável” (1999, p. 13).

Enquanto dizem aqueles que operam com o direito, de forma reservada, que direito é instinto, “que não vem explicitado em uma doutrina” e “só pode ser identificado por meio de técnicas especiais cuja descrição ideal é impressionista, quando não misteriosa”, isso revelaria na verdade uma forma dele ser utilizado nas situações concretas, não havendo respostas certas, mas sim respostas diferentes a difíceis questões jurídicas (DWORKIN, 1999, p. 14).

Eis porque o direito é entendido como um fenômeno social fincado numa prática argumentativa, ou seja:

> Os povos que dispõem de um Direito criam e discutem reivindicações sobre o que o Direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o Direito, e boa parte daquilo que seu Direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. (DWORKIN, 1999, p. 17).

E, diante da pergunta “o que é o direito?”, sua resposta é um testemunho relevante sobre a visão que se deve ter, num tipo diferente de abordagem teórica, para que se compreenda que não é algo esgotado num catálogo de regras ou princípios, com um domínio próprio sobre uma diferente esfera de comportamentos, na medida em que:

> O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, pelo poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (DWORKIN, 1999, p. 492).

Por isso que releva pensar como acentuou Fernandes, na nota de rodapé 172, tendo uma perspectiva de que o direito pode ser responsável por direcionar a solidariedade social para um nível pós-tradicional, pela identificação dos destinatários das normas com os seus coautores (2014, p. 84).

E ele também traz para reflexão Chamon Júnior (*apud* FERNANDES, 2014, p. 84), em *Filosofia do direito na alta modernidade,* que o papel principal desempenhado pelo direito para a integração social está vinculado ao fato de que o risco do dissenso ficou neutralizado, mas “não mais por uma autoridade sacra ou por instituições fortes que mantinham fora do criticável determinados conteúdos axiológicos e deontológicos”. E sua centralidade então se deveria ao fato de que “a validade das normas não pode ser questionada quando de uma pretensão individual orientada ao êxito”.

E a mesma citação prossegue para ainda afirmar que: “O Direito legítimo é coercitivo e essa coercibilidade possível reflete aceitabilidade racional e não-questionabilidade da validade desse fato - cisão entre facticidade e validade”. Mas isso retira o risco de dissenso, mas fica preservada “a própria solidariedade social garantida, em última instância, pela ação comunicativa que, assim, fica aliviada de buscar soluções orientadas ao entendimento”.

Ocorre que, as considerações passam por outras variáveis, posto que no sistema capitalista, devido ao fato de que, o que importa são as relações que decorrem de previsão de calculabilidade e confiança, como por exemplo, saber que os contratos serão respeitados, ou seja, que os lucros, os quais segundo a dicção de Neumann se constituem a *ratio fundamentalis* do ordenamento jurídico, serão mesmo auferidos, sem alto grau de risco, pois disso depende o sucesso dos empreendimentos empresariais, e, portanto, na lei se encontra a mais alta expressão da racionalidade, e a livre concorrência precisa da generalidade da lei e da subordinação do juiz ao direito, daí a separação dos poderes (NEUMANN, 1969, p. 49 e ss.).

E, neste caso, põe-se em relevo o Estado optando pela dogmática jurídica para a formação dos consensos, e assim tendo descoberto sua vocação para atuar no campo econômico, e foi assim, que Eros Grau, cita Habermas, para dizer este “atribui ao Estado o fato deste constituir e preservar, complementar, substituir e compensar o modo de produção capitalista” (GRAU, 2018, p. 15).

Importante compreender que historicamente falando, o fato de estarmos na era pós-industrial, o mecanismo do contrato substitui a tecnologia industrial, como observado por Francesco Galgano (2016, p. 239-250), sendo necessária a interferência de reformas legislativas caso se continue a agir como se nada tivesse mudado, e que tudo estivesse sob controle organizacional do Estado. Mas quando o arranjo promovido pelas leis positivadas está sendo substituído pelo contrato, isso significa uma espécie de organização por conta própria e com base nos princípios e técnicas financeiras, privilegiando o lucro e os negócios, contra os sistemas protetivos, bem como o respeito e o cuidado com os interesses coletivos e sociais, que estão no âmbito do verdadeiro papel que tem que ser desempenhado pelo Estado de direito social.

A chamada *lex mercatoria,* objeto do estudo mencionado de Francesco Galgano*,* justamente não depende e não segue os regulamentos ou a legislação estatal, porque se caracteriza como um direito criado pelos próprios empreendedores, e ainda, assim estabelecida com as características de uma lei universal de mercado. Hoje se identifica uma nova *lex mercatoria* emergente, que é diretamente criada pela classe empresarial, e como a antiga, se destina a manter todo o mercado mundial de maneira uniforme além das fronteiras nacionais (GALGANO, 2016). Tudo isso corresponde a uma estrutura que vem sendo construída, cujas bases de sustentação se valem do respaldo jurídico e também jurisdicional, envolvendo coparticipação dos poderes estatais nacionais, mas não como mediadores visando tutelar o interesse geral, e sim como coadjuvantes das leis do mercado, como se o ordenamento jurídico prestasse um auxílio a este sistema, e não que funcionasse como uma contenção a ele.

Seria então o direito a serviço da preservação daquelas leis que protegem mais a economia, pela sua própria forma de regulação, sendo que cotidianamente "trocamos nossa insegurança por submissão ao poder. E definimos "segurança" pelo seu contrário. Aqui, hoje – sob o chamado *Estado moderno* -, aceitamos o *poder* por conta de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas" (GRAU, 2018, p.15).

E que, portanto, há "áreas reguladas pelo Estado Moderno, com a função de garantia das instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar até a *compensação* das disfunções do processo de acumulação (direito ambiental e direito do consumidor, legitimação, por exemplo)" (GRAU, 2018, p.15).

Segundo Friedrich Müeller isso se deve às ideias positivistas, posto que:

> Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço: da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas. Assim o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os

> princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos "em si" sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de "ser" e "dever ser", não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal [Tatbestand] a uma premissa maior normativa (1999, p. 35-36).

E que ainda, de forma contrária a essa tendência positivista, de outro lado, ainda segundo Müeller, “a substancialização de conceitos jurídicos e partes integrantes de normas de natureza verbal introduz fontes incontroláveis de irracionalismo na práxis jurídica”, na medida em que se difunde a compreensão de que “a norma e o texto da norma são uma só coisa”, o que também tem sido considerado como predominante no método interpretativo no direito constitucional (MÜLLER, 1999, p. 36).

Até aqui, o direito foi objeto de muitas digressões de ordem filosófica, o que se deve também à polissemia da palavra dificultando uma definição objetiva, ampla e abrangente (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 3). Não se pode também deixar de considerar a questão da ambiguidade pelo fato de ter em sua própria constituição, várias implicações e interações sociais e culturais, próprias das relações travadas entre os seres humanos a partir da experiência social, conforme todos os aspectos que foram visitados no primeiro capítulo.

Como o direito nunca é um campo neutro, quer no ponto em que são consideradas as mudanças sociais, ou mesmo, tampouco, quanto às relações com as outras ciências humanas, há necessidade da constante conexão com diferentes áreas, como a psicologia, a filosofia, a antropologia, a economia, a ciência política, o que evitaria o “isolacionismo”, este pregado pelo positivismo (BOBBIO, 2006).

Devido ao fato de que é perseguida sua definição, sem cessar, é que parece então reivindicado o reduto, exclusivo e autônomo do próprio direito, para que no seu âmbito se circunscrevam categorias e conceitos resultantes das interseções com as demais áreas do saber, posto que assim o direito vai, numa ação dialética construindo seu campo epistemológico, em grande medida também responsável por exprimir o conceito de justiça.

2.5.2 Sobre o que é a justiça

Para iniciar, há uma passagem protagonizada pelo juiz Oliver Wendell Holmes, que é retratada por Ronald Dworkin, em *A Justiça de toga*, e de quando aquele era juiz da Suprema Corte americana e deu carona ao jovem Learned Hand. Quando este, tendo saltado e acenado para a carruagem que ia saindo tendo o juiz Holmes no seu interior, gritou: “Faça justiça, juiz!”. Holmes então teria pedido ao condutor que parasse e voltasse, para surpresa do jovem Hand, que ouviu a seguinte frase que foi dita pelo juiz: “Não é esse meu trabalho!”. A carruagem então fez meia volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, nas palavras de Dworkin, supostamente não consistia em fazer justiça (DWORKIN, 2010a, p. 3). Então ficamos aqui pensando que embora seja isso o que, de forma geral se espera da atividade jurisdicional, pelo desejo de uma solução que seja justa, quando se vai pedir a aplicação do direito num caso litigioso, o que se observa, na realidade, é um resultado não satisfatório quanto à expectativa. Só que o sistema continua sendo formado em torno da justiça como atividade formal, e pela atuação de um órgão jurisdicional.

Mas, nem a justiça, como também aqueles que seriam os contornos do que pode ser considerada uma solução justa, são conceitos acabados, sendo que, também do ponto de vista histórico, acabaram tendo diferentes conotações semânticas e interpretações.

Mais de uma teoria se propõe a explicar como uma sociedade pode ser justa e como as pessoas podem ser justas. Mas, permanece o questionamento: o que significa exatamente ser justo, ou encontrar uma solução justa?

O termo justiça remete a uma abstração, não sendo um dado concreto, nem mensurável, e poucas questões no decorrer da história humana tiveram tantos debates.

Essa tarefa contou com mentes luminares, desde filósofos antigos como Sócrates, Platão e Aristóteles. Enquanto Sócrates (470 - 399 a.C.) pensava justiça não como algo isolado e sim existente a partir do ser humano inserido na sociedade, para Platão (427 – 347 a.C.), seguidor de Sócrates, ser justo é estar de acordo com

as leis, já que a justiça consolida a lei, e, portanto, o direito e a justiça teria um liame permanente com a felicidade, no sentido de que ser justo é ser feliz, mas, ainda que tentando definir seu significado, Platão indaga se a justiça é vantajosa (PLATÃO, 2004).

Aristóteles, por sua vez, a vinculou ao caráter do homem, na linha de que este tenha propensão de fazer justiça e desejar o que é justo; a injustiça seria o oposto, isto é, a propensão a se fazer e desejar o que é injusto. Então o justo, também é probo, cumpre a lei, e o injusto não é probo e não considera a lei (ARISTÓTELES, 2010).

A partir da evolução científica, nos séculos XVII e XVIII, veio a ser construída a ideia de justiça social, por meio das ideias precursoras de utilitaristas como John Stuart Mill e Jeremy Bentham, os quais tratam de proposta de bem-estar social e políticas públicas.

Kant, no final do século XVIII afirmou que juristas estariam ainda buscando a própria definição daquilo que era parte do seu próprio ofício: o direito. E mais de um século depois, Hans Kelsen na obra *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência* afirmou que, “talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor” (2001, p. 1). Em seguida, numa análise filosófica, ele citou um trecho bíblico que remete ao sentido da verdade e da justiça, sempre sensíveis à humanidade, e que estavam implicados na ocasião do julgamento de Jesus, quando este, perante o pretor romano, admitiu ser rei e teria dito:

> “Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade.” Ao que Pilatos perguntou: “O que é a verdade?” Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz. Dessa forma, emerge a pergunta de Pilatos – o que é a verdade? –, através do sangue do crucificado, uma outra questão, bem mais veemente, a eterna questão da humanidade: o que é a justiça? (KELSEN, 2001, p. 1).

Quanto à concepção de justiça, o que de fato ela significa, bem como e equidade e o devido processo legal, Dworkin sintetizou da seguinte forma seu entendimento:

> A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules [64] a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneiras distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato (1999, p. 483).

Para uma contribuição antropológica, como há um vínculo ancestral desse sentimento com o espírito humano, suas sensações, seus ímpetos e seus instintos, é que Supiot (2007, p. IX) refere-se ao momento em que se concebe um *homo juridicus*, no sentido de que aspirar a justiça não é algo que está antes da ciência, e sim “um dado antropológico fundamental”, numa ideia do justo como decorrência tanto da condição humana, quanto da ordem social.

Mas diferentemente, Friedrich Nietzsche (1983) trata do conhecimento e da própria noção de justiça como algo que não tem exatamente uma “origem” (*Ursprung*), quer na ordem natural ou num sentimento metafísico inerente à condição humana, sendo fruto de uma “invenção” (*Erfindung*) do conhecimento. Ele não foi um filósofo

---

[64] Dworkin contrapõe o juiz criador quando afirma que sempre há uma resposta correta para os casos jurídicos, informada por princípios, a qual é preexistente à atividade interpretativa do juiz, fundada num “direito jurídico”, que antecede à atividade de um juiz legislador, e que tem que ser alcançado pela atividade interpretativa do juiz. Por isso ele cria um personagem fictício denominado por ele “Hércules” (o juiz Hércules). E ele justifica o nome escolhido na seguinte passagem da obra *O império do direito: “*Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto. Pode permitir que o alcance de sua interpretação se estenda desde os casos imediatamente relevantes até os casos pertencentes ao mesmo campo ou departamento geral do direito, e em seguida desdobrar-se ainda mais, até onde as perspectivas lhe pareçam mais promissoras” *(*1999, p. 294).

do direito propriamente dito, mas suas reflexões sobre a Justiça (e também sobre o Direito) são referências constantes, quando se analisa sua obra.

Aliás, todas os pensamentos e ideias em torno das questões humanas, não podem ficar ao largo das reflexões que devem ser feitas quanto à subjetividade e a intersubjetividade, sendo que é aí que se encontram os valores de justiça. Por isso que vem das grandes tradições filosóficas os substratos que são necessários para orientar os debates sobre assuntos tão delicados e sensíveis como estes, os quais precisam ser focados no estudo do relacionamento humano, porque dizem respeito ao instinto de agregação.

Desse modo é que, na obra de Nietzsche, aparecem estes temas, sobre justiça e direito, tratados de maneira própria e distinta, sendo possível identificar, no mínimo, três formas ou juízos, pelos quais Nietzsche se reporta à justiça, o que não exclui outras categorizações. Vanessa Lemm, no artigo “Nietzsche and Heidegger on Justice”, cita quatro acepções para justiça, que teria retirado da obra de Nietzsche: 1- justiça poética-metafísica ou cósmica; 2 - justiça Histórica; 3 - justiça no sentido distributivo de dar a cada um o que é seu; e 4 - justiça como equilíbrio (2013).

Entretanto, bem de ver que o juízo estimativo do justo, para estes pensadores, não reside exatamente no âmbito do justo que é jurídico, e sim de uma justeza em relação ao juízo, ainda que possam ser relacionados. Esta distinção é necessária pelo papel que tem a justiça para a filosofia do direito.

E que ela tem um sentido peculiar de preocupação para os filósofos do direito, que tratam deste valor no viés tanto da filosofia, quanto da história e da política, buscando também compreender pela via da ciência do direito.

A justiça se apresenta como um ponto de partida e de chegada para o filósofo do direito, e por isso são eles prioritariamente juristas, mas não que façam reflexões diferentes, afora o risco natural de uma visão mais rigorosa, sem deixarem de considerar outras características que estão no panorama da filosofia. Por isso é importante lembrar das lições de Miguel Reale no sentido de que “a filosofia do direito é a filosofia mesma quando pensa o valor da justiça” (2002, p. 10).

Portanto, justiça não precisa ser tida como justo jurídico, nem um dado previamente existente, podendo ser fruto de construção, como algo que é apreendido e que se elabora, sem estar necessariamente impressa na natureza do homem.

E, então, diante de tudo isso, o que é justiça? John Rawls, Habermas, Otfried Höffe, Dworkin, entre outros tantos pensadores da segunda metade do século passado, fizeram a mesma coisa. Isso significa dizer que mesmo depois de uns vinte e cinco séculos de reflexões, não existem respostas prontas, estando sempre sob análise e releitura a questão a justiça, a do comportamento das pessoas e das instituições, em especial, para os juristas e para os profissionais que atuam o direito na prática, os quais também discutem entre si, a justiça da ordem jurídica e a justiça como resultado da atuação jurisdicional.

Para o pensamento moderno, a justiça parece estar estritamente relacionada à convivência, servindo de fundamento de justificação dos agrupamentos humanos organizados mediante regras. As diversas linhas teóricas de filósofos contemporâneos, como é o caso de Rawls, buscaram dar ênfase à justiça das instituições, com foco numa ordem jurídica interna, bem como na supra estatal, que assegurasse o direito e a paz, por meio dos princípios de justiça política.

Mesmo que seja compreendida como algo de significado inato, ou que precise de justificação nas concepções existentes e de alguns consensos, constituindo-se uma construção cultural, ainda assim, a justiça decorreria de um sistema de normas ou de práticas, e sua essência não poderia ser destacada dos diferentes sistemas de acepção construídos ou vivenciados historicamente.

Por isso pode efetivamente não existir propriamente um sentido constante e compartilhado por todos os homens sobre o que é a justiça, como não haveria um princípio de justiça universal, perene, mas sim juízos de valor de compartilhamento coletivo, sobre o que é o justo e o injusto, com interpretações que podem ser de variadas ordens entre os diferentes grupos sociais, conforme a respectiva determinação cultural. Como acentua Henri Lévy-Bruhl (1997, p. 31), “nenhum ato humano é, por si mesmo, inocente ou delituoso”, havendo grande diferenciação entre os povos quanto ao que compreendem ser aquilo que ofende as bases construídas da comunidade e a abalam, merecendo reprovação e satisfação por meio de um

sentimento que produza a sensação de “uma correção corretíssima”, ou seja, um exato encontro de contas.

É uma conjugação em que entram fatores que estão fora do domínio de quem se propõe a “fazer justiça”, porque a justiça não é dada, e nem é um dado concreto, e, no entanto, é, induvidosamente, um sentimento e uma experiência vivenciada.

Nessa perspectiva, então, parece que a ideia de justiça está atrelada ao meio social e cultural, pelo motivo de que só se pode definir algo como justo, quando o que é observado corresponde ou se adapta a uma noção prévia do que significa este justo, e isso tem que ser também compartido numa comunidade. Assim, justiça é a aspiração ao sentido que ela representa, e este sentido é que se consolida como um dado antropológico fundamental.

Não haveria, no aspecto antropológico, uma “justiça”, senão vários “significados” dela, os quais são representados em “discursos” ou “teorias” sobre o justo e o injusto, ora mais contundente, ora menos, e, nessa medida é que teria maior ou menor força.

2.6 Os pressupostos básicos da justiça social

O campo de reflexões relativas à justiça social é antigo, sem dúvida, e passam por ele teorias diversas, de cariz ético, político e jurídico, mas se tornou uma questão de especial interesse no período das revoluções liberais, especificamente na Revolução Francesa, e evoluiu no campo teórico já na segunda metade do século passado, quando, inclusive, John Rawls deu uma contribuição importante com a publicação em 1971 da obra “Uma Teoria da Justiça”, na qual desenvolveu uma concepção de cunho liberal e igualitário sobre a justiça social.

A partir disso, as teorias foram se disseminando, de modo bastante diverso, ou seja, de liberais a libertários, comunitaristas ou neorepublicanos, foram travando debates com a teoria rawlsiana, e com isso, também produzindo elementos para sua evolução.

Dentre os pensadores que participaram desta discussão que rendeu frutos construtivos para o conceito de justiça social, está Amartya Sen, que em 2009 escreveu uma obra fundamental: *A ideia de justiça*.

Segundo Sen, o Iluminismo foi responsável por duas espécies de linhas de argumentação racional sobre a justiça: i) a abordagem do institucionalismo transcendental e ii) a abordagem da comparação focada em realizações (2011, p. 35-37, 46-48).

Este chamado institucionalismo transcendental[65] se concretizaria como um método que se ocupa não dos objetos, mas de como conhecê-los, ou a forma como é possível conhecer ou ter experiência do mundo. Isso quer dizer que se está tratando, no caso do direito, quando há referência a algo que é transcendental, não se trata do que ele realiza nos casos concretos, mas de seus princípios fundamentais.

Não são teorias baseadas na experiência, e sim teorias normativas, do campo do dever ser. Elas têm como base de seu desenvolvimento algo que seja racional, como o contrato social ou a posição original (Hobbes, Rousseau, natureza, Kant, razão e Rawls, princípios da justiça), de modo que (SEN, 2011, p.36):

> Um “contrato social” hipotético, supostamente escolhido, claramente diz respeito a uma alternativa ideal para o caos que de outra forma caracterizaria uma sociedade e os contratos que foram mais discutidos por tais autores lidavam sobretudo com a escolha de instituições. O resultado geral foi o desenvolvimento de teorias da justiça que enfocavam a identificação transcendental das instituições ideais

Portanto o aspecto central são os arranjos institucionais justos para uma sociedade, buscando a conformação do que seria a sociedade perfeitamente justa, sem se ocupar daquilo que poderia identificar o que produz uma injustiça, inclusive comparativamente, ou seja, o que é menos injusto (SEN, 2011, p. 36/37).

A abordagem da comparação feita tendo em vista as realizações, pode ser encontrada na obra de filósofos como Adam Smith, Marquês de Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, Karl Marx e John Stuart Mill, entre vários outros, que

---

[65] Quando se usa o termo transcendental não se faz referência direta a eventos empíricos, mas a certa estrutura que os torna possíveis.

representam então o pensamento inovador dos séculos XVIII e XIX. Suas ideias eram muito diferentes no que diz respeito às exigências da justiça, e o faziam por meio das comparações sociais, o que inclui dizer que “todos estavam envolvidos com comparações entre sociedades que já existiam ou poderiam surgir, em vez de limitarem suas análises e pesquisas transcendentais de uma sociedade perfeitamente justa”. Portanto, uma preocupação com as realizações sociais, tendo como interesse a remoção de injustiças evidentes do mundo em que viviam. Então, a injustiça poderia estar conectada a transgressões de comportamento, pela forma como as pessoas vivem, e não a defeitos institucionais (SEN, 2011, p. 37/38).

Para Amartya Sen, a maioria das teorias da justiça modernas e contemporâneas (por exemplo, aquelas de John Rawls, de Ronald Dworkin, David Gauthier e Robert Nozick) filia-se à abordagem institucional transcendental. Quanto a Rawls, diz ele:

> De fato em seu livro *A theory of justice*, os “princípios de justiça” são definidos inteiramente em relação a instituições perfeitamente justas, embora Rawls também investigue – de forma muito esclarecedora – as normas de comportamento certo em contextos políticos e morais (SEN, 2011, p. 38).

Em relação aos demais, salienta que mesmo por diferentes *insights* que teriam fornecido para referência de uma “sociedade justa”, assim mesmo “compartilham o objetivo de identificar regras ou instituições justas, embora as identificações assumam formas muito distintas”. Portanto, conclui ele, que as teorias da justiça modernas se baseiam nas instituições perfeitamente justas, e sua teoria da justiça filia-se à abordagem da comparação focada em realizações, tendo como objetivo “investigar comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça” (SEN, 2011, p. 39).

Então o ponto de partida de Sen contempla uma dupla divergência, segundo ele próprio argui o motivo de sua opção pela comparação, e assim refuta a abordagem institucional transcendental, a qual busca respostas para a pergunta “o que seriam instituições perfeitamente justas?”. De outro lado, a abordagem comparativa é focada em realizações, na tentativa de responder à pergunta “como a justiça pode ser

promovida?”. Portanto, o foco é nas realizações que ocorrem nas sociedades envolvidas, e não apenas nas instituições e nas regras (SEN, 2011, p. 39).

Os pontos em comum são a dependência da argumentação racional e o apelo às exigências do debate público. E, portanto, representam opções distintas de justiça social, porque há

> uma dicotomia geral – e muito ampla – entre uma visão da justiça *focada em arranjos* e uma compreensão da justiça *focada em realizações.* A primeira linha de pensamento propõe que a justiça seja conceitualizada quanto a certos arranjos organizacionais – algumas instituições, algumas regulamentações, algumas regras comportamentais -, cuja presença ativa indicaria que a justiça está sendo feita (SEN, 2011, p. 40).

Sen põe em questão a necessidade de se considerar o tipo de vida que as pessoas levam de fato, e não apenas o acerto das instituições básicas e das regras gerais que são prescritas, porque além destas regras, perquirindo se não há outras influências, e a forma como os comportamentos reais poderiam afetar a conformação das vidas humanas (SEN, 2011, p. 40).

Rawls faz algumas concessões, de acordo com a análise de Sen, em relação ao reconhecimento de que haverá divergência em relação às concepções políticas de justiça consideradas mais razoáveis. E por isso que ele em *O direito dos povos*, de 1999, já tinha tratado do conceito de razão pública, dizendo que ele é obtido por “uma família de concepções políticas da justiça e não apenas por uma única” (SEN, 2011, p. 41-42).

Rawls desenhou a teoria da justiça como equidade na forma de uma teoria liberal e igualitária, não pela negação da intervenção do Estado na economia (como nas teorias do *laissez-faire*), e sim ao defender a prioridade do justo sobre o bem. Desse modo, nas sociedades em que são identificados conflitos decorrentes da má distribuição dos bens sociais, a concepção pública de justiça só pode ser orientada por princípios de justiça, e não por concepções sobre o bem, por critérios religiosos, culturais ou de tradição. E isso acontece porque o Estado, cujos assuntos são os do domínio público, também deve ter neutralidade, a respeito de assuntos relativos ao que é bom para indivíduos ou para a sociedade.

Na linha da justiça como equidade, de acordo com Rawls, há concordância das pessoas, que aceitam de forma prévia um “princípio de liberdade igual, e sem conhecer seus próprios objetivos específicos”, e assim também concordam em adaptar a própria ideia sobre o bem, ao que os princípios de justiça exigem (RAWLS, 2008, p. 37).

Apesar dessa teoria da justiça rawlsiana considerar as questões sociais e econômicas, porque não há como ser diferente, dadas as condições modernas, o fato é que se trata de uma teoria moral e não uma teoria econômica, e desse modo o que pretende é a regulação da sociedade por meio de uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2008, p. 145/146).

A abordagem transcendental é problemática não só pela possibilidade de haver concorrência entre os princípios para se avaliar a justiça. Mas o fato é que não existe um arranjo social perfeitamente justo, por isso a teoria transcendental é inviável e é também redundante, vez que uma teoria da justiça deve orientar as políticas, as estratégias ou instituições, razão pela qual seriam então dispensáveis os tais arranjos sociais inteiramente justos (SEN, 2011, p. 45-46).

Ele concebe a justiça estabelecida por uma metodologia mais realista, do que os que optam por uma teoria da justiça que se assenta sobre o ideal de uma sociedade perfeitamente justa ou com instituições justas, ele propõe então que se estabeleça uma comparação passível de verificar em que medida injustiças extremas podem ser eliminadas ou combatidas. E assim ele traz um contributo de relevância para reflexões sobre como as injustiças sociais das sociedades contemporâneas, com base num modelo de comparação das realizações sociais e da teoria da escolha social[66] (SEN, 2011, p. 47).

---

[66] As teorias da escolha social remontam à Revolução Francesa. Sem aponta Condorcet e Borda como seus precursores, cuja motivação era evitar a arbitrariedade e a instabilidade nos processos de escolha social. Inicialmente, a teoria da escolha social pautava-se em critérios matemáticos e estatísticos com o fim de investigar métodos de agregação de juízos ou preferências individuais. Em meados do século XX, Kenneth Arrow voltou a trabalhar em uma metodologia para a escolha social com o foco nas dificuldades das decisões coletivas e nas inconsistências que tais decisões podem produzir. Arrow desenvolveu uma forma estruturada e analítica, estabelecendo condições mínimas de razoabilidade que as decisões deveriam preencher para dar origem a ordenações e escolhas sociais apropriadas. Desde então, estudiosos do tema têm buscado um aprimoramento das técnicas de escolha social (cf. SEN, 2011, p. 122-125).

Considera Sen que as teorias da escolha social são mais interessantes do que as teorias institucionais transcendentais no que diz respeito às questões de justiça social, que precisam ser enfrentadas, justamente porque as teorias da escolha social estão interessadas na base racional dos juízos sociais e das decisões públicas na escolha entre alternativas sociais. Desse modo, os resultados do processo da escolha social assumem uma sequência de diferentes estados de coisas a partir de um ponto de vista social, enquanto as teorias institucionais transcendentais buscam uma alternativa suprema dentre as alternativas possíveis (SEN, 2011, p. 126-127).

As capacidades conteriam fatores extremamente relevantes a respeito da justiça social, por estes aspectos relacionais que estariam envolvidos na promoção da justiça social e na distribuição dos bens sociais. As realizações de fato vão muito além do quadro organizacional, incluindo as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver. A liberdade de escolher o que se quer viver pode contribuir muito para o bem-estar, porque a "capacidade de oferecer razões e escolher é um aspecto significativo da vida humana". E mais, que as ações que são escolhidas representam para os relacionamentos a responsabilidade pelo que se faz, posto que, uma "capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilidade que emana dessa capacidade – desse poder – é uma parte da perspectiva das capacidades, e isso pode abrir espaços para demandas do dever (...)" (SEN, 2011, p. 48-49).

Sen sugere que as teorias filosóficas da justiça (teorias do contrato social ou institucionais transcendentais) podem ser complementadas por teorias da escolha social, de forma que não parece rejeitar as teorias filosóficas da justiça, mas sim considerar que elas são incompletas, e que, se fizessem uso de métodos comparativos, poderiam ser mais eficazes na orientação das sociedades para a realização da justiça social.

Uma visão diferente de justiça social, foi buscada em Alain Supiot. Ele que, em 2010 escreveu um ensaio que foi traduzido e publicado no Brasil em dezembro de 2014, com o título *O espírito de Filadélfia - A justiça social diante do mercado tota*l, cuja proposta é de enfrentar a "dogmática ultraliberal que domina as políticas nacionais e internacionais há trinta anos" (2015, p. 9), sendo que, a partir da doutrina desencadeada pelos governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, pôs em curso

o desmonte do estado-providência, propiciando uma renovação da “ordem espontânea do mercado”.

Isso teria sido responsável no âmbito internacional pelo neoconservadorismo e pelo messianismo, sendo que Supiot compara este ultraliberalismo a diferentes tipos de totalitarismo, como o nazista e o stalinista, praticados por governos de direita e, também, de esquerda.

Para Supiot, o direito teria se transformado em *produto,* com risco constante de se pulverizar, mas servindo de veículo para influir sobre valores da sociedade, como, por exemplo, a natureza (meio ambiente) e o trabalho, de modo a convertê-los em mercadorias. E, numa parte do livro é tratado o *darwinismo normativo,* como do *mercado de produtos legislativos,* bem como do *fórum shopping* (SUPIOT, 2015, p. 58-63), de forma que ressalta que o Banco Mundial publica anualmente uma avaliação daqueles direitos nacionais que são considerados os mais eficientes no plano da economia “a fim de ajudar os consumidores do direito a fazerem sua escolha no mercado de normas” (2015, p. 59), pontuando os eventuais *entraves* do direito do trabalho em cada país (2015, p. 60).

A obra relembra um dos textos fundadores da ordem jurídica internacional do pós-guerra: a “Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho - OIT”, que foi então acolhida na Filadélfia, na 26ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 10 de maio de 1944, levando o nome de Declaração de Filadélfia, que se transformou num anexo da Constituição da OIT, adotada em Montreal no ano de 1946.

É significativa a abordagem, como aspecto central, porque rememora justamente o sentido, então preconizado e defendido, pela ordem internacional, de buscar uma justiça social, tendo o artigo II da Declaração eleito como diretriz política para os programas de ação interna e externa dos países, nos seguintes termos:

> a) todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm o direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais; b) a realização das condições que permitem atingir este resultado deve constituir o objetivo central de qualquer política nacional e internacional; c) todos os programas de ação e medidas tomadas no plano nacional e

> internacional, nomeadamente no domínio econômico e financeiro, devem ser apreciados deste ponto de vista e aceites apenas na medida em que pareçam favorecer, e não prejudicar, o cumprimento deste objetivo fundamental.

Diz ele que está expressa a definição de justiça social, e outros cinco traços fundamentais que a complementam, em documentos posteriores, e que

> i) a afirmação explicitamente dogmática de princípios fundamentais que não foram revelados por um texto sagrado, e nem descobertos pela ciência; ii) o reconhecimento do direito como o instrumento que permite aos homens de qualquer país e de qualquer crença extraírem lições da barbárie e construírem juntos uma ordem justa; iii) em razão dos efeitos mortíferos da reificação do homem se preconiza uma concepção da dignidade humana como direito que só pode ser transigido se for reconsiderada toda a ordem jurídica, e que transcende a velha oposição entre matéria e espírito, posto que o corpo e suas necessidades físicas são reconhecidos como elementos da dignidade a que não se pode renunciar, de forma que, pelas palavras de Supiot, a declaração rompe "não só com as ideologias que reduzem o homem a material ou a capital humano, mas também com as precedentes Declarações dos Direitos do Homem que o visualizavam como puro ser de razão"; iv) ainda se retira do texto um novo vínculo entre liberdade e segurança, que leva a recusar tanto os sistemas que desprezam as necessidades de segurança em nome da liberdade, como os que sufocam as liberdades em nome da segurança; e v) finalmente, a declaração impõe uma clara subordinação da ordem econômica à justiça social, e, decorrente disso ele afirma que "na Declaração de Filadélfia, a economia e a finança são os meios a serviço dos homens" (SUPIOT, 2015, p.20-23).

Ocorre que segundo suas conclusões, a globalização econômica conduziu os países para algo exatamente oposto ao que foi pregado pela declaração de Filadélfia, por meio da influência tanto das posições ultraliberais anglo-americanas, como também pela entrada de países comunistas para a economia de mercado (SUPIOT, 2015, p. 27).

Desse modo, o que foi um dos objetivos utilizados para a construção de justiça social, restou substituído pela livre circulação de capitais e de mercadorias (SUPIOT, 2015, p. 23); e assim, "em lugar de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências da finança" tornando os homens "capital humano" para servir a economia (SUPIOT, 2015, p. 23).

Conjugar Amartya Sen e Alain Supiot é extremamente pertinente. O primeiro é ganhador do Prêmio Nobel de economia, em 1998, sendo idealizador do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), e, quando aprofundou assuntos relacionados à economia do bem-estar, estabeleceu novos aportes interdisciplinares para relacioná-los ao desenvolvimento social. O segundo, por sua vez, sempre chamou a atenção para aspectos relacionados à justiça social, que reclamavam aspectos que só poderiam ser atendidos pelo Estado social. Disse ele, em recente entrevista à Revista IHU *on line*- da UNISINOS, que:

> O Estado social, cujas virtudes a favor da atual epidemia redescobrimos, repousa sobre três pilares que foram de fato minados metodicamente por quarenta anos de políticas neoliberais. O primeiro desses pilares é o direito do trabalho, nascido no século XIX com as primeiras leis já destinadas a fazer frente aos efeitos mortais do aumento do capitalismo industrial sobre a saúde física das populações europeias. A exploração ilimitada do trabalho humano acabou ameaçando os recursos físicos da nação, justificando a intervenção do legislador para limitar a duração do trabalho infantil, na França pela lei de 22 de março de 1841, depois das mulheres, com a lei de 02 de novembro de 1892. Desde estas primeiras leis, o direito do trabalho, ao inserir um estatuto protetor em todos os contratos de trabalho, obrigava a levar em consideração, além do tempo curto das trocas no mercado de trabalho, o tempo longo da vida humana e da sucessão das gerações.
>
> O segundo pilar é a Seguridade Social, cuja invenção respondeu à mesma necessidade de proteger a vida humana dos efeitos deletérios de sua submissão à esfera mercantil. A primeira pedra, para isso, foi a adoção em todos os países industrializados de leis (na França, em 1898), que asseguravam a compensação dos acidentes de trabalho. Ao responsabilizar as empresas pelos danos causados por sua atividade econômica, essas leis abriram o caminho para a ideia da solidariedade diante dos riscos da existência. Essa ideia não cessou de se afirmar a partir de então, dando origem aos primeiros seguros sociais, depois à invenção da Seguridade Social. Nos termos (ainda em vigor) do primeiro artigo do Código da Seguridade Social, esta “se baseia no princípio da solidariedade nacional”, o que a distingue da caridade pública (ajuda ou proteção social) e dos seguros privados. Herdeira da tradição mutualista, a marca própria do modelo francês de seguridade social estabelecido em 1945, tem sido sua autonomia do Estado, que é o seu fiador e não o gerente.
>
> Finalmente, o terceiro pilar do Estado social é a noção de serviço público, segundo a qual um certo número de bens e serviços – saúde, educação, correios, energia, transporte... – deve ser disponibilizado a todos os cidadãos em condições de igualdade, continuidade e acessibilidade (SUPIOT, 2020)

Portanto, ambos contribuem com visões e abordagens que são fundamentais para estudos que envolvem, por exemplo, a análise econômica do direito, justamente porque refazem conceitos tradicionais e abrem possibilidades éticas para se analisar a teoria econômica, numa situação de globalização econômica, mercado total, carências sociais, crises globais e conjunturais, tudo decorrente da forma como escolhemos viver, criando riscos, nos expondo a eles, em nome e pelo progresso.

Segundo Sen, o valor maior para a liberdade é abrir viabilidade à *condição de agente*[67], porque isso implica numa possibilidade em que a condição de vida das pessoas possa lhes permitir transcender da esfera da busca pela sobrevivência para obter a emancipação social [68] . Justamente essa *condição de agente*, nas considerações de Sen, é responsável pelo vínculo com a fraternidade, que se apresenta como uma atuação do indivíduo para além do próprio interesse individual.

O princípio da fraternidade em termos de sua aplicação na prática, ainda é algo controverso, mas lembrar tem sido uma constante no direito, o fato é que ocorreu uma prevalência hegemônica da liberdade e da igualdade nas políticas de Estado, o que não aconteceu com regras mais claras, que permitissem aplicabilidade efetiva da fraternidade, dentro daquela ideia comum de uma sociedade mais justa e solidária em relação a todos[69].

---

[67] "A condição de agente é uma característica peculiar na identidade e no agir do ser humano como membro de uma sociedade e responsável pelos seus destinos, o que o qualifica como impulsionador do processo de organização e de desenvolvimento do ambiente onde se encontra. O ordenamento seguro de uma sociedade tem como referencial o critério de avaliação a ação livre das pessoas e a sua capacidade estabelecer e fortalecer as relações que contribuem para a realização pessoal, a integração na dinâmica da sociocultural, assim como lhe dá condições para influenciar ativamente na sua estruturação e no seu desenvolvimento" (ZAMBAM, 2012, p. 66).

[68] Ainda que a compreensão do significado da qualificação agente, para a averiguação qualitativa de uma política pública a ser desenvolvida em alguma área, seja decisivo tanto para a avaliação dos investimentos necessários, quanto para a obtenção dos resultados esperados, o fato é que esta prerrogativa de condição de agente, tem o potencial de reafirmar o valor e a dignidade da pessoa, porque vincula como orientação prioritária do que irá ser feito, o capital humano como ponto de partida, no sentido de que o cidadão tem direitos inalienáveis, os quais o Estado tem o dever de garanti-los por meio de sua ampla estrutura de instituições, recursos, legislação e outras organizações ou acordos.

[69] "A Revolução Francesa partiu de três célebres pressupostos: liberdade, igualdade e fraternidade, todavia a burguesia ascendente logo cuidou de homenagear os dois primeiros signos da trilogia, relegando o terceiro. Com efeito, o indivíduo precisava se afirmar e prosperar, para tanto, a sua vontade e autodeterminação lhe permitiriam a liberdade de contratar e a igualdade formal para a aquisição da propriedade. Assim o Código Civil de 1804 referendou a propriedade e os contratos

Para Baggio (2008, p.15), a fraternidade ficou em segundo plano em face da liberdade e da igualdade na formulação do Estado Liberal, por sua amplitude ou abstração em face dos demais princípios. Ela teria surgido em 1848, na República Revolucionária Francesa, vindo depois a integrar, em 1946, a Constituição Francesa (2008, p. 05).

Supiot também menciona a fraternidade em *Homo Juridicus* (2007, p. 234), para lembrar que não nasceu na Declaração dos Direito do Homem, e se observa que veio a ganhar contornos políticos claros no ano de 2000, com a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, ao contemplar a busca pela equidade, autodeterminação, cultura e ambiente (2007, p. 237-238).

Sua natureza é diversa da liberdade e da igualdade, não se fazendo presente na idealização do Estado liberal, mesmo porque, de acordo com Sen (1999, p. 18), o pai da economia moderna, Adam Smith, teve uma visão simplista do fenômeno econômico, ao reduzi-lo ao comportamento das pessoas com vista a realizar o interesse particular, porque havia outras formas que poderiam levar as pessoas a agirem por algo que estaria além das vantagens individuais, como motivações que não poderiam ser simplesmente excluídas de suas vidas(1999, p. 31-32).

Nesse contexto entraria a fraternidade, situada no espaço das outras motivações de conduta, que é justamente o da “condição de agente”, ao que importa para ao homem, agir por outras influências éticas e sociais, visando como resultado desta ação humana, o bem-estar coletivo.

Na entrevista dada agora em março de 2020, no meio da crise provocada pelo corona vírus, Supiot disse se alegrar quando o Presidente da República da França, Emmanuel Macron, disse em discurso público que: “A saúde gratuita, sem condição de renda, curso ou profissão, e nosso Estado-providência não são custos ou encargos, mas bens preciosos, bens essenciais quando o destino bate à porta”,

---

como valores fundamentais da época liberal, desvinculando o titular de direitos patrimoniais de qualquer dever perante a sociedade que o rodeia. Quando à solidariedade, culminou por ser reduzida a uma noção de caridade ou liberalidade. O indivíduo autônomo poderia, conscientemente, optar pelo dever moral de auxiliar o próximo, em caráter filantrópico. Essa visão de solidariedade como virtude irrompeu o século XX e manteve a sua estatura até a Segunda Grande Guerra Mundial (FARIAS, 2019, p.56)

mostrando uma tomada de consciência. E que, portanto, sua afirmação de que uma nação democrática repousa sobre “mulheres e homens capazes de colocar o interesse coletivo acima de tudo, uma comunidade humana que se apoia em valores: solidariedade e fraternidade”, era de ser subscrita (SUPIOT, 2020).

Além disso, soa como uma homenagem, diz Supiot, a fala de Macron sobre “essas milhares de mulheres e homens admiráveis que não têm outra bússola além dos cuidados, outras preocupações além dos humanos, nosso bem-estar, nossa vida, simplesmente”, justamente porque, seria ainda mais digna a homenagem, segundo complementa Supiot: “todas essas pessoas não sonham em se tornar milionárias e não têm nenhum lugar nas estruturas mentais do neoliberalismo” (SUPIOT, 2020).

Tais sonhos estão certamente envolvidos e são decorrentes, como já tinha salientado Sen, do desejo das pessoas em desfrutar de uma “vida boa”, e aí deve-se direcionar no aspecto de qualquer das políticas, embora ele trate especificamente da política econômica, para o bem-estar (SEN, 1999, p. 57).

Não é diferente o que idealizou Boaventura de Sousa Santos (2000), quando trata do “conhecimento prudente para uma vida decente”. Ambas as expressões mencionadas, tanto “vida boa” quando “vida decente” são substratos para indicar uma vida a ser vivida a partir de um coeficiente existencial de comunhão de interesses, uma vida baseada na ideia da fraternidade, servindo o Estado de um agente ativo para conjugar as circunstâncias que possibilitem sua realização.

Sen menciona Aristóteles, lembrando da obra *Ética a Nicômacos* (2010), porque se preocupa com o tema da ética em relação à economia. A obra se compõe das lições, mediante um conjunto de princípios e regras, que o filósofo grego deixou para o filho Nicômacos, a fim de que regrassem, com base na ética, sua vida adulta. E assim, a regra do “justo meio aristotélico”, segundo Amartya Sen (1999, p.19), uma vez seguida, teria como resultado o fato da vida humana não se guiar para a obtenção de riqueza, e sim no sentido da busca de boa qualidade de vida, pelo maior tempo possível.

Em resumo a equação que conduz ao patamar do espaço social de justa convivência, tem uma conformação específica, que se compõe de elementos diversos,

conjugando-se deveres que são do Estado, vinculados ao seu papel ativo de produtor de liberdades, de igualdade e da condição existencial fraterna, com a disposição de cada integrante do meio social de compartilhar responsabilidades pela construção de um meio social harmônico.

CAPÍTULO III

3 SUJEITO, VIOLÊNCIA E PODER. AS ORIGENS HISTÓRICAS E A AS CORRELAÇÕES DESSES FATORES COM O SISTEMA DE JUSTIÇA.

A finalidade deste capítulo é tratar de aspectos relativos ao sujeito, a violência e ao poder, para adentrar especificamente nos instrumentos penais, bem como das raízes do sistema punitivo e do seu uso para fim de controle das pessoas, a partir de uma visão antropológica e, também, sociológica.

Por isso se buscou elementos para demonstrar a questão relativa ao mecanismo sacrificial, por meio da teoria mimética no que diz respeito à forma de construir e manter os vínculos comunitários, tendo esta teoria um importante papel complementar, dado que ela opera a nível das identidades e da comunidade, quanto a atribuição de culpa, a punição, a violência no meio social, e tudo o que está implicado nesse campo de conexões.

E assim é possível ter elementos para se compreender porque o sacrifício de pessoas é considerado determinante para a evolução humana, havendo relação entre a hominização e a violência sacrificial, estando a teoria mimética centralizada no desejo e na imitação, conforme a estruturação das sociedades arcaicas, o que também se reproduziria nas sociedades atuais. Tal constatação mostra a existência de mecanismos de ordem antropológica, afirmando uma estrutura assentada no desejo, na visão do sacrifício e necessidade de existência de “bodes expiatórios”.

Esse mecanismo de polarização da violência teria um caráter fundador, pois por meio dele a ordem social, antes sob ameaça, é reafirmada, ou afirmada, quando ainda era inexistente; então os membros da comunidade se harmonizam e se consolidam como grupo, de modo que o sistema punitivo existiria para atender a uma lógica sacrificial, expressando o monopólio da vingança pelo Estado.

Além do exercício do poder, a violência estatal, exerce um papel duplo, sendo responsável pela instauração de toda ordenação do direito, pois só ela poderia dar conta de instaurar o direito e também estabelecer o poder, sendo o seu segundo papel, o de manter o direito que foi por ela estabelecido.

Há visões e conceitos relativos à violência que estão situados no âmbito político, ou seja, são os fenômenos da violência que estão no domínio da esfera pública, e por isso são de natureza puramente política.

3.1 O mecanismo sacrificial, a contenção da violência mimética e os vínculos comunitários

Dou início pelo prefácio do tradutor P. Leyris, p. 20 e s., da edição francesa de Billy Budd, de Herman Melville (Paris, Gallimard, 1980), que consta reproduzido por François Ost (2007, p. 103):

> Billy Budd, é o marinheiro de Herman Melville, um curto romance de mar que sugere a ideia da justiça como um mal necessário num mundo marcado pela universal culpabilidade do pecado original. Obrigado a se alistar na marinha de guerra inglesa na época do Diretório e após uma onda de motins que haviam deixado marcas, Billy Budd é injustamente acusado de promover um motim pelo comandante a bordo. Incapaz de se defender verbalmente, o marinheiro desfere um golpe, que acaba sendo mortal, contra o oficial que o acusa. Imediatamente é julgado por um conselho de guerra presidido pelo capitão Vere, todos estão convencidos da inocência do marinheiro, mesmo assim, sua condenação à morte é decidida, pois se trata de não dar à tripulação o menor sinal de fraqueza em tempos de guerra e logo após um período de motins. Ao amanhecer, Billy é enforcado na verga principal. Num primeiro nível, pode-se ler essa fábula como uma crítica feroz contra a justiça militar sumária que, com conhecimento de causa, condena à morte um inocente, levando em conta apenas a lei marcial e a disciplina militar. Mas Melville nos convida a ir além dessa primeira interpretação e nos envolve numa leitura crística do sacrifício do filho (Billy) pelo pai (Vere) como expiação do pecado original que pesa sobre todos, inclusive os inocentes. Como compreender de outro modo as últimas palavras de Billy Budd? “Deus abençoe o capitão Vere!” E Melville acrescentará esta observação: enquanto Billy se elevava, “o oriente impregnava-se de uma doce e gloriosa luz, como numa visão mística do tosão do cordeiro de Deus”.

O estruturalismo é uma forma de abordar o conhecimento compartilhada pela filosofia, antropologia, sociologia, psicologia e linguística, que vê a sociedade e a cultura a partir de estruturas sob as quais nossos costumes, língua, comportamento, organização econômica e social, modo de estar na vida, entre outros aspectos, se baseiam, ou seja, considerando que tudo é construído no ambiente social sobre uma base fundante.

A obra de René Girard, *A violência e o sagrado,* segundo observação feita pelo filósofo Ubaldo Puppi (1974), situa-se entre “a retórica, a ciência e a filosofia”, e que teria ele levantado uma hipótese que, além de original e audaciosa, foi estruturada de forma muito coerente, com base em elementos de constatação e comprovação.

É uma teoria que causou polêmica, dada a força intuitiva, sendo fundamental para mostrar a coerência do processo analítico proposto, eis que, no contexto fundacional, é muito importante sua complementaridade em relação às reflexões que estão sendo feita na pesquisa, no contexto da interação que se opera a nível das identidades e da comunidade, no que diz respeito a temas relevantes para a harmonia e a coesão comunitária, que são a atribuição de culpa, a punição, a violência e tudo o mais que está implicado nesse campo de conexões.

Salienta Puppi que esta teoria se consubstancia como “a mais satisfatória de quantas já vieram à luz”, no alcance fundacional, posto que o “que nela há de mais perturbador é precisamente que, numa época em que a fragmentação do saber é quase uma lei epistemológica, ela explica bem demais o fenômeno unitário e global da cultura” (1974).

Girard foi considerado um estruturalista no sentido mais amplo da palavra, segundo Puppi (1974), e não seguia os modelos formais contemporaneamente clássicos, como não regrediu no tempo, ou isolou as leis de organização estrutural. O modelo teórico que ele produziu, governa toda a prática racional, com base em pressupostos científicos. Propôs uma nova concepção do ser e dos temas que lhe dizem respeito, amparando-se na psicologia do *double bind*[70] em estreita correlação

---

[70] Girard abre *Mentira romântica e verdade romanesca,* lembrando que Dom Quixote declara estar imitando Amadis de Gaula, o que se constitui uma relação de mediação externa, mas se o modelo está próximo, a situação se complica, pois o imitador não quer admitir a imitação; quer ser original, espontâneo, e crer que o outro é um usurpador. O sujeito e o modelo podem brigar pelo objeto de desejo, e nesse caso as definições de sujeito e modelo passam a ser estritamente formais, porque um pode ser modelo do outro e vice-versa. Dom Quixote, por sua vez, nunca passa a ser modelo para Amadis de Gaula. Cristo não passa a querer imitar o cristão. Porém, na relação em que não há distância espiritual, a de mediação interna, quando uma mulher deseja o namorado da amiga, ela passa a desejá-lo mais por causa do desejo da amiga. Ela o desejou porque a amiga o desejou. Quanto mais uma deseja, mais a outro deseja, dificultando saber onde começa a relação, porque o próprio desejo da amiga pelo namorado nasceu quando ela o considerou desejável aos olhos alheios. E é possível complicar a situação por meio da suposição de uma situação em que um casal muito religioso se uniu com base na possibilidade de seguir uma vida pautada por estes valores. Sob esse ponto de vista, o desejo segue a lógica da mediação externa, porque há um ideal

com o teor da hipótese, desenvolvendo uma descrição que poderíamos classificar de fenomenológica, por meio de uma análise existencial,

Essa denominação *double bind* foi tomada de empréstimo por Girard, da obra *Steps Towards an Ecology of Mind* (1972) do psicanalista Gregory Bateson, e para este último, o *double bind,* ou duplo vínculo*,* tem um sentido específico e restrito, significando a situação em que há dois comandos contraditórios emitidos por um superior para um inferior: um pai que manda o filho fazer duas coisas que se cancelam mutuamente, um patrão que dá ao empregado duas ordens que se excluem. Isso é o *double bind,* para Bateson (1972), enquanto para a conceituação de Girard o fundamental é: imite-me, mas não me imite, situando-se na mediação interna.

Este termo *double bind* vem de Hamlet. Quando o rei Claudius deseja rezar, ele admite para si a culpa pelo assassinato do irmão; mas, teria um assassino o direito de rezar? Claudius, dividido entre a culpa e a vontade de rezar, fica paralisado, e diz: ”*a man to double business bound*” (ato III, cena 3), ou seja, “um homem obrigado a duas tarefas”, que, no caso, excluem-se.

Importante então analisar alguns aspectos e pontos centrais dessa teoria de Girard, os quais foram desenvolvidos na obra *A violência e o sagrado*, tendo ele iniciado por explicar a hominização, ou seja, o processo de transformação do homem em ser humano, que teria se dado por meio das características adquiridas quando o homem passou a se distinguir de seus ancestrais[71] por meio dos rituais de sacrifício. Era então uma das formas de sociabilidade primitiva, e, por este motivo a história das

---

espiritualmente distante. No entanto, esse casal religioso pode ter amigos religiosos, e desejar que esses amigos aprovem suas escolhas. Essa relação, de mediação interna, passa a coexistir com a de mediação externa. Mas nenhum cônjuge deseja o adultério, isto é, que o amigo em cujos olhos quer ver a confirmação do desejo pelo outro cônjuge, quer que o amigo efetivamente possua esse outro cônjuge. Ou, em termos mais simples, o marido quer que o amigo considere sua esposa desejável, mas não quer que o amigo possua sua esposa. Se a relação está clara, o marido está agindo como modelo-obstáculo, dizendo ao amigo, ainda que sem palavras: imite-me, mas não me imite. Deseje minha esposa, mas não a possua. É a mesma atitude da criança que leva o brinquedo novo para a escola para mostrar aos amigos: ela quer que os amigos desejem o brinquedo, mas não quer que eles o possuam. Nós mesmos podemos agir como modelos-obstáculos e termos modelos-obstáculos. É só trocar a posição. É só vermos o brinquedo do amiguinho da escola para desejá-lo, ou o namorado da amiga, embora não possamos ter nem o brinquedo, nem o namorado. É por isso que, na mediação interna, o modelo também tende a ser um obstáculo. E é esse comando contraditório emitido pelo modelo, “imite-me, mas não me imite” que no pensamento de René Girard é chamado de *double bind* ou “duplo vínculo”.

[71]As sociedades ancestrais dizem respeito diretamente aos grupos sociais que existiam anteriormente à sociedade atual, e são ancestrais porque vão dar forma ã existência da sociedade atual.

religiões contribui para compor o quadro das relações existentes entre a cultura e as condições antropológicas e biológicas. Desse modo, o sacrifício de seres humanos foi determinante para a evolução, razão pela qual o início da hominização está profundamente relacionado com a violência sacrificial[72].

A teoria mimética por ele formulada está centralizada no desejo e na imitação, conforme sua compreensão de como foram estruturadas as sociedades arcaicas, o que também se reproduziria nas sociedades atuais. Essa constatação mostra a existência de mecanismos de ordem antropológica, afirmando uma estrutura assentada no desejo, na visão do sacrifício e necessidade de existência de "bodes expiatórios". O desejo mimético se fortaleceria na medida em que a coisa disputada se revela fora de alcance; no estágio seguinte a esta contenda, os envolvidos desenvolvem a agressividade, ficando obcecados e com a inteligência obscurecida. A esse ponto, o objeto de desejo, que teria colocado o indivíduo modelo e o imitado em choque, já não é lembrado, e permaneceria a reciprocidade negativa desenvolvida por eles.

Portanto, o mecanismo sacrificial constitui-se como a primeira instituição humana com capacidade de sustentar e preservar a sociedade, de modo a se perpetuar no tempo, enquanto a cultura emergiria a partir do desejo mimético, sendo que o mecanismo do bode expiatório, que é também um mecanismo vitimário, auxiliaria a regular o plano da sociabilidade, solucionando tensões internas da sociedade. O opositor, que é o obstáculo da rivalidade mimética, constitui-se no *escândalo*[73] de seu duplo, aquele que dificulta seu caminho. O revide de um para com

---

[72] "O sagrado se recorta sob o fundo da violência. Mas os homens não adoram a violência enquanto tal: não praticam o "culto da violência" no sentido da cultura contemporânea, adoram a violência enquanto ela lhes confere a única paz de que jamais possam usufruir. Só são capazes de se reconciliar a expensas de um terceiro que, encarnando por transferência coletiva a violência nefasta, será objeto de veneração pelos benefícios que propicia após sua expulsão. É a violência, por isso mesmo sacralizada, que expulsa a violência. Há, pois uma violência ilegítima e uma violência legítima, esta instaurando um espaço de não-violência que possibilita as condições e a vigência da *Polis"* (PUPPI, 1974)

[73] "Quanto mais os rivais se chocam com o obstáculo que se tornaram um ao outro, mais estão obcecados e mais insistem no choque. Para designar o obstáculo do desejo rival, os Evangelhos têm um termo específico: "escândalo", em grego, *skandalon*.
(...)O escândalo é o que acontece com o desejo humano quando o modelo que o inspira se transforma em rival e em obstáculo, pelo próprio fato de que ele o imita: é o modelo/obstáculo do desejo imitativo ou mimético. Melhor do que toda teoria moderna, os textos evangélicos sobre o escândalo explicam a violência humana e o seu extraordinário poder de contágio e de penetração.

o outro, a vingança, faz os homens ingressarem num círculo vicioso no qual a única solução pacífica é a desistência de um dos rivais. A paz é restaurada no plano individual e também no coletivo, e a sociedade, finalmente, vê-se unida em prol de uma causa em comum.

Girard atribui a esse mecanismo de polarização da violência um caráter fundador porque ter entendido e concluído que, por meio dele, a ordem social, antes sob ameaça, é reafirmada, ou afirmada, se ainda inexistente; assim os membros da comunidade se harmonizam e se consolidam como grupo.

Na visão girardiana, a violência ritualizada no sacrifício cumpre o papel de fortalecer os vínculos comunitários, porque a sociedade careceria dessa vítima, careceria de um bode expiatório, para controlar e neutralizar a agressão sempre presente no grupo, na forma de violência latente, em razão do potencial de reprodução mimética, ou seja, de multiplicação da hostilidade, gerando crises que ameaçam dissolver o sentido de comunidade, podendo chegar à guerra de todos contra todos.

Conforme sua reflexão teórica, a violência humana é explicada pelo desejo mimético e também pelo mecanismo do bode expiatório, os quais trariam, para o debate secular, o sacrifício, a vingança e a justiça. Inclusive o fato de que o sistema punitivo atende a uma lógica sacrificial, expressando o monopólio da vingança pelo Estado, decorreria do fato de que este desejo de violência não foi extinto nunca, e tem uma lógica relativamente constante, sendo mais difícil sua contenção do que seu desencadeamento, posto que, quando iniciado se constitui em forma de represálias que não terminam, e se não forem aplacadas a tempo, provocam a destruição da comunidade.

Embora o escândalo nos ameace continuamente, não devemos generalizar na condenação do desejo. À sua natureza imitativa, mimética, não devemos atribuir apenas o pior dos homens, mas também a sua parte melhor, o seu impulso a Deus. Se nós imitarmos Cristo ou os Seus discípulos, nenhuma rivalidade nos ameaça, porque o Filho e o Pai são alheios a todo desejo, a toda vontade de açambarcamento egoísta.
Jesus, no entanto, não tem ilusões sobre o sucesso das suas advertências sobre o escândalo. Prova disso é a famosa frase: "É inevitável que ocorram escândalos" (Mt 18, 7). E, uma vez ocorridos, os escândalos se reproduzem e se intensificam muito rapidamente.
Se não houvesse nada para interromper a sua ascensão, chegaríamos diretamente à destruição de todas as comunidades. O que interrompe a corrida ao abismo, paradoxalmente, são os próprios escândalos.” (Da conferência “Violência e verdade nos Evangelhos e na mitologia”, proferida por René Girard em 07/11/1996, na Universidade Estatal de Milão, trad. de Moisés Sbardelotto, artigo publicado no jornal Avvenire, de 06/11/2015, por ocasião da morte dele.

Segundo ele:

> A expressão “mecanismo mimético” recobre uma sequência muito vasta de fenômenos: ela designa todo o processo, que começa com o desejo mimético, continua pela rivalidade mimética, exaspera-se na crise mimética ou sacrificial e acaba pela resolução do bode expiatório. Para explicar esse percurso é preciso começar de todo o início, quer dizer, com o desejo mimético. Logo de início é preciso distinguir desejo e apetite (GIRARD, 2004, p. 61 s).

Há portanto um processo de imitação numa “tarefa biológica que torna-se desejo pela imitação de um modelo” o que ele caracteriza como um elemento decisivo da sua teoria, no sentido de que, em sendo um “desejo é mimético”, ou seja, “imitativo”, ocorre o seguinte: “o sujeito deseja o objeto possuído ou desejado por seu modelo”, e o processo social de simetria continua, porque o sujeito imita seu modelo, o qual também o imita, e o sujeito torna-se o modelo do modelo, mas como há sempre mais reciprocidade, também há sempre mais conflito. (GIRARD, 2004, p. 62)

Embora seja possível compreender o que quer dizer esse desejo de mimetismo entre os homens, o interessante é o motivo que ele apresentou para explicar por ele acontece, que é o fato de que, na verdade, os homens não querem ser miméticos. E não querem porque existe a necessidade de serem originais em tudo, a diferença surge como uma exigência, no sentido de que, como todos desejam a mesma coisa, sendo iguais nos desejos, a originalidade se manifestaria no que se obtém, isto é, no resultado que teria que mostrar um diferencial.

Para canalizar a violência sobre uma vítima escolhida, não haveria necessidade de uma comprovação ou de verificação, de absolutamente nada, bastando a crença coletiva na escolha do responsável, posto que a convicção aumentaria como uma bola de neve, cada qual deduzindo a sua própria certeza a partir da que é elaborada pelos outros, sob o efeito de uma *mimesis* quase instantânea, e isso é o que Girard chamou de violência mimética. E dessa forma é que a violência se uniformizaria e se espalharia pelo tecido social, posto que é, fundamentalmente, imitada, bem como ela teria potencial de uniformizar os homens em sociedade, de modo a que cada um, no elemento da violência, se tornaria o gêmeo idêntico de seu antagonista.

Portanto, a violência inclui a reciprocidade violenta como crise sacrificial - perda das diferenças ou indiferenciação - e a sua resolução. No clímax da crise, a violência

tende a ser transferida para uma vítima substituta, o que configura um crime coletivo, pelo desejo unânime de violência. (GIRARD, 1990)

Nesse sentido é que uma única vítima pode substituir todas as vítimas potenciais, ou seja, os inimigos precisam ser expulsos do seio comunitário, que são todos os homens que habitam um determinado local. E, para que a suspeita de todos contra todos, seja substituída para que um único seja o escolhido, ocorre a canalização, que se daria, ainda que por meio de presunção, porque a menor suspeita que seja, torna-se rapidamente, neste processo mimético, uma prova irrefutável. Por isso a caça cega ao bode expiatório, uma vez que os homens querem se convencer de que todos os seus males provêm de um único responsável, e assim é que se resolve a crise sacrificial, convergindo toda hostilidade coletiva para um único membro, este que atrai sobre si a violência unânime da comunidade, de modo a restaurar o tecido social e criar a união de todos.

Por este meio os laços sociais de união podem então ser estabelecidos, com base num assassinato sacrificial e fundador - a agressão praticada em comum contra uma vítima, que não clamará a vingança, tem a capacidade de conclamar a violência incontrolável, de modo a repetir-se para a recuperação dos laços comunitários e também da identidade coletiva[74].

De acordo com Girard:

> Em um universo onde o menor conflito pode produzir desastres, como uma pequena hemorragia em um hemofílico, o sacrifício faz convergir as tendências agressivas para vítimas reais ou ideais, animadas ou inanimadas, mas sempre não susceptíveis de serem vingadas, sempre uniformemente neutras e estéreis no plano da vingança. O sacrifício oferece ao apetite de violência, que a vontade ascética não consegue saciar, um alívio, sem dúvida momentâneo, mas indefinidamente renovável, cuja eficácia é tão sobejamente reconhecida que não podemos deixar de levá-la em conta. O sacrifício impede o desenvolvimento dos germes de violência, auxiliando os homens no controle da vingança. Nas sociedades sacrificiais, qualquer situação crítica recebe uma resposta através do sacrifício. Mas algumas destas crises parecem estar publicamente ligadas a ele: as

[74] Para a compreensão de Ubaldo Puppi traduzindo o pensamento de Girard,: “A partir da primeira resolução da crise sacrificial se constitui o sistema sacrificial que repousa sobre uma dupla substituição: "a primeira é fornecida pela violência fundadora que substitui uma vítima única a todos os membros da comunidade; a segunda, só e propriamente ritual, substitui à vítima emissária uma vítima sacrificável". A instituição ritual tira da violência fundadora uma técnica de apaziguamento catártico; catarse menor, deriva da catarse maior do crime coletivo” (1974).

> que ameaçam a unidade da comunidade, traduzindo-se sempre por desavenças e discórdia. Quanto mais aguda for a crise, mais a vítima deve ser ‘preciosa’ (1990, p. 32).

Walter Burkert[75] sugeriu que há fundamentos naturais para os sacrifícios e rituais de salvação, bem como para o conceito de culpa e punição, de modo que o “dualismo culturalista”, insistindo na separação entre natureza e cultura, para só compreender o gênero humano pela cultura, deixando a natureza (biológica) em segundo plano (ou mesmo fora de plano), não seria capaz de dar conta da permanência e da constância, na história do gênero humano, dos fenômenos estruturalmente semelhantes e historicamente recorrentes, mesmo entre povos que não mantiveram contacto entre si, tendo vivido sob condições totalmente diversas e heterogêneas.

Nesse sentido por ser a cultura entendida como sistema social, o qual é simbólico e estruturado, tendo a finalidade de comunicação e interação entre os homens,

> o próprio conceito de natureza humana universal tornou-se alvo de ataque. No que tem sido denominado como “novo dualismo”, a natureza é excluída dos estudos culturais. O ser humano é definido pela cultura, muito para além da sua maneira de ser natural: “não existe nenhuma natureza humana à parte da cultura”. Do mesmo modo, a “humanidade é tão variada na sua essência como na sua expressão” (BURKERT, 2001, p.16).

De outro lado nem a história e nem a antropologia registram o conhecimento de sociedades sem religião. A humanização e a religiosidade[76] estão interligadas como fenômenos, e ocorrem em todas as civilizações humanas, de forma que a religião é uma dessas constantes universais, principalmente nas manifestações mais

---

[75] Walter Burkert que era um historiador das religiões antigas, alemão e professor na Universidade de Zurique, influenciou estudantes de religião por muitos anos, a partir da década de 1960, tendo pesquisado a respeito de cultos arcaicos, sobre o assassinato ritual na religião, além da mitologia e cultos gregos, lecionando na Suíça, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Da mesma forma que Girard, faleceu em 2015, deixando uma publicação importante.

[76] Puppi reproduz Girard ao apontar que: "O sagrado é tudo o que domina o homem tanto mais seguramente quanto o homem se crê mais capaz de dominá-lo". O que está "sob as aparências parcialmente enganosas do sagrado", é "o jogo da violência em seu conjunto". Dissipando as "aparências", Girard denuncia sob o sagrado, "a violência mesma, mas escondida, dos homens, violência posta como exterior ao homem e confundida desde então com todas as outras forças que pesam de fora sobre o homem". E ele conclui então que “entre outras coisas, mas secundariamente, o sagrado é também: as tempestades, os incêndios de floresta, as epidemias, que aterram uma população”. (PUPPI, 1974)

antigas do sagrado e da experiência religiosa. Em assim sendo não há como negar o caráter geral ou biológico destes processos. E ele ainda pontua que há “similaridades básicas em todas as formas de cultura humana, pois em toda parte as pessoas comem, bebem, defecam, trabalham e dormem, desfrutam do sexo e procriam, adoecem e morrem” (BURKERT, 2001, p. 17s).

Burkert era de uma vertente antropológica caracterizada pela inclinação pronunciadamente biológica, no sentido de valorizar o rito sacrificial com base numa raiz biológica que liga o sacrifício, a caça e a alimentação carnívora (a carne como vigorosa fonte de proteínas). Essa seria a fonte de sentido dos rituais encontrados nos mais diversos povos, em todos os quadrantes: as mais variadas modalidades de libação, a incineração ritual de cadáveres, o sepultamento ou deposição de ossos, besuntados com gordura, manteiga ou óleos especiais, em lugares consagrados.

Ele viu relevância antropológica nos atos de perseguir e caçar a presa, matá-la, dividir a carne e comê-la, pois são os atos cuja série determina as divisões fundamentais dos grupos sociais humanos, nos limiares do processo civilizatório: a distribuição de tarefas (divisão de trabalho) entre os gêneros – os machos são os caçadores e guerreiros, as fêmeas cuidam da cria; as assimetrias sociais de mando e obediência, sendo os mais fortes são os responsáveis pela partilha da carne, consumida em comum.

E ainda que:

> A investigação da origem da religião requer uma perspectiva mais geral, para além das civilizações individuais, que deve explicar o longo processo da evolução humana no contexto do processo evolutivo da vida. Este processo foi outrora hipostasiado como Natureza; podemos usá-la ainda como uma metáfora. Neste sentido, a história das religiões implica o problema da religião ‘natural’, a qual se encontra, em última instância, integrada na biologia (BURKERT, 2001, p. 22).

Um ponto de partida para os eventos ameaçadores, ligados a uma esfera de violência insuscetível de dominação pelo poder humano - em geral uma crise de grandes proporções: pestes, secas, inundações, pragas, devastações, ou, para dizê-lo numa palavra, o “mal”. O homem teria um comportamento padrão, religioso, em qualquer catástrofe, o que seria uma constante universal: ele procura sentido a partir de uma relação entre o “mal” e a “culpa” (culpa e causalidade), o que se perfaz em quatro etapas:

> Em primeiro lugar, surge a experiência ameaçadora e inquietante do mal, da desgraça ou da catástrofe. Isso suscita, de imediato, questões como: Porque? Porque agora? Porque conosco? Isso conduz a uma segunda etapa, a intervenção de um mediador especial que reivindica possuir conhecimentos sobre-humanos: um vidente, um sacerdote ou um intérprete de sonhos. A terceira etapa é o diagnóstico. A causa do mal deve ser definida e localizada, normalmente através do estabelecimento da culpa e da identificação do erro cometido, do responsável pelo mesmo e da altura em que foi praticado, se recentemente ou há muito tempo. Conhecer a causa é encontrar o caminho para a salvação. Em quarto lugar, decorrem os actos apropriados de expiação, medidas simultaneamente rituais e práticas, com vistas à libertação do mal e à obtenção da salvação. Incluem normalmente cerimônias religiosas, mas não excluem procedimentos de carácter racional (BURKERT, 2001, p. 142).

Partiu de uma compreensão naturalista do fenômeno religioso, por meio de explicações de cunho biológico e tendo a genética como horizonte explicativo, de modo a integrar um conjunto de análises da religião, as quais não são comuns em boa parte da produção das ciências sociais e da história hoje em dia. Entendeu que há predisposição genética para a religião, além de observar a influência da sociobiologia e das explicações darwinianas, como um esclarecimento natural para o surgimento da religião. Nessa sua obra que aqui está sendo citada, cuja primeira publicação é de 1990, ele claramente acenou neste sentido, inclusive como expressa o subtítulo: *Vestígios biológicos nas antigas religiões*. Por isso se perguntou sobre os elementos constantes e idênticos que foram assinalados por Émile Durkheim, no que concerne às religiões dos povos primitivos, e que não se situavam no campo dos processos naturais, aproximando-os da biologia, para, segundo suas próprias palavras, explorar a realidade dos organismos vivos, "desde as moléculas auto reprodutoras à consciência humana" (BURKERT, 2001, p. 14). Portanto, refutou uma análise apenas cultural, e simbólica, em relação à religião e a cultura, e sustentou que os genes fazem "recomendações" importantes no sentido de serem criados padrões culturais.

O homem, como também o animal, na sua visão trariam uma programação genética para preservar a vida em situação de perigo. E o medo instintivo é que faria o bloqueio, para não haver exposições às situações de risco, como algo anterior a qualquer reflexão e tentativa de exteriorização humana em significados compartilhados. Este medo está presente na mensagem genética que preserva a vida: "A ansiedade, o medo e o terror não são apenas emoções livres, induzidas pela

fantasia psicológica. Possuem evidentes funções biológicas na proteção da vida" (BURKERT, 2001, p. 44).

Para ele, o medo e o pavor do predador é que faz com que algumas aves percam suas penas ao serem abocanhadas, deixando o agressor com a boca cheia de plumagem. É também o medo que faz com que a raposa arranque sua pata para salvar-se, quando a tem presa numa armadilha. E este medo ancestral, geneticamente transmitido e que nos aproxima do mundo animal, é que Burkert viu como o fundamento do comportamento religioso. A função biológica do medo, capaz de preservar a vida, está na raiz até mesmo das formas mais elaboradas de explicações religiosas, como nas diversas teodiceias[77], com as quais os homens tentaram enxergar explicações divinas para o mal:

> Para proteger a vida mental do desespero e da depressão, que são realmente letais, devem existir forças contrárias, otimismo, fé ou "ópio". Esta poderá ser a necessidade última da partilha de mundos fictícios que empregam a seriedade e, mais do que isso, o terror, para contrariar os medos mundanos com o medo de uma hierarquia que se eleva até ao absoluto. "O maior medo é o medo de deus", afirmou Ésquilo (BURKERT, 2001, p. 46).

Há várias explicações e respostas a respeito da existência do mal no mundo, esta questão é relativa à teodiceia e as várias perspectivas que se tem sobre o assunto. Realmente a coexistência do mal e de um deus bondoso é, sem dúvida, um dos maiores problemas o campo filosófico e teológico.

E, isso analisado nessa linha, remete ao campo das teodiceias, e por essa razão se chega a John Hick (1966, p. 326), que desenvolveu um raciocínio baseado em Ireneu de Lião, que vê o mundo construído como um desafio criado por Deus, para que o homem pudesse buscar seu crescimento moral. Destacou ele, a diferença epistêmica entre Deus e o homem, e que o contato entre ambos não seria próximo

---

[77] Os filósofos teístas reagem aos vários argumentos a partir do mal que são construídos pelos ateístas. Enquanto, por exemplo, a célebre defesa do livre-arbítrio de Plantinga (1974, p. 164-195) é uma tentativa, tanto consensual quanto também bem-sucedida, na tarefa de refutar o argumento lógico do mal, a famosa argumentação de Wykstra (1984), geralmente chamada de teísmo cético, em defesa do CORNEA – abreviação de Condition Of ReasoNable Epistemic Access (condição de acesso epistêmico razoável) – como é uma ação intentada contra uma versão de argumento evidencial a partir do mal proposta por Rowe (1979).

para que a liberdade fosse preservada. E, então, Deus não está visível para que pudesse ser livremente escolhido.

Já a teodiceia de Agostinho, também analisada por Hick, tem como base algo que ele não considera plausível, pelo fato de estar baseada no mito da queda primordial, como algo catastrófico para a humanidade, a qual, de um estado original de bondade, viu o mal originando-se da desobediência dos primeiros homens, e, portanto, no uso inadequado da liberdade em um momento pré-histórico, restando Deus absolvido por Agostinho, da culpa do mal, deslocada assim para o abuso da liberdade por parte do ser humano.

Como não existe um consenso razoável para se concluir, em definitivo, a respeito de qual é o melhor raciocínio, que explica e justifica o processo de atribuições de culpa sobre o mal na sociedade, é que se continua filosofando e teorizando sobre hipóteses e alternativas. Mas, em relação ao sempre brutal darwinismo social[78], baseado no individualismo capaz de afirmar os mais aptos e extirpar os mais fracos, respondeu Burkert com uma visão ainda mais determinista: estamos completamente presos a uma corrente genética capaz de propiciar esta relação, até mesmo com os significados que exteriorizamos, para nos mover no mundo e em nossas crenças, e mesmo assim, isso não é suficiente para tornar a realidade menos perversa.

Para Girard os meios engendrados para a proteção de cada um, em relação à vingança interminável, poderiam ter entre si alguma proximidade, podendo ser agrupados em três categorias: “1) os meios preventivos, que podem ser todos

---

[78] O que Darwin concluiu acabou se propagando para além do campo das ciências biológicas. Pensadores sociais começaram a transferir os conceitos de evolução e adaptação para a compreensão das civilizações e demais práticas sociais. É o que se chama de “darwinismo social”, que teria nascido e se desenvolvido com base na ideia de que algumas sociedades e civilizações eram dotadas de valores que as colocavam em condição superior às outras.
Na prática, essa afirmativa acaba sugerindo que a cultura e a tecnologia dos europeus eram provas vivas de que seus integrantes ocupavam o topo da civilização e da evolução humana. Ao contrário, povos de regiões como África e Ásia não compartilhavam das mesmas capacidades e, por tal razão, estariam em uma situação inferior ou mais próxima das sociedades primitivas. Isso propiciou o neocolonialismo no espaço afro-asiático, e esta ocupação se deu como benfeitoria, a oportunidade de tirar sociedades de seu estado “primitivo”. Inspirando os movimentos nacionalista, que elaboraram justificativas que conferiam a superioridade de um povo ou nação sobre outro.
De fato, o darwinismo social criou métodos de compreensão da cultura, impregnados de equívocos e preconceitos. Na verdade, ao falar de evolução, Darwin não trabalhava com uma teoria vinculada ao choque binário entre superioridade e inferioridade. Sendo uma experiência dinâmica, a evolução darwiniana acreditava que as características que determinavam a “superioridade” de uma espécie poderiam não ter serventia alguma em outros ambientes prováveis.

definidos como desvios sacrificiais do espírito de vingança; 2) as regulações e entraves à vingança, tais como as composições, os duelos judiciários, etc., cuja ação curativa é ainda precária; 3) o sistema judiciário, dotado de uma incomparável eficácia curativa" (GIRARD, 1990, p. 34s).

E ainda que:

> Esses meios possuem uma ordem crescente de eficácia. A passagem do preventivo ao curativo corresponde a uma história real, pelo menos no mundo ocidental. Os primeiros meios curativos são, em todos os sentidos, os intermediários entre um estado, puramente religioso e a extrema eficácia do sistema judiciário. Eles próprios apresentam um caráter ritual e são frequentemente associados ao sacrifício. Atualmente, julgamos rudimentares os procedimentos curativos das sociedades primitivas, pois eles representariam 'ensaios' para o sistema judiciário, com um objetivo pragmático bem visível: não é o culpado que mais interessa, mas as vítimas não vingadas; é delas que vem o perigo mais imediato (GIRARD, 1990, p. 35).

Como em sua teoria a morte do bode expiatório intervém para resolver uma crise da sociedade, e ele busca descobrir os sintomas dessa crise mimética, partindo de sua familiaridade com a Bíblia, tendo retirado dela os elementos reveladores do mecanismo do bode expiatório. Ele pontuou sobre a necessidade de se oferecer às vítimas uma satisfação rigorosamente avaliada, que neutralizasse o desejo de vingança, para que não aparecesse em outro lugar, de forma que:

> Não se trata de legislar sobre o bem ou o mal, nem de fazer respeitar uma justiça abstrata, mas de preservar a segurança do grupo eliminando a vingança, de preferência através de uma reconciliação fundada em um compromisso ou, caso esta reconciliação seja impossível, através de um confronto armado, organizado de forma a impedir a propagação da violência - este confronto deverá ocorrer em campo fechado, segundo regras e entre adversários bem determinados. Deverá se dar de uma vez por todas (GIRARD, 1990, p. 35).

Isso tudo é devido, inclusive do ponto de vista da economia liberal, a um aumento do desejo mimético que, como mostrou Girard, é a fonte da violência social, na medida em que há esta tendência a desejar determinado objeto não devido ao seu valor de uso, como era entendido pela teoria econômica clássica, e sim porque outros possuem o mesmo objeto. Por isso, quando todo mundo deseja morar no mesmo bairro de uma cidade, isso gera inevitavelmente exclusão, pois há os que ficam de fora.

O modelo de René Girard para enfrentar o problema da hominização é algo provável, na medida em que a filosofia sempre desejou refletir sobre este momento da passagem do animal ao homem, e tomou em grande parte como paradigma o problema do contrato e do acordo racional, ainda que todos os filósofos (como Rousseau, Hobbes ou mesmo Spinoza) tivessem concluído ser o contrato uma ficção. Entretanto, o contrato supõe resolvido o problema que ele pretende resolver, porque parte do princípio correto de que, no mínimo, para que se sentar à mesa e decidir pelo acordo inicial, já é preciso ter dado um primeiro passo de renúncia à violência.

Há uma corrente dos que rejeitam pensar que a paz possa provir do diálogo, uma vez que para entrar em diálogo com alguém, é preciso já ter renunciado ao desejo de eliminá-lo. Quando se entra no *logos*, não se faz isso buscando construir a ética, pois as relações mediadas pressupõem uma postura ética mínima e primária.

Entre os homens vê-se que a força não permite estruturar a comunidade, o que se dá pela técnica ou pelas alianças, e o homem mais fraco pode sempre matar o mais forte, como compreendeu Hobbes (no Leviatã). Ninguém é suficientemente forte para sustentar, de modo suficiente, seu poder físico por muito tempo e é preciso, então, que a violência se resolva por outros caminhos.

Para Girard:

> Na verdade, nosso sistema parece mais racional por se conformar mais estritamente ao princípio da vingança. A insistência no castigo do culpado não tem outro sentido. Ao invés de tentar, como todos os procedimentos propriamente religiosos, impedir a vingança, moderá-la, eludí-la ou desviá-la para um objetivo secundário, o sistema judiciário racionaliza a vingança, conseguindo dominá-la e limitá-la a seu bel prazer. Ele a manipula sem perigo, transformando-a em uma técnica extremamente eficaz de cura e, secundariamente, de prevenção da violência (GIRARD, 1990, p. 35).

Há um deslocamento, uma mudança, no sentido de que todo mundo canaliza (ou seja, desloca) seu ódio sobre um só indivíduo à margem da sociedade, e sua morte acaba por absorver a violência interior de todos, e assim, resgata o grupo pela criação de um inimigo comum. Este homicídio fundador serve de modelo que será

necessário para os sacrifícios que vão se repetir, sempre que a violência ou a discórdia ameaçarem o grupo[79]

E como conclui Girard “o sistema judiciário e o sacrifício têm em comum portanto a mesma função, mas o sistema judiciário é infinitamente mais eficaz”[80], que só existe quando “associados a um poder político realmente forte”; mas serve ao mesmo tempo para oprimir tanto quanto para liberar. Os primitivos tinham com relação a ele um olhar bem objetivo, diferente do nosso. Se sua função for visível, algo não está adequado, e complementou ele no sentido de que, nesse sentido, “qualquer compreensão é crítica: coincide com uma crise do sistema, com uma ameaça de desintegração (1990, p. 37).

Dessa forma:

> Por mais imponente que seja, o aparelho que dissimula a identidade real entre a violência ilegal e a violência legal sempre acaba por perder seu verniz, por se fender e finalmente por desmoronar. A verdade subjacente aflora e a reciprocidade das represálias ressurge, não apenas de forma teórica, como uma verdade puramente intelectual que se mostraria aos eruditos, mas como uma realidade sinistra, um círculo vicioso do qual se pensava ter escapado, e que reafirma seu poder. (GIRARD, 1990, p. 37).

Os procedimentos que servem para moderar a violência dos homens não são estranhos à violência e são muito parecidos, talvez por terem a mesma raiz religiosa, o que também se aplica aos modos de prevenção, posto que “mesmo os procedimentos curativos estão impregnados de religioso, tanto em sua forma rudimentar, que quase sempre é acompanhada de ritos sacrificiais, quando na forma judiciária”, ou seja:

> Num sentido amplo, o religioso coincide certamente com essa obscuridade que envolve em definitivo todos os recursos do homem contra sua própria violência, sejam eles preventivos ou curativos, com o obscurecimento que ganha o sistema judiciário quando este substitui o sacrifício. Esta obscuridade não é senão a transcendência efetiva da violência santa, legal, legítima, face à imanência da violência culpada e ilegal (GIRARD, 1990, p. 37s).

---

[79] Nesse sentido, Girard tem razão em dizer que, se os símios, em vez de se atirarem galhos, imediatamente se lançassem pedras, a ordem do reino animal seria totalmente subvertida.

[80] Para René Girard a sociedade atribui ao poder judiciário a função de “vingador legítimo”, o qual transforma a ameaça de vingança em uma espécie de “represália única, cujo exercício é confiado a uma autoridade soberana e especializada em seu domínio”. (GIRARD, 1990)

Portanto, há um vínculo antropológico entre o princípio da vingança e o princípio da justiça, como entre a verdade dos deuses e a verdade dos sistemas judiciários, ou seja, há uma teologia subterrânea e uma transcendência, mas ainda que possa prevalecer uma pretensa situação de ignorância em relação à violência fundadora cuja configuração religiosa é o “sagrado”, de forma a assumir uma forma evoluída e “racional”, nos modernos sistemas de justiça isso é assim, menos pelo afastamento do religioso e das formas sacrificiais, e muito mais porque a ideia de sacrifício permanece no âmago destes sistemas “ao menos no que se refere ao essencial”, como adverte René Girard (1990, p. 38).

Eis o motivo pelo qual, nos sistemas judiciais de hoje permaneceria o resíduo arcaico da violência sagrada, bem como a necessidade da vítima expiatória, para que isso atue como possibilidade da paz e unidade social; seria um emprego legítimo da violência “sagrada”, considerada algo distinto de sua ocorrência comum, constituindo um monopólico oficial e estatal da violência, mas exercido “para fins não violentos, visando a eliminação da violência”: uma violência santa (ou santificada)[81] contra aquela que deve ser proscrita, e que precisa ser expiada.

E ela significa o legado fundamental da transição para o *homo sapiens,* como uma substituição da ferocidade ancestral, com a qual não se soube lidar, por isso que, no momento em que não havia mais aquele espaço metafísico dos deuses antigos, foi necessário encontrar uma outra forma de se valer de uma vítima sacrificial.

Portanto, há um papel jus filosófico que tem que ser desempenhado hoje, agindo sobre o que está, ainda que inconscientemente relacionado à produção de algo que não é mais do que essa espécie de “violência sangrenta” dos nossos rituais

---

[81] “O processo de sacralização passa por dois momentos opostos e sucessivos. Ao primeiro momento, encarnação de uma violência exclusivamente maléfica, segue-se imediatamente o outro, ativamente benéfico. A violência unânime, com efeito, tem um caráter fundador. O presumido culpado é tido então por responsável dessa fundação. Por isso mesmo é fasto e objetivo de veneração pública após ter sido expulso como monstro nefasto. Isolados pela interpretação, na divindade esses dois momentos são telescopados e justapostos. O sagrado é pois o absoluto da violência; une em si todos os contrários, não porque defira da violência, mas porque a violência parece diferir de si própria: ora refaz a unanimidade em torno dela, ora destrói o que tinha edificado. Os deuses encarnam a violência, exterior e transcendente quando a ordem reina, imanente de novo quando a má-reciprocidade reaparece na comunidade: maus no interior da comunidade, tornam-se de novo bons quando expulsos. Quando os homens negligenciam os ritos e transgridem as interdições, provocam, literalmente, a violência transcendente a voltar. E toda visitação divina será vingadora (,,,)”. (PUPPI, 1974)

jurídicos, posto que neles há muito conteúdo de busca permanente de uma situação de pretensa segurança, que era obtida pela crença na proteção dada pelas divindades, numa atual variação que corresponde à sacralização ética e jurídica da vida, como valor universal, na medida em que, quando são considerados alguns direitos, como “sagrados e intocáveis”, neles permanecem ativa a nostalgia ritualística dos dispositivos sacrificiais.

Para René Girard os atuais “debates grandiloquentes sobre a morte de Deus e do homem nada têm de radical; continuam sendo teológicos, e consequentemente, num sentido amplo, sacrificiais” (GIRARD, 1990, p. 38). Nessa medida servem só para dissimular a vingança, agora complemente concreta, cujo conteúdo é filosófico, uma vez que se transfigura num processo interminável que pesa sobre os homens após não terem mais a certeza de uma proteção divina, procurando obtê-la por meio dos mesmos mecanismos.

O que ocorre é que sem a transcendência de qualquer ordem, incluindo a religiosa, ou ainda a humanista, que possa definir uma violência legítima, o que resta não é uma discussão sobre o que é ou não é legítimo, e sim o conteúdo do que cada um acha que deve acontecer, sem qualquer elemento agregador de uma possível condição divinal. Isso compromete o resultado de enganar duravelmente a violência, pois só não ocorreria diante de uma transcendência qualquer, que faça acreditar na existência de uma diferença entre o sacrifício e a vingança, ou entre o sistema judiciário e a vingança (GIRARD, 1990, p. 38).

Burkert não se limitou a sugerir a existência de uma herança comum ou de uma influência literária entre povos e tempos diferentes e inclusive heterogêneos, e teve a pretensão de constatar a validade antropológica de um padrão universal. Isso quer dizer, o fato de identificar, definir e circunscrever a causa do mal, como acontece num julgamento que estabelece o culpado e aponta o erro cometido, indicando um responsável e apontando o tempo preciso em que ocorreu. Depois do rito do processo, a ação que se dá, na sequência, é solucionar o problema pela única forma compreendida como a salvação possível.

Isso não estaria então vinculado às condições biológicas do homem, mas o surgimento e a fixação com eventuais efeitos sobre o patrimônio genético da espécie humana poderiam estar relacionados à necessidade de estabilização do homem por

meio das instituições da cultura, no atendimento de uma lógica de causalidade a partir da violência disciplinadora, e seu potencial de domesticar.

Os vínculos entre violência e sagrado se explicitam na forma do rito sacrificial. O nexo entre o pensamento causal e as formas jurídicas é observado na imputação e seus desdobramentos. O juízo de imputação pressupõe a causalidade da vontade, como condição da responsabilidade. Esse complexo remete à instituição do *sacrificium*, da violência sacrificial, tanto na versão girardiana do bode expiatório, quanto na interpretação bioantropológica feita por Burkert, provenientes da mesma linha de raciocínio.

De acordo com a leitura e as explicações do filósofo Ubaldo Puppi (1974), a tragédia que é celebrada perante a comunidade se relaciona com rito sacrificial, porque ela toma o lugar deste, quando de seu declínio, e, assim, no lugar de "um templo e de um altar sobre o qual será realmente imolada uma vítima, tem-se agora um teatro e um palco sobre o qual o destino dessa vítima (o *catharma*) purgará os espectadores de suas paixões e provocará uma nova *catharsis* individual e coletiva". E assim é que a tragédia grega representaria a transição entre uma ordem religiosa arcaica e uma mais moderna, estatal e judiciária, que veio sucedê-la.

Segundo Puppi é “uma leitura trágica do mito e reprodução dessacralizada do rito” e a tragédia que mostra sua fonte religiosa, como um problema que se constitui numa religiosidade primitiva e de todas as formas culturais, com base nos mitos e nos ritos. Girard inclusive orientou no sentido de que a “gênese, função e estrutura" devem ser procuradas, já que não há modelos definidos, bem como não seria necessário postular uma forma qualquer de inconsciente, seja individual, seja coletivo.

A presença do religioso na origem de todas as sociedades humanas é algo que não se questiona e que é um fato essencial de formação. De todas as instituições sociais, o fator religiosidade se compõe no único ao qual não conseguiu dar, do ponto de vista científico, uma função verdadeira e um objeto real. Por isso que Puppi salienta a originalidade de Girard, quando afirma que o religioso tem o mecanismo da vítima emissária por objeto, e sua função é a de perpetuar ou renovar os efeitos dele, quando mantém a violência fora da comunidade.

Freud, em *Totem e Tabu* (1996) já tinha percebido como o sacrifício tem um lugar tão destacado na comemoração ritual, porque o acontecimento original é

normalmente a destinação de uma vítima emissária à morte, como uma exigência. O que não quer dizer que a imolação tenha tido lugar numa espécie de pré-história, mas este acontecimento teria que ser visto com cautela numa perspectiva comparativa, na medida em que nunca teria sido descoberto.

Na perspectiva psicanalítica, segundo Freud, em "Esboço de Psicanálise" (1938/2019), as pulsões são a causa última de toda a atividade, dando relevo ao sentido de princípio geral do vivo, força genérica, indeterminada e impessoal, e seriam duas as pulsões identificáveis: Eros (ou pulsão de vida) e Thanatos (ou pulsão de morte). E assim sua ação eficaz, conjunta ou contrária, "produz toda a variedade das manifestações da vida" (FREUD, 2019).

Freud ainda estabeleceu a analogia com a atração e a repulsão, as duas forças básicas da mecânica clássica, e citou Empédocles de Agrigento (495-435 a.C.). Num artigo publicado anteriormente ao “Esboço”, *Analysis Terminable and Interminable* (1937), é que Freud considerou ter efetivamente encontrado sua teoria da pulsão de morte, estudando textos deste que foi um grande pensador da Antiguidade.

Empédocles explicava as diferenças entre as coisas do mundo por meio do conjunto de quatro elementos: terra, água, fogo e ar, mas Freud não se ocupou de validar algumas das suas conclusões, que eram atinentes a uma visão cósmica dos acontecimentos. Ele retirou daquilo que este filósofo considerava como regente da alma do mundo e dos seres vivos, os dois princípios: o amor e a discórdia. E concluiu Freud, a partir da leitura de textos pré-socráticos, que são forças naturais de eficiência pulsional, e não de inteligências conscientes dos fins.

Para Empédocles o processo do mundo é concebido como uma alternância continuada de períodos nos quais o amor triunfa sobre a discórdia e vice-versa. Enquanto o amor quer aglomerar tudo, pouco a pouco a discórdia se insinua e desagrega. No processo de desagregação, nascem as coisas singulares e suas formas, frutos da luta entre as forças, até que se chega à dispersão total. E o ciclo recomeça por obra do amor, em sentido contrário. Freud encerra suas considerações sobre Empédocles dizendo que, se a pulsão de morte é o esforço para levar ao que está vivo à condição de inerte, isso não significa necessariamente que uma pulsão análoga não tenha existido desde antes da aparição da vida.

E assim, embora possam não existir explicações diretas da destrutividade humana, o que fez Freud foi dar uma base biológica ao que Empédocles considerou ser o princípio da discórdia, que reconduz nossa pulsão de destruição à pulsão de morte, como um esforço do vivo para regressar ao estado inanimado.

O importante é trazer à consideração que há, segundo os psicanalistas de todas as linhas, uma pulsão mortífera do ser humano quando se depara com o outro, e, portanto, são várias teorias que buscam explicar o impacto que há para o meio. A forma como se lida com tudo isso em termos de organização social, e na linha teórica desenvolvida por René Girard conduz ao raciocínio de que é preciso existir a canalização da violência no seio comunitário, e a partir da visão antropológica de Burkert, foram sugeridos que isso decorre de vínculos biológicos, de forma que há uma necessidade premente de romper com repetições eternas de reações que serão sempre estigmatizantes, para buscar uma coerência de sentido com as realidades humanas e vivenciais, e assim sair desse movimento circular, que se mantém por razões ideológicas, segundo forças que atuam no meio social e que impõem uma organização, permitindo que o direito, estabelecido mediante um proposital conteúdo de manutenção do *status quo*, se constitua num mero recorte, baseado na construção racionalista de um mundo que é infinitamente muito mais complexo.

Há um péssimo hábito de etiquetar as coisas e as ideias, acreditando que assim poderão ser melhor compreendidas, mas o etiquetamento favorece que a teorização ocorra por repetição dos modelos etiquetados, e mais que isso, favorece uma teorização que parte sempre dos mesmos pressupostos, porque o apelo é no sentido da racionalidade, mas com esquecimento de que sempre é feito o recorte do conhecimento.

Eis porque é necessário pensar a respeito dos modos de subjetivação, porque é a partir de um mundo elaborado pelo sujeito ou da forma como ele elabora o mundo, que se pode pensar numa saída para os pensamentos circulares.

3.2 Os modos de subjetivação

A forma como se produz a subjetividade e ela própria, já foram temas de que vários filósofos se ocuparam. Alguns deram uma contribuição diferente para o pensamento, ou seja, tiveram outros olhares, e especificamente trataram de forma mais original, como é o caso de Félix Guattari e Gilles Deleuze, no sentido de que no aspecto contemporâneo, a subjetivação tem sua produção pela lógica capitalista.

Trabalharam conjuntamente a problemática, mas Guattari deu continuidade até os últimos textos, por meio de conceitos e noções, que gravitam em torno da produção de subjetividade capitalística e o de subjetividade maquínica, termos que ele construiu e propôs, no sentido de que pudesse designar não só as sociedades capitalistas, como também setores do “terceiro mundo”, ou, o capitalismo periférico, além das economias ditas socialistas (GUATTARI & ROLNIK, 2000, p. 15). Para ele havia uma semelhança na maneira de produzir e conduzir a economia e a subjetividade dos indivíduos, o que teria ficado mais claro ainda no final do século XX, de 80 e 90, por meio dos movimentos políticos e técnico-científicos.

Assim, se desfez a subjetividade operária que tinha se formado segundo parâmetros mais duros, mas que vinha paulatinamente se desfazendo, devido à sociedade de consumo, o Estado do bem-estar social, a mídia, o fim do antagonismo entre americanos e russos, somados às transformações técnico-científicas da terceira revolução industrial e toda mudança provocada a nível econômico, político e cultural, os quais influenciam decisivamente na formação da subjetividade (GUATTARI, 1987, p. 212).

Note-se que foi o capitalismo considerado na fase mais atual, que abrange as três últimas décadas do século XX até aqui, que provocou entre as atividades produtivas e a vida social a maior carga de homogenização. Ocorre que, para estas espécies de subjetivação se constituírem, de forma capitalística, outros processos de subjetivação em momentos anteriores e distintos, historicamente falando, tiveram que se desenvolver.

O termo “maquinística”, ao lado termo “capitalística”, é devido ao fato de Guattari entende que cada formação histórica se compõe por diferentes máquinas técnicas, sociais e abstratas agenciadas aos seres humanos e aos demais seres vivos, com inúmeros regimes de síntese produtores de subjetividade.

Guattari aponta que os três procedimentos que são mais usados pelo sistema capitalista, de forma a impedir que a desterritorialização da subjetividade escape do seu controle são: a culpabilização, a segregação e a infantilização (GUATTARI & ROLNIK, 2000, p. 41). Isso se mostra como um processo tão complexo e tão radicalmente disciplinador dos comportamentos, ao introjetar valores no sujeito, o qual se constrói internamente na sua postura diante do mundo, nas suas reações, nos sentimentos, de forma a ser um refém de projetos pré-determinados e destinados a servir algum tipo de organização. Para tanto, também com vistas a esta reterritorialização da subjetividade, é utilizada a noção de cultura[82], para que produza nos indivíduos, em cada momento histórico, a necessidade de pertencimento a uma determinada cultura.

O processo de subjetivação conta com a participação das instituições, da comunicação, por meio da linguagem, da ciência, da tecnologia, do trabalho, do capital, da mídia, da informação, sendo apenas algumas das formas que este processo assume, em razão da característica de se reinventar continuamente, numa constante adaptação na vida social, dada a movimentação e a difusão que se dá a partir de uma série de instituições, práticas e procedimentos vigentes em cada momento histórico[83].

A obra de Félix Guattari inclui suas parcerias com Deleuze, Negri e Rolnik, e representa uma produção teórica muito inovadora, por meio dos textos e principalmente no diálogo crítico, os quais são comprometidos com a ação política e

---

[82] Para Félix Guattari, a palavra cultura adquiriu vários sentidos no decorrer da história, e podem ser destacados alguns mais significativos: a) cultura-valor; b) cultura-alma coletiva; c) cultura-mercadoria. O primeiro sentido é utilizado na expressão *cultivar o espírito,* e se traduz como um julgamento de valor, distinguindo quem "tem cultura e quem não tem", serando quem pertence a cada um dos meios (cultos ou incultos). O significado de cultura-valor se consolidou com a ascensão da burguesia europeia no final do século XVIII, uma vez que a acepção da palavra veio substituir as antigas noções segregativas que a nobreza atribuía à palavra, de forma que a partir de então não era mais a cultura algo adquirido pelo nascimento, e sim obtido por uma "trabalhosa busca". Vem daí a frase que melhor expressa o sentido burguês de cultura, e está no final do *Cândido* de Voltaire: cultivem seus jardins (GUATTARI & ROLNIK, 2000, p. 17)

[83] Na modernidade, para Boaventura de Souza Santos, há duas linhas de construção da subjetividade, as quais se destacam: a tensão entre subjetividade individual e coletiva de um lado, e a subjetividade contextual e universal de outro, e dessa maneira a compreensão que ele tem é no sentido de que:. "Na tensão entre subjetividade individual e subjetividade coletiva, a prioridade é dada à subjetividade individual, na tensão entre subjetividade contextual e subjetividade abstrata, a prioridade é dada à subjetividade abstrata" (SANTOS, 1999a, p.137).

podem ser usados como ferramentas desta ação. Para ele, a subjetividade não é uma posse, se produzindo de forma incessante a partir dos encontros com o outro, de forma a produzir efeitos nos corpos e nas maneiras de viver, de modo que: “Tudo o que é do domínio da surpresa e da angústia, mas também do desejo, da vontade de amar e de criar deve se encaixar de algum jeito nos registros de referências dominantes”. (GUATTARI & ROLNIK, 2000, p. 33 e s.) Isso ainda passa por uma verdadeira luta do sujeito em relação aos “processos de singularização”, os quais se constituem como escape do pensamento hegemônico.

Segundo Guattari, desde Descartes a subjetividade sempre foi relacionada a uma identidade individual, mas que ele entende que é, na verdade, produzida coletivamente, não como resultado da somatória de todas as subjetividades individuais, mas a partir de agenciamentos coletivos de enunciação, que se individuam, ou seja, se acoplam a um indivíduo fazendo parte de sua subjetividade. Então há duas coisas diferentes: a individuação e depois a instalação de processos de individualização.

A individuação não é necessariamente individualização, pois nela podem nascer processos de singularização, os quais podem frustrar o crivo de domínio do que é denominado de “valores capitalísticos”, mediante a possibilidade de afirmação de valores conforme um registro particular de cada sujeito (GUATTARI & ROLNIK, 2000).

A formação da subjetividade para Guattari leva a se concluir que é possível ter experiências diferentes de perceber o mundo e agir nele, sendo necessário encontrar tais componentes e fazer conexões diferentes e inesperadas, pela possibilidade real de novas invenções, de reinvenções e abandonos de padrões que são históricos.

A diferença quando se busca a realização de novos resultados para o meio, no sentido de oferecer uma maneira alternativa de interação na prática e na experiência social, é sempre perquirir neste sentido de um “sujeito que está dado”, ou um sujeito que se constitui, quer na experiência vivida, quer pelos acontecimentos, ou ainda nos encontros com o outro. Seria assim, segundo Gilles Deleuze (2001, p. 118), porque o sujeito se constitui no próprio dado. É nas experimentações dos encontros que se exercita a potência dele, para a diferenciação de si próprio e dos outros que estão ao

redor. São encontros que podem passar despercebidos, podem ser fortes e se distinguirem, como também podem ser violentos.

Em razão dos efeitos que acontecem nos encontros, o sujeito acaba sendo forçado ao questionamento e consequente produção de sentidos para a experiência vivida, que tende a provocar nele uma desorganização do modo de viver que conhecia até aquele momento. Isso é um dado que não lhe fica, portanto, indiferente no curso da vida, porque acaba por gerar uma série de sensações estranhas, que lhe incomodam e angustiam. O seu mundo é canalizado para a experimentação e isso não cessa simplesmente, mas prossegue, e por esta razão o sujeito não pode ser tido como uma entidade pronta; Ele se constitui à medida que entra em contato com essas forças e o modo como agem sobre ele, e acabam resultando numa singularização. Cuida-se de um movimento que se dá para o lado de dentro do ser, no sentido de angariar a “força de imaginar, de recordar, de conceber, de querer”, mas, como são forças variáveis na sua potência, podem se manifestar ou não, dependendo da experiência vivida (DELEUZE, 1988, p. 132).

O sujeito é então uma processualidade e um vir a ser, que não se estabiliza em definitivo, construindo-se na experiência e na ação das forças que estão circulando fora, e depois se internalizam, e por isso sua existência é histórica, mas se perfaz em composições provisórias.

Na forma como Deleuze conclui essa produção do sujeito, mostra um campo complexo de problematizações no sentido de manter qualquer tipo de controle ou planejamento sobre o que vai emergir, enquanto modo de vida, a partir do contato do sujeito com os dados (2001, p. 118).

De outro lado, Michel Foucault praticamente criou uma linha histórica das formas diferentes como em nossa cultura os seres se tornam sujeitos. Ele resgata da antiguidade grega as práticas de “cuidado de si”, passa pela sociedade disciplinar e chega até as intervenções biopolíticas sobre o corpo do indivíduo e da população, e nisso, no decorrer dessa investigação histórica, ele sempre se referiu às relações do poder e sua influência sobre as maneiras de existir do sujeito.

Foucault fez diferentes apanhados ao resgatar nos gregos, as suas práticas de "cuidado de si", como explicou na entrevista *Sujeito e poder,* dizendo que:

> Na Antiguidade, esta elaboração do si e sua consequente austeridade não é imposta ao indivíduo pela lei civil ou pela obrigação religiosa; trata-se, ao contrário, de uma escolha feita pelo indivíduo para a sua própria existência. As pessoas decidem por si mesmas se cuidam ou não de si [...] Agiam, antes, de modo a conferir a suas vidas certos valores (reproduzir exemplos, deixar uma alta reputação para a prosperidade, dar o máximo possível de brilhantismo às suas vidas). Era uma questão de fazer da vida um objeto para uma espécie de saber, uma técnica, uma arte. (RABINOW & DREYFUS, 1995, p. 270).

Eram vários os procedimentos que propiciavam o cuidado sobre a própria existência, e a escolha de uma "vida bela" poderia ser uma opção por qualquer um, embora não houvesse uma adesão de todos, porque importava em condutas e restrições que nem todos queriam seguir, ou seja, havia uma dimensão ética e uma dimensão política na escolha, que implica desenvolver algumas habilidades para suportar períodos de maior riqueza e de maior privação, mas não havia abalo significativo sobre a maneira de governar[84].

Depois ele passa pelos modos como isso foi se transformando, sendo que foi no estoicismo que ocorreu uma ruptura, quando se começou a afirmar o seguinte: "Você é obrigado a fazer isso porque é um ser humano", e o cuidado de si passou a ter caráter obrigatório, implicando numa mudança radical em relação àquele primeiro modo de subjetivação, porque as regras que eram facultativas passaram a ser uma obrigação. Portanto, quando o estoicismo utilizou o cuidado de si como uma forma de moldar o "eu", sendo isso associado ao prazer e ao mal, foi que, de acordo com uma das conclusões de Foucault, se formaram as condições para as primeiras incursões ao ascetismo cristão, baseado nos julgamentos morais, penitências e flagelações para fim de perfeição moral e espiritual, como forma de purificação. E isso também propiciou que fossem dados passos no sentido de uma outra forma de subjetivação (FOUCAULT, 2004).

---

[84]Cf. obra *História da Sexualidade III – O Cuidado de Si* (1985), como Foucault descreve os detalhes do que os gregos procuravam desenvolver com base neste hábito.

Como a subjetivação não foi sempre uma só, e ainda por ter influência sofrendo modificações e transformações, é que Foucault se referiu à necessidade das lutas políticas, inclusive agora, em nosso momento histórico, contra as formas de dominação, quer sejam étnicas, sociais ou religiosas, como contraposição à exploração e submissão (RABINOW & DREYFUS, 1995, p. 235).

Assim, para Foucault, o final do século XX foi marcado pelo terceiro tipo de luta, no sentido de evidenciar modos de subjetivação, e as resistências possíveis, que vão se renovando. Tanto entendeu ele que seria possível haver recusa ao individualismo, ainda que muito naturalizado em nosso meio, quando, e neste ponto, interessa salientar para esta tese, é possível insistir nos encontros e possibilidades no plano micros social, com vistas a projetar a ideia de um outro e novo modo de vida, que venha a circular, como uma invenção ou reinvenção, contra as regras universais obrigatórias, cujos padrões foram estabelecidos para exercitar uma espécie de dominação de uns sobre os outros.

Também calha lembrar a importância do significado que tem o pensamento hegemônico, como uma forma de induzir os modos de subjetivação, e como ele é paralisante, tendo a pretensão de açambarcar em torno da mesma condição de vida, reações e ideias para a totalidade dos indivíduos, como forma a enquadrá-los num pré-determinado padrão ou modelo, sem viabilizar alternativas de experimentação da própria diferença e outros modos de existir ou de interpretar sua existência. É de se lembrar que isso é perverso, porque que cada ser humano tem uma única vida, não havendo evidências de que alguém possa voltar a viver outra vida, em outras condições. Então, se um dia este apelo religioso (de viver uma outra vida) foi esperança para alguns, hoje não se trata de uma perspectiva razoável.

Por outro lado, todos têm o direito viver a melhor vida que existe para ser vivida, segundo suas concepções, e não as que lhe são impostas como se fosse a única possível escolha. A questão dos limites em relação aos direitos dos outros e das responsabilidades de cada um pelos seus atos em prol da vida em sociedade, vem depois e pode coexistir.

E há modos de subjetivação, sem dúvida alguma, que poderiam ser abandonados (e que seria necessário inclusive que fossem), para que outros viessem

ocupar este lugar. A pergunta mais difícil de responder é sobre a potencialidade para esta produção de outros modos de subjetivação, que significam uma outra forma existencial, para ser posta em circulação no meio.

Os estudos de Foucault indicam mais no sentido de que estas possibilidades existem, tanto que ele, como também Guattari já tinham concluído que é possível ver a subjetivação já concretizada e como concretizada, mas, além disso, perceber a existência histórica de outros modos de subjetivação, que inclusive determinam o atual, o que corresponde na modernidade, ao período que está acontecendo. Em arremate, é ainda de se anotar que não pretenderam os referidos autores, afirmar que é a universalidade em relação a uma determinada espécie de subjetivação.

Portanto, está clara aí a dimensão política da vida, nesse viés, e consoante os conceitos que emergem, alertando sobre a necessidade histórica de lutas que envolvem a condição do ser no mundo, como pressuposto da tensão sobre a própria organização social, no aspecto de ser buscada a mudança e como esta deve ser operada, em cada etapa das conquistas, inclusive de novas subjetivações.

Como restou bem delineado, pelo pensamento de Guattari, Deleuze e Foucault, observa-se que, no âmbito dos modos de subjetivação os últimos anos do século passado e até agora, em especial, tanto no meio social quanto nas forças que atuam sobre ele, a visão é de um Estado que se vale dos mais diferentes dispositivos de controle social com a finalidade de manutenção do instituído, por meio de um aparato que reforça esta situação, e, entretanto, é desse mesmo lugar que podem, e que também devem, nascer e acontecer as resistências.

3.3 O poder como forma de dominação

Vale, ainda que de forma esquemática, esclarecer alguns elementos acerca da análise sobre as relações de poder, que já foram em diferentes perspectivas pinceladas no primeiro capítulo desta tese. Aqui não se tratará da forma legalista ou da legitimidade, e sim de apreender na ponta, como o poder se consolida em práticas de intervenção local, sempre violentas.

Analisar o poder, segundo a ótica da decisão tomada por quem o detém, não produz o resultado aqui buscado, em que é necessário considerar intenções internas às práticas sociais, a partir da observação do que acontece externamente, e não apenas teoricamente, embora muitas teorias retratem exatamente este cenário. Importa ainda, além de focar nos motivos relativos ao porquê há pessoas que querem dominar, além de saber também, o que buscam com o resultado da dominação, e ainda, principalmente, o que ocorre pela sujeição e seus processos perpétuos, moldando gestos, condutas e comportamentos.

O poder não pode ser tido como efeito de dominação linear ou piramidal, concretizado a partir de uns sobre os demais, visto que circula e flui, operando em cadeia, se constituindo basicamente em práticas que vão se repetindo e se eternizando, envolvendo a todos, os quais são integrados quer como destinatários dele, como também protagonistas, embora isso não seja distribuído nem de forma igual, nem de forma correta.

Há mecanismos alimentadores que possuem nascedouro histórico próprio, bem como elementos táticos e técnicos. Embora a ideologia esteja inserida nas relações capilarizadas das práticas normalizadoras, as quais conferem ao poder uma consistência sólida e uma tecnologia própria (FOUCAULT, 1999).

Embora a tradição metafísica sustente que há um sujeito absoluto em essência, que racionalmente e universalmente acessaria a verdade, sendo detentor de um saber tanto atemporal quanto essencial, isso foi problematizado por Michel Foucault (1999, 2005) e Judith Butler[85] (2003, p.09 e 2009), os quais constroem as críticas a estas noções de verdade e racionalidade a priori, ou seja, como algo preexistente às práticas sociais, porque observou-se na pesquisa, conforme o que consta do primeiro capítulo desta tese, que tudo é consolidado a partir da experiência social vivenciada.

A realidade então se forma como uma genealogia, e não como ente transcendente, e isso Foucault (2011) explora em *Leçons sur la volonté de savoir*, por meio de Nietzsche, ou seja, de um conhecimento que é uma invenção, fruto de um

---

[85] Ver a respeito a partir de p. 09, na obra *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*, 2003.

“instinto” de dominação e poder, como “vontade de potência”, e a partir daí Foucault parte para investigação de teorias do sujeito e processos de constituição de verdades, as quais surgem das experiências sociais e suas práticas, de forma assumir conteúdos marginalizadores de alguns. Então tudo emerge como efeito de verdades[86] que decorrem de redes institucionais formadas por relações de poder.

Assim, esta relação formada entre verdade e sujeito ganha novas delimitações, e a partir disso, no estudo dessas “tecnologias” e “práticas de si”

> Foucault isola duas relações entre sujeito e verdade. A primeira relação, mais propriamente filosófica, interpreta o princípio délfico de modo epistemológico; a segunda, que ele propõe definir como espiritualidade, enfrenta, ao contrário, o problema das transformações que o sujeito deve efetuar em si mesmo para poder chegar à verdade (ADORNO, 2004, p. 57).

Na tradição ocidental e moderna, o acesso à verdade se dá por um método específico que redunda no surgimento de certezas claras, na linha do que propôs Descartes, em que o acesso à verdade estaria dissociado do cuidado ético de si. Quando Descartes, em suas *Meditações* (1962), faz surgir o método que faz a dúvida ser dissipada, passa a definir um modo de ser bastante específico a ele, que se caracteriza por estar inteiramente definido pelo conhecimento. Na forma do saber socrático, é postulado justamente o contrário, uma vez que, para os gregos, “a relação com a verdade é imediatamente moral: um indivíduo notoriamente imoral não pode conhecer o verdadeiro” (Adorno, 2004, p. 58).

---

[86] É a verdade considerada uma instância que se organiza por meio das dominações, constituindo-se em práticas, sendo possível constatar na sociedade os locais em que se manifestam, inclusive naqueles em que há tentativas de mostrar um caráter de coisa absoluta, apenas com efeitos que parecem ser a verdade e que aparentam ser universais, mas que são, realmente, construções artificiais dela, posto que tudo se dá por meio de uma complexa rede de relações de poder. O conhecimento para ter este poder de convicção deve violentar a realidade, forçando uma ordenação do que é inordenável. (FOUCAULT, 2011) Ao tentar fazer esta ordenação pelo conhecimento, apresentando as questões metafísicas contra a dimensão singular da existência, nem a verdade e nem as práticas são concebidas como se partisse de um sujeito ou uma classe pensante, com interesse e perversidade, posto que o sujeito é resultado das próprias práticas e instituições, de forma caótica, e isso é apropriado como algo hegemônico. “(...) tornar-se sujeito de uma regulação equivale a ser assujeitado por ela, ou seja, tornar-se sujeito precisamente porque foi regulado”. Logo, não se trata de analisar os regulamentos como variantes acidentais da norma essencial, buscando o “em si” normativo, mas de evidenciar os processos que levam à constituição das normas e o quão artificiais eles são. Por mais que haja mecanismos normativos de legitimação e produção, se eles forem genealogicamente descortinados, as normas irão mostrar-se superficiais.

Considerando-se que a verdade é uma instância que se organiza por meio das dominações, e se constitui em práticas, as quais são constatadas na sociedade nos locais em que se manifestam, inclusive, naqueles em que há tentativas de mostrar um caráter de coisa absoluta, apenas com efeitos de parecer uma verdade, e aparência de universalidade, mas que são construções artificiais dela, posto que tudo se dá por meio de uma complexa rede de relações de poder. O conhecimento para ter este poder de convicção deve violentar a realidade[87], forçando uma ordenação do que não se ordena (FOUCAULT, 2011).

Ao tentar fazer esta ordenação pelo conhecimento, apresentando as questões metafísicas contra a dimensão singular da existência, nem a verdade e nem as práticas são concebidas como se partissem de um sujeito ou uma classe pensante, com interesse e perversidade, posto que o sujeito é resultado das próprias práticas e instituições, de forma caótica, sendo isso apropriado como algo hegemônico.

Conforme Judith Butler:

> Uma norma não é o mesmo que uma regra, e não é o mesmo que uma lei. Uma norma opera no âmbito de práticas sociais sob o padrão comum implícito da normalização. Embora uma norma possa ser analiticamente separada das práticas nas quais ela está inserida, também pode mostrar-se recalcitrante a quaisquer esforços de descontextualização de sua operação. Normas podem ou não serem explícitas, e quando elas operam como o princípio normalizador da prática social, elas geralmente permanecem implícitas, difíceis de perceber e mais clara e dramaticamente discerníveis nos efeitos que produzem. (2014, s/n).

Diz Butler que: “tornar-se sujeito de uma regulação equivale a ser assujeitado por ela, ou seja, tornar-se sujeito precisamente porque foi regulado” (2014, s/n). Isso mostraria o artificialismo que existe nos processos de constituição das normas.

Existe o conjunto de processos nos quais as normas estão inseridas e as próprias normas vigentes, e por isso o procedimento normalizador acaba podendo ser

[87] Foucault formula as evidências de que o conjunto de práticas jurídicas, judiciárias médicas que compõe este elemento gerador de efeitos de verdade acerca da constituição do criminoso, na obra *Os anormais* (2001).

visto como separado da norma que o legitima, e esta permanece implícita, quando opera a partir de procedimentos e práticas de um princípio normalizador.

3.3.1 A violência estatal.

Na concepção de Walter Benjamin, alemão nascido em Berlim, que logo após a 1ª Guerra Mundial teceu críticas à tendência de se pôr de lado o poder constituinte, e quanto ao relacionamento deste e do poder constituído concluiu que o primeiro representa a violência que põe o direito e o segundo, a violência que o conserva.

A violência é caracterizada como uma interferência que ocorre nas relações éticas, e a esfera dessas relações é designada pelos conceitos de direito e justiça. Nessa ordem, o direito, para Benjamin, se constitui por uma relação de medialidade, e a violência é um atributo da esfera dos meios, sendo, pois, instrumental. (BENJAMIN, 2011, p. 121).

E nessa linha de raciocínio do filósofo e sociólogo judeu alemão, associado à Escola de Frankfurt e à teoria crítica, pondera ele que: “talvez se devesse levar em conta a surpreendente possibilidade de que o interesse do direito em monopolizar a violência com relação aos indivíduos não se explicaria pela intenção de garantir os fins de direito, mas, isso sim, de garantir o próprio direito” (BENJAMIN, 2011, p. 127).

Em sua análise, a violência exerceria um papel duplo, sendo responsável pela instauração de toda ordenação do direito, pois só ela poderia dar conta de instaurar o direito e também estabelecer o poder (*macht*), sendo o seu segundo papel, o de manter o direito que foi por ela estabelecido.

A violência (*Gewalt*) é pensada, inicialmente, como o ponto nodal do poder vigente, levando em consideração que é por meio dela que o poder se mantém. A ordem de toda a sociedade é assegurada por meio da ameaça da violência, representada pelo direito, o qual é elemento que forma uma carapaça e sustenta toda ordenação social, mantendo o *status quo*. Já o conceito de violência mítica (*die mytische Gewalt*) estaria relacionado às bases metafísicas da violência (BENJAMIN, 2011).

Assim, além da violência que é exercida pelo direito, e da violência mítica, que tem caráter de direito, Benjamin elaborou o conceito de violência divina (*die göttliche Gewalt*), que aniquila com todo o direito e sua violência, sendo reconhecida como justiça. Entretanto, como surge o questionamento sobre o que é direito e o que é justiça, nessa perspectiva teórica de Benjamin, deve-se analisar a violência como fundamento do direito e criadora da mera vida, sobre a qual o direito se exerce. Lembrando-se que há a contraposição da violência mítica com o que Benjamin chama de violência divina, que aniquila o direito e liberta o ser (2011).

Para Benjamin toda *Gewalt* "como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito", devendo ser observado que o termo *Gewalt* é polissêmico, de forma que pode ser utilizado tanto significando violência como poder, e é assim que ele usou, razão pela qual a crítica que fez à instrumentalidade da violência, alcança o poder a ela atrelado (BENJAMIN, 2011, p. 136).

Desse modo, a função da *Gewalt*,

> na instauração do direito tem uma função dupla, no sentido de que a instauração do direito almeja como seu fim, usando a violência como meio, aquilo que é instaurado como direito, mas no momento da instauração não abdica da violência; mais do que isso, a instauração constitui a violência em violência instauradora do direito - num sentido rigoroso, isto é, de maneira imediata, pois estabelece não um fim livre e independente de violência (*Gewalt*), mas um fim necessário e intimamente ligado a ela, e o instaura enquanto direito sob o nome de poder (*Macht*). A instauração do direito é instauração do poder e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência (BENJAMIN, 2011, p. 148).

Resulta então que as dimensões de uma *Gewalt* que instaura e mantém o direito estariam explícitas em duas instituições do Estado moderno que não deixam de revelar este espectro como indicador: a pena de morte e a polícia. É que o sentido básico da pena de morte não é apenas punir a infração da lei, e sim de afirmar o novo direito, visto que ao ser exercitado o poder sobre a vida e a morte, o que é inerente ao monopólio da violência estatal, o próprio direito se fortalece, mais do que em qualquer outra forma (BENJAMIN, 2011, p. 134). No que diz respeito à polícia, ficam indiscerníveis de forma concreta as duas faces da *Gewalt*, a instauradora e a mantenedora do direito. O espaço de discricionariedade da atuação policial – e mesmo a política contemporânea se vê cada vez mais transformada em um mero

poder de polícia – não distinguiria o poder a violência, o poder legítimo e o poder ilegítimo.

Diz ele:

> numa espécie de mistura espectral, estes dois tipos de violência estão presentes em outra instituição do Estado moderno: a polícia. Esta é, com certeza, uma violência para fins de direito (com o direito de disposição), mas com competência simultânea para ampliar o alcance destes fins de direito (com o direito de ordenar medidas). (BENJAMIN, 2011, p. 135).

É que é uma instituição que instaura o direito e o mantém, pois seria falsa a afirmação de que a violência policial teria finalidades idênticas ao direito como um todo, porque:

> Pelo contrário, o direito da polícia assinala o ponto em que o Estado, seja por impotência, seja devido às conexões imanentes a qualquer ordem de direito, não consegue mais garantir, por meio desta ordem, os fins empíricos que ele deseja alcançar a qualquer preço. Por isso a polícia intervém por “razões de segurança”, em um número incontável de casos nos quais não há nenhuma situação de direito clara; para não falar nos casos em que, sem qualquer relação com fins de direito, ela acompanha o cidadão como uma presença que molesta brutalmente ao longo de uma vida regulamentada por decretos, ou pura e simplesmente o vigia (BENJAMIN, 2011, p. 135-136).

É, assim, dizer que, a violência institucionalizada da polícia está isenta das condições do direito, como forma de propor uma nova ordem (de direito), não de propor novos fins e estabelecer novas regras. Há uma espécie de aval do Estado, que é concedido visando sua própria manutenção, ou seja, a polícia nega o Direito para sua manutenção. Havendo vários exemplos de negação para fim de manutenção.

A violência mítica[88] coincide com a violência do direito e instala a culpa e a ameaça e as introjeta em toda a sociedade para que o direito não seja desafiado. Sua manutenção está baseada metafisicamente nesses pressupostos e sua determinação está na redução do homem à mera vida. Pode-se compreender como mera vida, a

[88]O mito é um círculo mágico da linguagem como tragédia da significação cristalizadora e inescapável por seu caráter cíclico. Basta olharmos com atenção as tragédias gregas para termos a compreensão do destino que o homem não pode vencer. Antígona, Édipo, Ájax e tantas outras tragédias, demonstram o caráter implacável do destino sobre os homens que ousaram levantar a cabeça contra o mito. O destino trágico não visa à história, mas a manutenção do mito como história não arrebatadora, ou seja, manutenção do poder pelo destino que recai sobre os homens.

vida orgânica do homem enquanto simplesmente corpo e carente de todas as outras esferas humanas como racionalidade e paixões. Como mera vida, não há diferença alguma entre o homem, as plantas e os animais, pois carente de todas as outras esferas, ele é apenas corpo. Sob o conceito de mera vida, a violência se exerce sobre o homem.

É uma reflexão sobre a violência do Estado, cuja crítica está centrada no uso que se faz dela para instauração e manutenção do direito. Benjamin expõe a violência como cíclica e vinculada ao movimento histórico da sociedade, como luta pelo poder, estabelecendo um vai e vem, de derrubada e instauração de outro poder.

Portanto, se vê que são visões e conceitos relativos à violência que estão situados no âmbito político, ou seja, são os fenômenos da violência que estão no domínio da esfera pública, e por isso são de natureza puramente política. E isso é que foi tratado neste tópico, estando de fora, portanto, os fenômenos que são normalmente estudados em outras ciências, como: a psicologia, a antropologia, a sociologia, a biologia, para citar algumas, que podem se ocupar da natureza particular do próprio fenômeno da violência, para assim analisá-lo na estrita esfera do indivíduo.

Aqui o recorte se dá no sentido dos conceitos de violência que têm relação com o poder do Estado. Hanna Arendt teve esta preocupação de estudo, observação e reflexões. Para ela, o conceito de violência teria também o sentido de meio ou instrumento de coação, como um recurso ao serviço exclusivo e soberano de uma autoridade (ou entidade), no exercício de alguma forma de poder; e aparece em certas condições propícias que podem ser de perda de autoridade ou quando há transformações nas tradicionais relações de poder.

O Estado soberano teria absoluto e exclusivo acesso e controle do uso dos meios de violência em duas grandes áreas de segurança: da ameaça interna (tribunais e forças policiais) e a da ameaça externa (forças armadas).

Segundo ela a violência tem natureza instrumental, justamente por ser um meio que opera sempre necessitando de justificação numa outra coisa. Mas o poder, por ter um fim próprio não necessita de justificação, ele precisa de legitimidade, e que: “A legitimidade (…) toma por base uma invocação do passado, ao passo que a

justificação se refere a um fim que reside no futuro” sendo comum a combinação entre ela e o poder, e embora sejam estes fenômenos diferentes surgiriam habitualmente juntos, sendo que, violência não depende de números ou de opiniões, mas de instrumentos que a viabilizem, e como tudo na vida humana que é relacionado a algo que serve de meio e uso para as pessoas, tende a se aumentar e se multiplicar.(ARENDT, 2009, p. 51- 58).

Foi assim que, analisando a natureza e a causa da violência na segunda metade do século XX, por meio de experiências políticas vivenciadas nos anos 60, que Hanna Arendt observou o uso crescente da violência nas relações políticas, e por isso fez as importantes reflexões teóricas que constam do livro “*On violence” (Sobre a violência),* no qual há crítica contundente ao uso e apologia da violência estatal.

3.4 Da sociedade disciplinar à sociedade de controle. As mudanças nas práticas sociais

Outro aspecto, diz respeito a como são organizadas as sociedades para maior eficácia na utilização dos instrumentos de dominação, do exercício do poder, do uso da violência sobre o sujeito, sendo que saímos primeiro das sociedades de soberania, para a sociedade disciplinar, e desta para a sociedade de controle, na qual estaria em curso um despotismo que veio suavemente penetrando no seio social, e no qual todos participam espontaneamente, havendo meios de vigilância em massa, com auxílio de grandes bancos de dados alimentados com a contribuição de cada um, de forma mais ou menos consciente, pois, nas palavras de Manuel Castells (2015), o Estado nos vigia e o capital vende nossos dados com nossa concordância, de resto, tudo é processado por algoritmos que nos escapam enquanto a inteligência artificial progride e se torna autônoma, conforme Mireille Delmas-Marty (2016) e, ainda, outros aspectos a respeito, no texto dela com John Spencer (2002).

Foi, primeiramente, com o estudo de Michel Foucault que se concluiu, entre outros aspectos, que depois das sociedades de soberania vieram as sociedades disciplinares, destacando-se sua obra *Vigiar e Punir*, publicada originalmente em

1975, que foi traduzida pela primeira vez no Brasil em 1987, como um marco científico quanto a maneira de encarar o direito penal no mundo ocidental, e sua influência ainda persiste.

O regime disciplinar apresentou-se como a principal forma de exercício do poder, a partir do séc. XVIII e do século XIX, com um discurso das ciências humanas constituído como norma, e não propriamente discurso da lei e da norma jurídica (FOUCAULT, 2001a, p. 183). Esta normatividade operava como algo imanente às práticas históricas e sociais, produzindo efeitos duradouros de territorialização no campo subjetivo, e, atuando como ideal regulador, tal normatividade estabelece fronteiras entre determinadas práticas tidas como inteligíveis, lícitas e reconhecíveis e outras consideradas ininteligíveis, ilícitas e abjetas.

O filósofo francês defendeu a ideia de que a punição e a vigilância são poderes destinados a educar cidadãos com vistas a obter a contenção da criminalidade por meios destas normas, em consonância com a vontade daquele que detém o poder, de forma que seria mais rentável e eficaz vigiar e punir, do que trabalhar os problemas estruturais que subjazem aos fatos jurídicos criminais.

Há uma lógica de visibilidade do poder, segundo os respectivos modelos de organização, porque até a revolução industrial imperavam as sociedades de soberania, com o poder posto de forma totalmente à mostra, uma vez que sua força dependia desta visibilidade. E, aliás, Foucault esclareceu que é a partir de uma concepção jurídica, ou seja, só nesta perspectiva, que se compreende o poder pelo seu aspecto repressivo, ou seja, da norma proibitiva.

Na sua ótica, o que promove a aceitação da existência do poder é o fato dele atravessar o meio social, de maneira a produzir interações necessárias e úteis, como o saber, os discursos, o prazer, mostrando-se mais uma rede produtiva do que algo negativo, que tem a carga repressiva como marca (FOUCAULT, 2001b, p. 8).

Então segundo ele, o poder “incita, suscita, produz; ele não é simplesmente orelha e olho; ele faz agir e falar” (FOUCAULT, 2003, p.220), sendo que em decorrência desta eficácia produtiva é que se volta para o corpo do sujeito, não essencialmente para reprimi-lo, e sim no intuito de adestrá-lo, torná-lo dócil e útil para

a sociedade, da forma como abordou em *Vigiar e Punir,* aponta que antes de chegar a tal conclusão, também Bentham e Marx ressaltaram os aspectos positivos do poder (FOUCAULT, 2002).

Com efeito, ao analisar o poder, Foucault considera que a partir da era moderna, ele não pode mais ser tido como um fenômeno de dominação, maciço e hegemônico, de um indivíduo sobre os outros ou de um grupo sobre os outros, tal como se pode constatar no modelo da soberania. O poder configurado como biopoder opera em rede, e, dessa forma, o indivíduo não é “o outro do poder”, mas se constitui em seus primeiros efeitos.

Então da evolução de sociedades de soberania com poder visível, para as disciplinares, em que predomina uma opção pelo confinamento, em todas as dimensões de disciplina: família, escola, fábrica, quartel, hospital, prisão, no intuito de se regular os costumes, os hábitos e a produção, a visibilidade diminui, se diluindo em várias ordens de disciplinas, sem um ponto central (FOUCAULT,2002).

No que concerne à questão da individualização, enquanto nas sociedades medievais ocorria em relação aos que se encontrassem em situação superior em relação ao exercício do poder soberano, nas sociedades disciplinares, ocorre de forma “descendente” (FOUCAULT, 2002, p. 194), o que tornaria o poder mais anônimo, entretanto, mais funcional, atingindo mais incisivamente aqueles sobre quem é exercida a disciplina.

Se alguns mecanismos não eram possíveis numa situação de poder exercido por meio da soberania, de extração de bens e riquezas provenientes da terra, neste outro novo modelo de controle sobre corpos e atos, era mais factível, antes havia taxas e obrigações impostas, e agora, vigilância e controle constantes, antes não havia a característica da continuidade, que na disciplina se apresenta com uma forte característica (FOUCAULT, 2001c, p. 187).

Portanto, para Foucault, este modelo representou uma nova economia, totalmente apoiada no princípio do estímulo do aumento da força dominada, bem como da eficácia da força dominante, daí a característica disciplinar, sendo

fundamental para se constituir o capitalismo industrial, e a sociedade que dele decorreria (2001c, p. 188).

A organização baseada na disciplina, que foi objeto de análise também por Gilles Deleuze, entrou em crise depois da Segunda Guerra Mundial, e abriu espaço para as sociedades de controle (DELEUZE, 1992). O controle exercido inicialmente sobre uma determinada atividade, foi saindo destes limites e se projetando de uma forma mais intensa visando um controle total do indivíduo.

Deleuze, no texto “O ato de criação” (1987), obtemperou que, quando Foucault tratou da sociedade disciplinar, teria engendrado sentimentos de ambiguidade em alguns leitores, que interpretaram como sua última palavra, enquanto, para Deleuze o entendimento era que jamais Foucault teria imaginado que as sociedades disciplinares seriam eternas. Poderiam ser notados resquícios delas por anos, mas tudo evoluía no sentido de evidenciar claramente que a sequência seria de uma sociedade de outro tipo, e foi William Burroughs[89], por quem Foucault tinha destacada admiração, que teria usado o termo “sociedades de controle”, segundo Deleuze (1987) que, prossegue para dizer o seguinte:

> Entramos então em sociedades de controle que diferem em muito das sociedades de disciplina. Aqueles que velam por nosso bem não têm ou não terão mais necessidade de meios de enclausuramento. Hoje todos eles, as prisões, as escolas, os hospitais, são temas de discussão permanente. Não seria melhor estender o tratamento aos domicílios? Sim, esse é sem dúvida o futuro. As oficinas, as fábricas não comportam mais empregados. Não seria melhor regimes de empreitada e de trabalho a domicílio? Não existem outros meios de

[89] William S. Burroughs é autor do texto *Os limites do controle*, o qual foi apresentado a primeira vez num evento cujo título preliminar foi *The impasses of control,* ele proferiu uma conferência, em novembro de novembro de 1975, no lendário colóquio *Squizo Culture*, realizado na Universidade de Columbia. Este evento foi organizado por Sylvère Lotringer, e sua intenção foi de apresentar nos Estados Unidos a originalidade do pensamento político e filosófico que tinha surgido na França após o maio de 1968. É assim que Foucault, Deleuze, Guattari e Lyotard aceitaram o convite e compareceram, sendo que também estavam artistas da vanguarda americana, tais como John Cage, Cunningham, Jack Smith, Keith Richard, bem como o próprio Burroughs. A conferência que este último deu, ficou para a posteridade, sendo que Gilles Deleuze, que também fez uma conferência, foi um dos que teve a compreensão mais intensa da importância da contribuição de Burroughs. Em diversas ocasiões a demonstração da influência apareceu de forma clara, principalmente nos escritos políticos de Deleuze e Guattari, como em *Mil Platôs*, mas, por fim, no artigo de Deleuze, *Post-scriptum sobre as sociedades de controle* (1990), lugar em que ele incorpora o sentido da palavra *controle,* conforme foi dado por Burroughs, e assim, revisando a ideia de sociedade disciplinar de Foucault.

> punir os infratores senão a prisão? As sociedades de controle não adotarão mais os meios de enclausuramento. Nem mesmo a escola.

Por óbvio que a sociedade de controle e o que ela significa, não representa uma novidade, nos dias de hoje, mas o interessante é observar que ela veio sendo pressentida, e o controle exercido em graus, sendo que a percepção sobre como ela poderia operar e se consolidar, veio evoluindo paulatinamente, para uma situação de mais e mais controle, consoante o olhar em relação à experiência e as práticas no meio social, escrevendo Deleuze, num outro texto, posterior ao já citado que:

> Não há necessidade de ficção científica para se conceber um mecanismo de controle que dê, a cada instante, a posição de um elemento em espaço aberto, animal numa reserva, homem numa empresa (coleira eletrônica). Félix Guattari imaginou uma cidade onde cada um pudesse deixar seu apartamento, sua rua, seu bairro, graças a um cartão eletrônico (individual) que abriria as barreiras; mas o cartão poderia também ser recusado em tal dia, ou entre tal e tal hora; o que conta não é a barreira, mas o computador que detecta a posição de cada um, lícita ou ilícita, e opera uma modulação universal (DELEUZE, 1990).

A visibilidade dos atuais mecanismos de controle, amplamente utilizados, torna absolutamente inquestionável aquilo a que se referiu Deleuze, e para o que rumamos e aportamos em definitivo, de acordo com Yuval Harari, era mesmo só uma questão de tempo, faltava apenas, talvez, um vírus de comportamento infectocontagioso desconhecido, vir para provocar contaminação em massa, de modo a colocar países e seus governos, em uma total situação de impasse, não conseguindo dominar a situação, como se observa o que aconteceu neste primeiro semestre do ano de 2020.

Num artigo publicado no jornal Financial Times, em 20 de março de 2020, Harari tratou de aspectos bem significativos quanto ao impacto desta crise[90], especialmente em relação aos mecanismos de controle, uma vez que ele se refere,

---

[90] A crise mencionada é a relativa ao Covid-19 (posto que há outros desta família viral), um vírus de gripe, surgido na China no mês de dezembro de 2019, altamente transmissível, que provoca em algumas pessoas (principalmente idosos, pessoas com outras comorbidades, os que estão também em situação de baixa imunidade), uma infecção respiratória, considerada grave, que provoca uma pneumonia muito comprometedora do sistema respiratório, atingindo gravemente os pulmões, e, nestas situações, embora não tenha uma alta taxa de letalidade, leva à morte, e vem provocando, presentemente, muitas mortes pelo mundo, posto que a globalização permitiu a expansão da contaminação em quase todos os países do mundo.

no artigo, à *under-the-skin surveillance*, ou seja, não mais o controle “sobre” e sim a um controle “sob a pele”, nos seguintes termos:

> Para interromper a epidemia, populações inteiras precisam obedecer a certas diretrizes. Existem duas maneiras principais de conseguir isso. Um método é o governo monitorar as pessoas e punir aqueles que violarem as regras. Hoje, pela primeira vez na história da humanidade, a tecnologia torna possível monitorar todos o tempo todo. Há cinquenta anos, a KGB não podia seguir 240 milhões de cidadãos soviéticos 24 horas por dia, nem poderia esperar processar efetivamente todas as informações coletadas. A KGB contava com agentes humanos e analistas, e simplesmente não podia colocar um agente humano para seguir todos os cidadãos. Mas agora os governos podem confiar em sensores onipresentes e algoritmos poderosos, em vez de fantasmas de carne e osso (tradução livre do texto)[91].

Ocorre que, a situação desencadeada pela infecção do corona vírus (COVID-19) possibilitou que os governos, segundo Harari, pudessem implantar novas ferramentas de vigilância. Diz ele que, a situação mais notável é a da China, que passou a monitorar os smartphones das pessoas, bem como usar centenas de milhões de câmeras que reconhecem o rosto, obrigando “as pessoas a verificar e relatar sua temperatura corporal e condição médica”, desta forma “as autoridades chinesas podem não apenas identificar rapidamente os portadores suspeitos de coronavírus, mas também rastrear seus movimentos” identificando com quem fizeram contato, ao ponto de “aplicativos móveis” avisarem as pessoas sobre sua proximidade com pacientes infectados (HARARI, 2020b).

Quando ele começa o texto publicado no Financial Times, dizendo que “essa tempestade vai passar”, mas alertando que teremos que fazer escolhas, porque as “escolhas que fazemos agora podem mudar nossas vidas nos próximos anos”, na verdade ele chama a atenção para a necessidade de mudanças nas práticas sociais[92],

---

[91] “*In order to stop the epidemic, entire populations need to comply with certain guidelines. There are two main ways of achieving this. One method is for the government to monitor people, and punish those who break the rules. Today, for the first time in human history, technology makes it possible to monitor everyone all the time. Fifty years ago, the KGB couldn't follow 240m Soviet citizens 24 hours a day, nor could the KGB hope to effectively process all the information gathered. The KGB relied on human agents and analysts, and it just couldn't place a human agent to follow every citizen. But now governments can rely on ubiquitous sensors and powerful algorithms instead of flesh-and-blood spooks*”.

[92] “Com esse futuro incerto, todos têm que operar com expectativas presentificadas, trazendo o futuro para o presente e fazendo cálculos sobre o mesmo, tentando produzir futuros que falham tão

porque estas escolhas não estão circunscritas a um aspecto da vida social, por exemplo, as nossas teorias no campo jurídico, e para construirmos nossas teorias no campo jurídico, há premissas sociológicas relativas ao nosso modo de organizar a vida, e psicanalíticas, relativa ao modo de enxergar o outro, de nos responsabilizarmos e também de responsabilizarmos o outro.

E isso está relacionado, segundo ele, ao fato de que as decisões que decorrerão de uma crise global que não tem precedentes, e que se mostra como a "maior crise de nossa geração", talvez terão que moldar "o mundo nos próximos anos", e "não apenas nossos sistemas de saúde, mas também nossa economia, política e cultura" (HARARI, 2020b).

Para Harari[93], é uma luta crucial intra humanidade, justamente porque se com a pandemia aumentar a desunião e desconfiança entre os seres humanos, o vírus terá sua vitória maior, porque não serão apenas vidas ceifadas pelos despreparo do sistema de saúde, sendo este aspecto operacional muito importante, sem dúvida, mas a discórdia entre os humanos, sobre assuntos fundamentais para sobrevivência, pelo perigo de dobrarem ou triplicarem as futuras viroses, nos colocará diante de riscos muito maiores, os quais foram perfeitamente previstos como parte da nova normalidade global. Mas se, após a pandemia o resultado for a construção de uma rede de cooperação global mais estreita, mais próxima, haverá uma vitória sobre este vírus e sobre futuros patógenos (HARARI, 2020a).

. O fato é que temos uma forma de convivência e organização social que está agonizando pela escassez de novas propostas e falta de saídas para as antigas formulações vigentes, da mesma maneira que de forma surpreendente os governos

---

frequentemente quanto sucedem. Então, desestabilizar o presente não parecia ser assim tão radical. A bem dizer, talvez o gesto mais radical, paradoxalmente, seria mostrar que as coisas não eram assim tão diferentes; que não estávamos de fato nessa maravilhosa nova época; tudo não estava completamente mudado, muitas coisas continuariam a ser da mesma maneira. Não estávamos de repente à beira de alguma transformação maravilhosa em nossa habilidade de viver vidas mais longas, nem de morrer de doenças terríveis e tudo o mais que é tão frequentemente prometido." (Cérebro, self e sociedade: uma conversa com Nikolas Rose. Entrevista publicada na revista *Physis* vol.20 no.1 Rio de Janeiro 2010)

93 "*If this epidemic results in greater disunity and mistrust among humans, it will be the virus's greatest victory. When humans squabble – viruses double. In contrast, if the epidemic results in closer global cooperation, it will be a victory not only against the coronavirus, but against all future pathogens*". (HARARI, 2020a)

conviveram com a exposição de milhares de doentes agonizando e morrendo pelo mundo, durante a pandemia, pela contaminação por um vírus que ainda a ciência não tem meios de controlar, neste início de 2020. Ou seja, perdeu-se o controle numa sociedade de controle, cuja organização tem se mostrado autodestrutiva.

Por isso que em 16 de março de 2020, num de seus pronunciamentos públicos e para o mundo, o diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, disse com toda clareza a respeito da dimensão da situação que está sendo vivenciada neste início de ano: “Ela definirá nossa geração”, porque irá testar a confiança na ciência, bem como colocará em xeque a relação entre lideranças políticas e seus cidadãos, num momento em que esta relação está corroída.

Luigi Ferrajoli (2020), de outro lado, ponderou ser necessário,

> Para esse salto civilizacional – a realização de um constitucionalismo global e de uma esfera pública planetária – já existem todos os pressupostos hoje: não apenas os institucionais, mas também os sociais e os culturais. Entre os efeitos dessa epidemia, de fato, há uma reavaliação da esfera pública no senso comum, uma reafirmação do primado do Estado em relação às Regiões em termos de saúde e, sobretudo, o desenvolvimento – depois de anos de ódio, de racismo e de sectarismos – de um senso extraordinário e inesperado de solidariedade entre as pessoas e entre os povos, que está se manifestando nas ajudas provenientes da China, nas canções comuns e nas manifestações de afeto e gratidão nas sacadas em relação aos médicos e aos enfermeiros, em suma, na percepção de que somos um único povo da Terra, reunido pela condição comum em que todos vivemos.

É uma condição que se apresenta, segundo Ferrajoli, como alternativa às crises globais radica num constitucionalismo supranacional, de dimensão planetária, que teria que ser construído, e que pudesse dar conta de enfrentar estas questões globais, num molde diferenciado, numa dimensão que tivesse cunho decisional e garantista na perspectiva planetária, que ultrapassasse a lógica individualista dos direitos. E assim seria uma avanço de uma ideia que ele já preconizava num texto de 2010, ao abordar o tema da soberania nesses novos tempos, destacando a necessidade de um *totus orbi*, não na perspectiva de um governo mundial, e sim de limitação da soberania do Estado, de forma efetiva, por meio de garantias jurisdicionais que protejam as violações da paz no exterior e dos direitos humanos dentro dos países (2010, p. 152).

Tal proposto ainda carece, sem dúvida de solidificação teórica, principalmente porque não prescinde da necessidade que se tem de compatibilizar liberdade e segurança.

Mireille Delmas-Marty tem preocupação, e por isso promove sua pesquisa, no campo do direito internacional, visando compreender como seria possível retomar o trilho da sociedade que sofre de desencanto com a vida, e com medo, numa conjugação que tem tudo a ver com o tema liberdade/segurança.

Ela tratou em A*ux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation* (DELMAS-MARTY, 2016)*,* dos desafios para retomar o trilho no sentido de se construir um mundo melhor, um ambiente de convivência também melhor. Mas o que é este mundo? Aí entra a metáfora dos quatro ventos que intitula o ensaio, porque ela justamente analisa um fenômeno que aproxima os países e continentes numa perspectiva globalizante, cujos efeitos são diferenciados "em cada um dos ventos do mundo".

Tudo isso é perceptível em situações de desastres humanitários (quando há migrações em massa, o terrorismo global, os desastres ambientais, as persistentes crises financeiras e globais, e agora, pode se estender para esta crise global e sanitária, do coronavírus), veja-se que em virtude do formato globalizado tais acontecimentos têm se repetido, e serão, cada vez mais frequentes. Entretanto, de parte das pessoas, apesar de todas estas evidências que impelem a uma mudança de atitudes e comportamentos, o que se observa é que há uma tendência para tudo continuar como antes. Este comportamento parece ser, ainda, o mais conveniente, ou seja, as pessoas tendem a não reagir de forma diferente, sendo a reação deixada aos cuidados dos líderes e governantes.

Acontece então o que é chamado, pelo belga François Ost, de "tempo de paragem", quer dizer, um momento no qual "aquilo que domina é a perspectiva de manter direitos adquiridos", e isso, para este autor, se dá porque estamos numa perspectiva social que já diferente, este momento da humanidade, em que já não se luta para o futuro seja melhor, e sim, apenas, para que não seja pior (OST,1999, p.340).

Por isso Delmas-Marty (2016), diante da percepção de que há uma dinâmica da globalização, e na busca por processos que contribuam para sua humanização, propõe que haja resistência à desumanização; com responsabilização dos atores, e, também antecipação dos riscos. Restou visto, que quanto ao aspecto da antecipação, este tem que ser um cuidado constante dos tempos modernos, não só porque os riscos vieram para ficar, como eles parecem ser agora muito desastrosos. E para isso não há paralelo em pensar em coisas que aconteceram antes, porque não estamos num mundo como antes, nosso mundo é de sensibilidade muito aumentada, e o fato de existir um avanço científico e tecnológico tão clarividente, torna muitas coisas inaceitáveis.

A jurista francesa parte da constatação de que muita coisa aconteceu desde o final da guerra fria, passando pelos atentados terroristas, as crises, tanto as migratórias quanto as financeiras, e o eterno problema da deterioração ambiental do planeta. E o faz, com vistas aos aspectos envolvidos na integração regional, nas comunidades supranacionais, bem como, na existência de instituições que se ocupam de gerir a interdependência, social e econômica, que decorrem da globalização.

E para Delmas-Marty (2016) a existência de ventos contrários, que se manifestam por meio de ineficiência das políticas globais, não deixam de se mostrar como desafios constantes. Para ela os ventos se correlacionam com diferentes tensões, que seriam quatro: liberdade contra segurança; competição contra cooperação; inovação contra preservação, e, exclusão contra integração. E, assim, para prosseguir seria necessário encontrar o equilíbrio dessas tensões.

E ela argumenta que isso pode se dar em função da ponderação dos interesses, de forma que entre inovação/conservação o equilíbrio pode ocorrer entre a gravidade científica e a aceitabilidade social do risco (segundo o princípio da precaução). E, também um esboço do modelo sobre mobilidade humana poderia adotar o princípio kantiano de hospitalidade universal para equilibrar a tensão entre a exclusão e a integração. Mas há situações em que não há como aceitar a ponderação, e ela cita os excessos da segurança na luta contra o terrorismo, sendo que entre liberdade e segurança, não é o equilíbrio que vai impedir o uso de tortura ou outro

tratamento desumano ou degradante, mas a existência de limites intransponíveis, os quais proíbem as formas de desumanização (DELMAS-MARTY, 2016).

De acordo com ela, que além de jurista é filósofa, a globalidade é única, mas também é múltipla, e ser múltipla implica certo pluralismo, e o fato de ser única exige ordenação comum, que ela denomina então de "pluralismo ordenado", que reúne diferenças sem removê-las, harmonizando a diversidade sem destruí-la.

Portanto, globalidade não é uniformidade, e reconhece diferenças recusando-se a padronizar um único modelo hegemônico. Aí Delmas-Marty lembra que Kant já temia uma república universal que poderia levar a um despotismo mais assustador. Um século depois, Tocqueville imaginou que o despotismo em uma democracia poderia levar à infantilização dos seres humanos transformando-os em animais dóceis, mas, no entanto, Tocqueville não tinha como imaginar a revolução digital e como ela estaria a serviço de um despotismo que veio suavemente penetrando no seio social, e no qual todos participam espontaneamente, havendo meios de vigilância em massa, alimentados por grandes bancos de dados que se formam com nossa própria contribuição, mais ou menos consciente, sendo tudo processado por algoritmos, cuja potência não conseguimos dimensionar, enquanto a inteligência artificial progride e se torna autônoma, e ela por fim questiona: “Poderia ser este advento de outra forma padronizada, a Pax technologica?” (DELMAS-MARTY, 2016)

3.5 A força simbólica do direito penal

Compreender que a violência e o direito penal, no contexto de seu uso como controle social[94] são produtos culturais e possuem um componente simbólico, os

[94] O controle social é a condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma ou procedimento. O controle social determina, assim, os limites da liberdade humana na sociedade, constituindo, ao mesmo tempo, um instrumento de socialização de seus membros. (CONDE, 2005, p. 22). E segundo Pablos de Molina este controle,

quais devem ser encarados a partir dos significados que carregam, pode tornar um pouco mais palatável a ideia de que a punição penal é parte de um conjunto de signos, dentre os quais, nesse papel de sua legitimação, tem destaque especial o abstrato conceito de justiça, mas não só ele, obviamente são explorados outros aspectos como ordem social, pacificação, liberdade, bem-estar, segurança, todos vinculados aos conceitos de direito e justiça.

Assim, com base em autores como Nicos Poulantzas (*O estado, o poder, o socialismo*, 1978), José Eduardo Faria (*Eficácia jurídica e violência simbólica*, e 1988) e Pierre Bordieu (*O poder simbólico*, de 1989), é que Rodrigo Fuziger, na obra "Direito penal simbólico" (2015), se propôs a analisar a questão dos símbolos como instrumento da integração social, dentro do direito penal, este como instrumento do controle social.

Por seu caráter simbólico o direito penal seria então uma falácia, diante da sua incapacidade de solucionar os problemas que precisa enfrentar, deixando de, na visão de Eugênio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 71), buscar as soluções reais, repetindo um discurso ilusório, como aliás também bem desenvolvido também na obra *Em busca das penas perdidas*, de autoria do primeiro, no sentido de que: "...o discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má fé nem de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso (...)"(ZAFFARONI, 2001, p.14).

Isso decorre em grande parte do uso da pena como panaceia, sendo o direito penal utilizado num cenário de temor generalizado, como se a aplicação das normas tivesse um caráter apaziguador, assim desencorajando as condutas transgressoras, quando na verdade produz mais e mais estigmatização, sem resolver os problemas, ainda quando estabelecido para atingir outros segmentos, tais como a criminalidade

---

constitui: "Conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir referido subentendimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários. (2002, p. 133-134)

Assim como o conteúdo impositivo do direito penal simboliza o sistema formal normativo, e que para ele teria uma preeminência dentre os subsistemas, vez que: "dentro do sistema global do controle social; difere deste último por seus fins (prevenção ou repressão do delito), pelos meios dos quais se serve (penas ou medidas de segurança) e pelo grau de formalização que exige". (PABLOS DE MOLINA, 2002, p. 134-135)

conhecida como “do colarinho branco”, acaba contemplando “resquícios de efetividade à expedientes seletivos” (FUZIGER, 2015, p. 20).

E ainda salienta o seguinte:

> Diante desse panorama de legitimação do Direito, por meio da violência simbólica, o poder deixa de ser uma espécie de violência em potencial. Acerca dessa mudança de concepção, o poder, no que diz respeito ao Direito, não é derivado mais da possibilidade do uso de uma violência física, como outrora, mas da manipulação ideológica simbólica, o que possibilita a gênese de processos de consentimento e interiorização das normas (FUZIGER, 2015, p. 59).

A importância destas reflexões se revela na medida em que buscam demonstrar os equívocos que se comete quando se pensa sobre o crime e os excessos punitivistas, bem como a falta de propostas de quebra dessa circularidade em que as ações se repetem, sem que se encare de outra forma o uso da violência pelo Estado, sem, contudo, produzir os necessários resultados para os problemas da criminalidade, da segurança pública, enfim dos riscos e temores sociais.

Também traçando críticas e para ressaltar tais equívocos, Massimo Pavarini, que foi um criminólogo e um grande crítico do direito penal, professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Bolonha, concedeu uma entrevista no ano de 2011, em que o foco era apontar que a única vítima do direito penal é o próprio acusado.

O que ele abordou na entrevista foi a questão de ser a punição considerada a única resposta possível, no sentido de que é uma realidade construída nessa perspectiva, utilizando o raciocínio punitivo como sendo o correto e o único eficaz, no sentido de infligir sofrimento a quem causa um mal. Disse ele que é difícil mudar isso, mas é uma tarefa da política. Mas, segundo ele, ainda, os políticos entendem bem que o alarme social e o pânico não estão relacionados com a criminalidade, e sim à crise econômica e do estado de bem-estar, porque há uma produção geral de insegurança, que de social e política, se transforma em insegurança como algo decorrente da criminalidade:

> El miedo social en Bolonia es exactamente igual que en Buenos Aires, Lima o Medellín. Podemos imaginar que el riesgo subjetivo de sufrir un delito es distinto, pero el miedo es lo mismo. El pánico social no se relaciona de ninguna manera con la criminalidad. Se vincula con otras

> cosas, con la crisis económica, con la crisis del estado de bienestar, con la producción en general de la inseguridad. Hay que decir que la inseguridad política social se convierte en inseguridad de la criminalidad. En el Primer Mundo, la crisis económica, que se relaciona con la crisis del estado de bienestar, se convirtió en fenómenos que están determinando mucho miedo social (PAVARINI, 2011).

Ele traçou um paralelo entre as sensações que eram provenientes do estado de bem-estar social, por ter este se transformado numa outra condição, que não é inclusiva e sim baseada na exclusão social. Antes, embora existisse o mesmo discurso punitivista, no estado do bem-estar social, havia mais otimismo entre as pessoas. Assim, citou o criminólogo inglês Chuck Young, para o qual a sociedade está doente com anorexia, quando antes estava em estado bulímico, pensando que era possível incluir todos, incluindo os transgressores, como os imigrantes, os doentes mentais, ou seja, havia um otimismo que tentava açambarcar tudo, mas desse clima que havia transformado a sociedade, passou-se a um outro, que se consubstancia na expulsão de tudo que é diferente:

> La sociedad europea no tiene ninguna política de inclusión social. Sólo excluir, lo que significa usar el derecho penal, el arma a través de la cual se puede poner en práctica esta política. Es el derecho penal no liberal, el derecho penal administrativo como medida de prevención: en Europa funciona la detención administrativa del inmigrante, sin hábeas corpus, sin determinación de la acusación. Es un regreso al derecho penal preliberal. Estas cárceles (se refiere a los centros de detención de inmigrantes en Europa) son lugares de detención peores que las cárceles porque no están a derecho. Es la utilización del derecho penal administrativo, no liberal, los enemigos no tienen derecho, no son personas. En mi vida pensé ver estas cosas en Europa. Nunca lo pensé posible (PAVARINI, 2011).

Em relação ao papel dos pesquisadores e dos cientistas, ressaltou ele que há efetivamente a necessidade desse auxílio para uma compreensão crítica da realidade e que apontar para o que fazer, diante de um quadro difícil, visto que impõe uma tarefa de desconstruir e construir de uma maneira diferente, o que se situa no campo de um problema político, incumbindo à política a transformação da realidade.

Ele reforçou que há uma coincidência de conclusões entre pesquisadores no mundo sobre o fato de que criminalizar não reduz a criminalidade, e assim, a punição por meio de imposição de pena não teria utilidade. Isso quer dizer aquilo que é chamado de criminalidade (e diz ele, se isso existe como noção) não tem redução por

meio do direito penal, que é um instrumento para infligir sofrimento. Em assim sendo, por este motivo deveria ser reduzido à expressão mínima, sendo que, esclarece:

> No estoy diciendo que sea posible en lo pronto tener una idea de control social sin penas, pero se puede decir que, al final, las cárceles buscan un papel prácticamente simbólico, mandar algunos ladrones a la cárcel. Pero algunos quiere decir poquísimos. Ahora está pasando exactamente lo contrario, es terrible. Podemos decir cualquier cosa sobre la criminalidad, pero hoy en día es una penalidad supina. Estados Unidos en tres décadas multiplicó por siete la población carcelaria, tenía menos del 113 por cien mil habitantes y ahora tiene más de 800. Una estadística más cercana, de Brasil, tenía 45 por cada cien mil habitantes en 1995; ahora tiene 200, 200 y pico, multiplicó por seis (PAVARINI, 2011).

Como há muitas pessoas encarceradas hoje, e elas são de segmentos discriminados[95], sendo sempre os mesmos que estão sofrendo, como ele citou serem os pobres e doentes mentais, mas há outros, principalmente discriminados por questões raciais, seria uma perspectiva digna, a redução da violência em geral, o que deveria começar pela redução da reação criminal, porque a violência institucional é terrível, disse ele, “muito mais terrível que a criminalidade”, mas que tal redução não poderia se dar em abstrato, havendo necessidade de construir uma realidade social, e este cenário teria que contar com pessoas que recepcionassem esta ideia, para que politicamente, ou seja, que os partidos políticos pudessem veicular estas mensagens, porque senão jamais poderiam fazê-lo, porque nunca seriam compreendidos, haveria repúdio, sendo que para isso seria muito importante a colaboração dos meios de comunicação, que hoje fazem um papel multiplicador, reforçando a ideia de que a criminalidade produz a insegurança[96].

---

[95] “...b)a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo da tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da razão criminalizante e da sua intensidade. [...] o direito penal [...] é o direito desigual por excelência” (BARATTA, 2011, p. 162).

[96] “*Ningún partido político lo podría hacer, sin que se transforme la realidad y se pueda pensar como posible la reducción, porque nadie apoyaría a ese partido. No se pueden decir cosas de esta calidad hoy. Lo puedo decir yo que no tengo cargo político, pero un político que reúna a la sociedad y le diga que “la criminalidad no existe, vamos a reducir...”, claro, sería un loco (risas). El político tiene que buscar una idea para transformar la cultura, y en ese sentido es muy importante la función de los mass media. Los mass media van reproduciendo. Yo no pienso que los mass media construyan la realidad, la realidad no se puede construir a través de la comunicación, pero se puede amplificar, reducir, orientar. Si en la televisión el 45 por ciento del tiempo pasan noticias de crímenes, la gente piensa que la van a matar*...” (PAVARINI, 2011)

Ainda foi abordada a forma como lidam os meios de comunicação, querendo inserir a narrativa segundo as vítimas, contrapondo as situações entre o que acontece ou deve acontecer com os agressores e o que pensam a respeito disso familiares da vítima, ou ela própria, dependendo do tipo de fato ocorrido, no sentido decomo reagem, o que entendem ser correto como resposta. E realmente a situação se transforma numa dicotomia de disputa de espaços para sentimentos de adesão no meio social quanto a formas mais duras de reação social. Ocorre que isso não tem como ser resolvido por meio do direito penal, se ficar focado na lógica punitivista, porque nunca haverá, segunda essa lógica um limite razoável para suplantar a dor de uma perda ou um mal praticado, porque sequer uma condenação à morte resolve essa situação, e sim só exacerba uma maior força e violência do Estado.

Disse ele respondendo a mais um questionamento referente à questão da vítima no direito penal que,

> o direito penal não tem relação com a vítima. Essa é a questão. Se sair do processo criminal, é uma história longa e difícil de entender, mas a questão é como vamos limitar a violência estatal, que é a questão afeta ao direito penal. A vítima tem direito a muitas coisas, a compensação social, a ter ajuda e auxílio, enfim tudo. Mas não o de ser um ator no drama do direito penal. A única vítima do direito penal é o acusado. Não consigo imaginar há 25 ou 30 anos na Itália, na Europa, um jornalista perguntando à vítima "Você gosta desta lei?" Mas isso agora acontece.

Se houver uma ação no sentido de buscar saber da vítima o que ela quer, o que ela acha razoável, porque isso se transformaria, sob o ponto de vista do castigo ou da vingança na necessidade de um direito penal muito cruel, e isso ele comentou na entrevista, sobre a consequência nefasta que um “direito penal brutal”, porque não é por meio do processo criminal que a vítima (ou familiares) poderiam buscar a satisfação, sendo possível demonstrar que a vítima não tem necessariamente um desejo vingativo, caso tenha condições de buscar satisfações de outras ordens, ainda que não sejam materiais. Ele lembra a questão das vítimas do terrorismo na Itália, e do que buscam os que sofreram com os males provocados por atos terrorista: querem entender por que isso aconteceu, querem a existência de uma memória histórica, de quem é o responsável, e que isso não tem relação com “buscar punição”, querem descobrir a verdade, e ele traça um paralelo com os que sofreram com a ditadura aqui, as vítimas da ditadura.

Aliás, Zaffaroni já havia afirmado que:

> A característica diferenciada do poder punitivo é o confisco do conflito, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é vítima por parte do senhor (poder público), degradando a pessoa lesada ou vítima à condição de puro dado para a criminalização. (2007, p.30).

No esmo intuito de apontar equívocos que se cometem quanto aos excessos no campo punitivo é que Sérgio Salomão Shecaira teceu uma crítica ao sistema punitivista., no artigo “Punir mais é querer alimentar a insegurança dos cidadãos” (Conjur), o qual foi publicado originalmente na Folha de São Paulo, em janeiro de 2017 (com o título “Um governo do fim do mundo”), Sérgio Salomão Shecaira teceu, mais uma vez, uma crítica ao sistema punitivista.

O artigo tratava da questão do indulto que no ano anterior tinha sido dificultado pelo Ministro Alexandre de Moraes, quando era ainda Ministro da Justiça do Governo de Michel Temer, e da substituição que vinha sendo feita no Ministério da Justiça, de políticas de cunho preventivo por políticas com sinalização mais repressiva, afirmando ele que:

> Até a ONU está percebendo que tal guerra não está dando muito certo. Basta ver o poderio econômico do tráfico no Brasil e no mundo. Se o Brasil tem um dos maiores incrementos de população carcerária do planeta é porque a guerra inunda os presídios com pequenos traficantes. E não resolve o problema da criminalidade. Bem ao contrário.

E prosseguiu no teor das críticas para dizer: “Se ainda há quem acredite que o objetivo da pena é mitigar a reincidência e reinserir o condenado na sociedade, o ministro da Justiça conseguiu, de uma penada, dizer que o Estado deve perseguir até a morte o criminoso. Javert não conseguiu fazer tanto com Jean Valjean[97].

---

[97] Aqui uma alusão ao romance “Os miseráveis” de Victor Hugo. Javert era o inspetor um dos personagens principais, um homem cego pela lei e pela ordem, que agia de forma metódica e racionalista ao extremo, dedicando sua vida ao combate do crime, perseguindo os que de acordo com a definição da lei são os criminosos. Era o principal antagonista de Jean Valjean, um ex-condenado às galés que modificava a vida de muitos mediante atos humanitários e sacrifício pessoal, diferente de Javert, que nunca demonstrou compaixão pelas pessoas. Javert foi certa feita salvo por Valjean, e aquele, cego pela justiça, preferiu depois morrer, se suicidando (pulou nas águas geladas do rio Sena), e o motivo é que foi um dia salvo por quem ele considerava criminoso, tendo praticado atos que mereciam punição, estando ele impedido de agir por uma questão pessoal, pois ele tinha

Fez questão de reforçar a visão de que a criminalidade organizada nasceu como resposta das facções criminosas ao comando punitivo exacerbado dos cárceres, e, por este motivo é que o título do artigo reproduzido no site Conjur é no sentido de que punir mais é alimentar a insegurança dos cidadãos, com um custo muito alto, em recursos financeiros mesmo.

É de se observar que existe efetivamente o uso político da violência, até com certa dramatização pelos meios de comunicação, passando uma ideia associada à criminalidade, como se fossem a mesma coisa. Inclusive incutindo na população a ideia de que o conflito não é algo que faz parte da convivência social, auxiliando no discurso do aumento da punição e da pena, como algo ínsito à solução de diversos problemas sociais.

3.5.1 A preocupação com a vítima

Júlio B. J. Maier, processualista penal argentino, disse no prólogo da obra "*De los delitos y de las víctimas*" (2008, p. 11) que a preocupação pela vítima esconde, segundo ele entende, um movimento mais universal, pois parte do sistema penal estabelecido. Representando a crise deste sistema, evidenciando que há duas maneiras distintas de solucionar os conflitos sociais: aqueles que transforma tais conflitos em conflitos entre o autor do fato com o Estado, que é sinônimo e direito penal e de punição estatal, e aquele, para o qual, tais conflitos acontecem entre pessoas, individualmente ou como um todo, cuja solução incumbiria a elas diretamente, o que corresponde às formas autocompositivas[98].

---

salvo sua vida. Como não conseguiu sobrepor o dever público a este sentimento pessoal, preferiu tirar a própria vida.

[98] "*La preocupacion por la víctima esconde, a mi juicio, un movimiento más universal, pues, de ordinario, se plantea dentrodel sistema penal estabelecido. La crisis del sistema penal pone de nuevo, enfrentados, dos sistemas distintos de solución de conflictos sociales: aquel que los transforma em conlictos del autor com el Estado (inquisición), sinónimo de Derecho penal y de pena estatal, y aquel para el cual tales conflictos suceden entre personas, individuales o como o cojunto, y deben ser resueltos por ellas (composición).*"

A tensão possível entre estas duas formas de solucionar as questões, na atualidade, é que teria resultado na preocupação com a pessoa da vítima. E por esta razão, ou seja, por estar este problema num âmbito mais amplo, do que a questão do "renascimento" da vítima no direito penal, é que foram adicionados pontos de vista mais radicais a respeito do tema, como o dos abolicionistas, movimento que, segundo Maier, aponta com maior claridade e coerência política, a tensão entre estes sistemas (2008, p.11)[99].

Então é sabido que temos aqui uma temática muito complexa, multifacetada, contingente, a partir de um emaranhado social que engloba todas políticas de Estado, incluindo a política criminal, bem como o fato de que não se sabe até que ponto são construídas soluções tendo por base estudos criminológicos, por exemplo, e também não se sabe, com exatidão, muitos outros aspectos deste fenômeno.

Ainda segundo ainda Julio Maier (2008, p. 11-12),

> (…) a comprovação de que o direito penal e tudo o que ele representa, ou que nele está representado (Estado, pena estatal, persecução pública), é um produto contingente da cultura ou da política humana, dependente assim de uma forma particular de organização social (o Estado como poder político central, que estabelece distância maior ou menor, entre o súdito de carne e osso e o poder político, gerando, como método de controle social, o poder punitivo). Isto quer dizer que, se eliminarmos os restos de poder que quase toda forma de organização social gera – e que mostraria também un corte sincrônico de um período histórico primitivo, sem organização política centralizada - , um corte diacrônico, relativo às grandes linhas históricas, nos mostraria períodos sem Direito penal, nos quais os conflitos sociais, incluindo os graves, que hoje caracterizam o Direito penal, encontravam sua solução por uma via distinta, por exemplo, pelo consenso dos protagonistas, ou pelo combate entre eles, como é exemplo clássico do direito comum germânico (composição), mas também no paradigma do Direito interestatal da época atual (Direito internacional público).[100]

---

[99] "*La tensión posible entre ambos, em la actualidade, ha arrojado como resultado la preocupación por la víctima. Es por esta razón, precisamente, por la pertenencia del problema a un ámbito más genérico que el del "renacimiento" de la víctima em el Derecho penal, que hemos agregado visiones más radicales, como la de los abolicionistas, movimiento que descubre com menos preocupación científica, pero com mayor claridad y coerencia política, la tensión entre ambos sistemas*."

[100]"(…) *la comprobación de que el Derecho penal y todo lo que el representa, o em él está representado (Estado, pena estatal, persecución pública), es un producto contingente de la cultura o de la política humana, dependiente de una forma particular de organización social (el Estado, como poder político central, que establece distancia, mayor o menor, entre el súbdito de carne y hueso y el poder político,*

E dessa forma então é que ele complementa e encerra o prólogo da obra, dizendo que pensar dessa forma o Direito penal, auxilia o próprio convencimento e também o convencimento de outros, sobre a existência de outras soluções para os casos penais, que podem ser mais racionais, sendo principalmente menos cruéis, do que a pena estatal, principalmente aquelas que foram e que são paradigmáticas, como a pena de morte e a pena corporal, de antes, e a privação da liberdade, de agora.

Quando se inicia uma discussão sobre a crueldade e a violência do Estado, a qual se dá por meio do sistema penal, a primeira coisa que normalmente se faz é dizer que a preocupação com a crueldade da pena é despicienda, em razão do fato de que são poucos os casos hoje que são punidos com a pena privativa de liberdade, que há uma vasta categoria de crimes, em relação aos quais não se aplica esta pena, no caso do Brasil, e, além do mais, é uma pena executada de forma progressiva, e que, portanto, não se justifica mais este foco da violência estatal e da crueldade, a não ser pelo fato de que existe uma criminalidade grave, em relação à qual é indispensável manter esta forma de retribuição, justamente porque seria a única que desestimula a prática de crimes.

Nada disso pode ser demonstrado cientificamente. Há uma demanda muito grande pelo encarceramento e penas mais duras, e, diante da inexistência de alternativas para resolver questões relacionadas à violência, à segurança pública, aos conflitos de toda ordem, há uma muito grande pela expansão do direito penal.

Nils Christie desde a década de 70 já vinha apontando a necessidade de pensar as consequências dos estudos criminológicos, o fazendo inclusive quando analisa e contextualiza litígios ocorridos e debatidos em comunidade para evidenciar a ideia de que os conflitos delitivos foram arrancados dos diretamente envolvidos (como já foi

---

generando, como método de control social, el poder penal del Estado). Esto quiere decir que, si eliminarmos los restos de poder que casi toda forma de organización social genera – y que mostraria también un corte sincrónico de un período histórico primitivo, sin organización política centralizada - , um corte diacrónico, relativo a las grandes lineas históricas, nos mostraria períodos sin Derecho penal, en los cuales los conflictos sociales, incluidos aquellos graves, que hoy caracterizan al Derecho penal, hallaban su solución por una via distinta, v. gr., por el consenso de los protagonistas o el combate entre ellos, como em el ejemplo clásico del derecho común germano (composición), pero también el paradigma del Derecho interestatal de la época actual (Derecho internacional público)."

referido pela citação de Eugenio Zaffaroni feita no item anterior) tendo o Estado se apoderado dele no processo penal (CHRISTIE, 2008, 1977).

E, apesar da referência que existe na doutrina restaurativista, a mais de um dos povos indígenas, buscando na experiência deles a origem do uso desta concepção de justiça como reparação (como os povos Maori e os Navajo, entre outros), há quem atribua o surgimento da teoria restaurativa à publicação do criminólogo escandinavo Nils Christie, *Conflict as property,* feita no conceituado The Britsh Journar of Criminology, em 1977.

O pioneirismo do trabalho de Christie se deve justamente a identificar a apropriação do conflito, como salientado acima, o qual é retirado dos seus protagonistas – autor e vítima -, para ser entregue a um terceiro, que é o Estado, e que haveria a necessidade de ser devolvido o poder dos participantes originais, sobre ele e a respectiva construção da resolução. Ele trabalha a elaboração do conceito, traçando liame com as teorias pedagógicas, como as que foram desenvolvidas por Paulo Freire no Brasil, dizendo que este resultado deveria ser considerado pelos teóricos do controle social do crime.

Como o conflito está no cotidiano dos indivíduos, também deveriam estar ao alcance deles as formas de composição. Mas não é o que ocorre com o processo penal praticado, percebendo-se que nos tribunais, principalmente os que estão em cidades maiores, os Tribunais Superiores, os conflitos são debatidos sem a presença dos envolvidos, ou seja, os envolvidos não são tratados como elementos centrais, e sim periféricos e secundários (CHRISTIE, 2008, p.161).

Os motivos que foram apontados por Christie (2008, p. 161-163), em relação ao dito afastamento entre as pessoas e as maneiras pelas quais são compostos os conflitos se devem a quatro circunstâncias: i) os tribunais estão sediados nos centros administrativos das cidades, distantes das pessoas comuns; ii) além do distanciamento territorial, também a complexidade destes centros faz com que apenas quem é técnico da área se sinta confortável na estrutura, eliminando qualquer possibilidade de pertencimento às partes; iii) é próprio destes espaços que as partes sejam meramente representadas, conferindo a sua presença à marginalidade da arquitetura processual; e iv) a participação nos conflitos penais é conferida a uma das

partes e o Estado, com a chamada vítima representada pelo último e “empurrada completamente fora do cenário e reduzida a ser mera desencadeante do assunto”.

A questão de tensionar o convívio social é importante também para formar a sensação constante de ameaça, dado que há muitos exemplos divulgados, os quais parecem reproduzir uma situação muito alarmante de insegurança.

Ainda mais em se tratado da sociedade massificada em que se vive, vez que a participação social é escassa do ponto de vista formal, e assim as instituições e organizações formam monopólios de não intervenção ao que é exterior, o que representa para Christie uma perda coletiva no curso desse processo, em que as norma não estão bem compreendidas, não existindo uma clareza de sentido, e assim há uma posse exclusiva de quem pode apontar para o que efetivamente é o mais importante, qual conflito, qual situação (CHRISTIE, 2008).

Por isso que, neste contexto, a vítima é tolhida da possibilidade de participar, ela assim, para Christie não tem lugar em tal quadro para a recomposição do conflito em que foi envolvida, ou seja, “se encontra tão completamente fora do caso que jamais terá a oportunidade de chegar a conhecer o delinquente. [...] Necessitará de todos os estereótipos clássicos do ‘criminoso’ para buscar uma mínima compreensão de todo o problema” (CHRISTIE, 2008, p. 171).

Em 1986, Nils Christie, quando já havia admitido que não foi possível criar uma cura para o delito, afirmou que a pena é um *mal com a intenção de ser assim*. E, assim, a manutenção de um sistema penal, que é historicamente criado dentro dos valores de determinada sociedade, reflete não só a imagem do tipo de criminoso que essa arquitetura ajudou a criar, mas também a estrutura de Estado que mantém o processo penal (CHRISTIE, 1989).

A estruturação de um processo em que é possível distinguir partes, Estado e conflito evidencia o que ele chamou de expropriação do conflito pelo Estado. É interessante, um retrospecto para percorrer todo esse período a partir de suas constatações chegando até aqui, para concluir que houve realmente, no campo processual penal, pouca evolução, e que as pessoas envolvidas em crimes não ganharam qualquer espaço mais significativo, no sentido de poder participar da

composição, o que, produz uma sensação de maior apaziguamento interno, de mais cura pessoal, ante o trauma da violência e da agressão.

Estes aspectos são de grande importância quando se pensa e se propõe alguma solução alternativa, diferente das que impõem uma sempre constante e intermitente reformulação de algo que, com a aparência de novo, não muda nada. E aqui devem ser citados os esforços legislativos que aconteceram no Brasil, como exemplos de busca por algumas mudanças na legislação, basicamente nas regulações que se destinam a algum viés de ordem repressiva e condenatória, sem alterar o paradigma vigente, e, por este motivo, os resultados tendem a ser mais contidos, ou seja, são limitados em termos de transformação cultural.

3.6 A demanda por mais punição provocando a expansão do direito penal

Até aqui se foi delineando quais elementos compõem uma base para reflexões que auxiliam na compreensão do controle social, basicamente, nos países periféricos, cujas formações sociais capitalistas foram constituídas com base no contrato social, e que não enfrentam seus problemas estruturais justamente pela dificuldade no pacto de distribuição quanto a bens e riscos, de forma igualitária e proporcional, por isso o tratamento do crime e da segurança pública, estão de forma muito intensa inseridos na esfera dos mecanismos burocráticos do Estado, especialmente de seu aparato repressivo, inviabilizando ou limitando escolhas mais sensatas no âmbito da política criminal, ou seja, com mais condições de corresponder com equidade ao contido no pacto social, realizando minimamente a justiça social.

Por outro lado, uma função não menos importante é a de permitir a abertura de espaços para o poder e propiciar sua consolidação no imaginário social, quando já tinha constatado Hassemer que havia a emergência do risco e o seu impacto nas pessoas, tendo ressaltado ele, neste artigo de 1994, que

> os filósofos sociais falam hoje de ‘sociedade de risco’, reforçando-se a que nós na vida diária nos defrontamos com crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis. A complexidade de nossas relações sociais é antes de mais nada vivenciada como algo

> ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados. Os grandes riscos da tecnologia moderna, da qual dependemos, afiguram-se-nos incontroláveis e produzem um clima generalizado de ameaça, de estarmos entregues à própria sorte.

É que efetivamente esta condição que incrementou a ansiedade social a partir do último quarto do século XX, foi e tem sido e será ainda mais influente, no sentido de interferir na forma como as pessoas reagem coletiva e individualmente em sociedade, vez que tais sentimentos, segundo ele,

> podem ser prontamente ativados ou despertados sobretudo quando dois fatores convergem na percepção pública: - a ameaça é ao mesmo tempo difusa e intensa, e – a impotência do Estado em controlar a criminalidade é notória. Ambos estes fatores estão presentes e caracterizam nossa situação atual: Criminalidade Organizada é um produtor de medo de alta efetividade, os índices de criminalidade aumentam e os de sua elucidação caem (HASSEMER, 1994).

Há manipulação, pela mídia e outros meios que tenham interesse em tirar proveito, inclusive político, deste temor coletivo difuso originado pelas dificuldades econômicas e também decorrente do relacionamento interpessoal, razão pela que, inclusive, se confundem a nova criminalidade com a criminalidade de massa, as quais são coisas diferentes e que merecem tratamento diverso.

E por fim ele acentua que “o atrevimento e a impassibilidade do arbítrio criminal cruzam incessantemente nossa mídia e nossas cabeças, desencadeando torrentes de indignação que eliminam qualquer concepção de segurança pública asseguradora da liberdade” (HASSEMER, 1994).

É neste contexto que Silva Sánchez não atribui isso apenas à perversidade estatal, ou seja, não atribui o fenômeno da expansão do direito penal somente à finalidade de buscar “no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)”. Pelo fato de que ele entende que seria ingênuo atribuir as causas desse fenômeno exclusivamente à “superestrutura jurídico-política da instância estatal”, que traduz a demanda de mais punição ao pé da letra, e transforma isso tudo, efetivamente, em direito penal positivado, mais duro,

mais recrudescido. Para ele as causas reais da expansão são mais profundas, fundadas no modelo social a partir do fim do século passado e início deste século, quando então tudo isso provocou a mudança da expectativa de amplas camadas sociais em relação “ao papel que cabe ao Direito Penal” (SÁNCHEZ, 2013, p. 29-30).

Em vista disso, diante de uma pauta em que a questão envolve demanda por *mais* proteção, sendo canalizada esta pretensão “em termos mais ou menos *irracionais* como demanda de ***punição”,*** ele ainda não descarta, como já se tinha sugerido acima,

> a “possível responsabilidade que os formadores de opinião possam ter em tal canalização, dado o seu papel de mediadores”. Ocorre que as instituições do Estado acolhem, diz ele, tais “demandas irracionais sem qualquer reflexão, em vez de introduzir elementos de racionalização nas mesmas” (SÁNCHEZ, 2013, p. 30).

Com base na análise feita até aqui, há um conjunto de elementos de diversas áreas do conhecimento, desde a filosofia, a psicanálise, a psicologia social, a sociologia e a ciência política, de modo a ser possível concluir quanto às formas de controle social e governança, que as decisões tomadas não decorrem de uma possível falta de reflexão ou de compreensão, mas indicam que há uso do poder com a finalidade de controle, por meio da repressão e de punição, os quais buscam, por meio de um aparato ideológico, justificar o uso da violência pelo Estado.

Prosseguindo no raciocínio da busca por explicações dessa expansão, também se deve levar em conta que o direito penal continua sendo a opção de escolha por um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes, e por isso também, dada a diversificação de áreas que requerem proteção, como a de novos bens jurídicos, ou do redimensionamento de alguns, que antes não eram precisavam necessariamente de proteção especial, mas, com o aumento da complexidade passam a necessitar, e a expansão também decorre disso. Por exemplo cita ele as instituições econômicas de crédito, ou ainda “a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente”. Ou a existência de realidades que antes não eram reparadas, como o patrimônio histórico-artístico, entre outros (SÁNCHEZ, 2013, p. 33-34).

Complementa no sentido de que:

> A doutrina já se ocupou detalhadamente desses fenômenos - bens coletivos, interesses difusos - que realçam a crescente dependência do ser humano de realidades externas ao mesmo, como é o caso da normal atividade de determinados terceiros. O que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida. De qualquer modo, seria ocioso dedicar aqui mais espaço a essa discussão. O que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da “expansão desarrazoada”.

Esse é o argumento utilizado para enfatizar que, precisamente na significativa mudança de autocompreensão social produzida nas últimas décadas, encontra-se a modificação do produto do juízo de ponderação de interesses antes referido no sentido de uma diminuição dos níveis de risco permitido, como consequência da supervalorização essencial da segurança (SÁNCHEZ, 2013, p. 43).

Essas demandas de segurança encontram apoio nos delitos de perigo abstrato, pois a incriminação de condutas por meio de delitos culposos de resultado não se mostra satisfatória, por se caracterizar justamente pela confiança do agente na não-produção do resultado.

A globalização, como fenômeno econômico internacional e a integração supranacional, como fenômeno jurídico-político, constituem, por sua vez, dois fatores que influem de modo decisivo na discussão sobre o direito penal da sociedade pós-industrial, na mesma linha que venho descrevendo, pois atrás deles está a reivindicação de uma luta mais eficaz contra a criminalidade.

O que se tem experimentado, a partir do desdobramento do caráter fragmentário do direito penal, que se funda no princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio,* para instigar ideias minimalistas e também abolicionistas, é um movimento de deslegitimação do modelo punitivo clássico, por meio do viés expansionista, tendo em conta as demandas determinadas por uma sociedade progressivamente de riscos, na expressão empregada por Ulrich Beck (2010).

Por isso a crescente edição de novos corpos normativos, muitos carecendo de melhor sistematização, que acabam por abarcar medidas de ordem penal, algumas inclusive distantes das garantias que o sistema penal requer, mas justificadas pelas

construções teóricas que atendem às novas necessidades de que vem se ocupando os modernos postulados de um novo direito penal. Por isso, o fenômeno expansionista procura fazer frente aos perigos produzidos a uma sociedade afetada por atividades cada vez mais nocivas à vida coletiva, sendo o direito penal chamado a assumir uma estratégia da *gestão de riscos,* de modo a contribuir para sua contenção, e, ainda, com a responsabilidade de conter a violência urbana, assumindo por completo a atuação no campo da segurança pública e plasmando critérios utilitaristas e pragmáticos de segurança jurídica.

Daí pensarem os novos penalistas numa nova formulação ética, não propriamente na concepção do que é o mal em si mesmo, mas no prognóstico do que poderá vir a gerar um mal (JONAS, 2006), de modo a influenciar, também no campo do direito penal, uma certa ideia de antecipação de proteção e tutela de novos bens, compatível e proporcional ao aparecimento de novas demandas sociais. Aqui se coloca ênfase ao paradigma com preponderância preventiva, mas não sem críticas, em especial, quanto à sua atuação como *prima ratio* (GIACOIA, BONAVIDES, 2018, p. 233).

E já se veiculou, aqui, a amplitude que têm algumas definições (de novos direitos, por exemplo), e a dificuldade dessa tarefa vir a ser feita pelos legisladores, que assim editam legislações de textura aberta. Nesse quadro, quando se quer tanta proteção, via o direito penal, a tendência expansionista se exacerba.

Caberia, desde logo, já neste momento, lembrar que, diferentemente do que até então se pensava, o público nem sempre se confunde com o estatal. Público seria o que interessa a toda a coletividade, e não apenas ao Estado, enquanto personalidade jurídica própria. E, apesar de ainda subsistirem dois regimes jurídicos diferentes (público e privado), tais esferas não se excluem, mas se complementam de forma interdependente e não excludente.

Ora, da mesma forma que, na esfera privada, não se cuida de direito absoluto ao egoísmo, já que mesmo a ela a ordem jurídica impõe limites de natureza pública, de igual forma o sistema jurídico necessita desenvolver elementos que assegurem o interesse público, de modo a fortalecer a relação entre o direito, a ética e a política.

Neste ponto de aproximação das esferas do que cabe ao público, e do que cabe ao privado, conjuga-se a doutrina da ponderação dos princípios, regras e

valores, orientada por Alexy, quando afirma que o que deve regular a relação entre o público e o estatal, isso tendo sido já ressaltado em artigo publicado na revista Argumenta (GIACOIA, BONAVIDES, 2018, p. 234), porque também a relação público-privada necessita do balanceamento, pelo princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, de modo que a norma jurídica contemple, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos que tenham adequação ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância (ALEXY, 2001).

Embora esta proposta não consiga escapar da crítica de ser impossível a ponderação de vários princípios diante da mesma situação fática, acaba sendo bastante útil à compreensão da contemporaneidade e necessidade da especial tutela de algumas situações, em que, por exemplo, haja mais de um interesse em jogo necessitando de resguardo. O que se evidencia é que o exercício de aproximação, decorrente de uma maior comunicação entre as entidades jurídicas, tem se mostrado de fundamental importância para a maior eficiência da tutela estatal, notadamente em relação a bens que reclamam uma intervenção preferencialmente preventiva.

É que uma concepção do sistema penal que se vincule à ideia da prevenção, por exemplo, esbarraria num contraponto da ideia de insegurança social, e na necessidade do recrudescimento da repressão, inclusive restringindo-se ou atenuando-se garantias, de forma que esta questão é alvo constante de uma convergência comum da crítica, no sentido da necessidade de ampliação do campo de atuação ou de visão do direito penal. De um lado pelo processo de endurecimento das leis de conteúdo incriminador com redução de garantias, e, de outro, a assunção da ideia fundante dos sistemas penais paralelos, ou, ainda, de sistemas paralelos que ocupem espaços antes reservados apenas ao sistema penal tradicional ou ao direito penal clássico.

É observada uma crise do direito penal, de base liberal, por ele ser um instrumento de controle de macroproblemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais à proteção desses bens (TOMILLO, 2008, p. 39), e assim também se perscrutou esta ideia no artigo publicado na revista Argumenta (GIACOIA, BONAVIDES, 2018, p. 235).

Por isso mesmo, Hassemer prega a ruptura do direito penal clássico, em relação ao direito penal moderno. Para ele, o direito penal clássico seria

> dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam insertas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do direito penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadoras de um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos. Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmudar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipuamente preventivas e de orientação pelas consequências, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção (2003, p. 55-58).

Não é por outra razão que Silva Sánchèz, quando trata do expansionismo do direito penal, não sendo desta escola, manifestou concordância com os pressupostos problemáticos que justificam a proposta de criação do direito de intervenção, sob a nomenclatura de direito penal de segunda velocidade (2013, p. 183-184).

Por sua vez, Tiedemann (2007) também defendeu a modernização no sentido de que é preciso pensar numa outra forma de enfrentamento das questões afetas ao âmbito do direito penal, por meio de alternativas, e por meio desse viés parece irreversível considerar a aproximação entre diferentes ramos tradicionais do direito, por exemplo, direito administrativo e do direito penal, direito processual civil e processual penal, ou, até mesmo, entre diferentes campos da ciência: psicologia e direito, neurociência e direito, psicanálise e direito, sociologia e direito.

Isso reporta à superação da clássica divisão tanto dos institutos jurídicos, como dos campos do saber, que não podem mais permanecer em compartimentos estanques, muitas vezes incomunicáveis, o que na conjuntura globalizante atual, compromete a efetividade. E mesmo que estes segmentos sejam distintos do ponto de vista principiológico, é a complexidade da vida moderna que impõe permanente comunicação entre eles, até em função da unicidade ontológica que justifica seu fim, caracterizando-os, no todo, pela unidade e totalidade, enquanto integrantes de um conjunto de instrumentos de regulação da vida em sociedade.

É certo que esse fenômeno acaba por provocar consequências práticas que demandam algum esforço hermenêutico, carecendo ainda de sistematização. Com efeito, podemos facilmente observar que algumas normas que passaram a integrar

nossa ordem jurídica, especialmente a partir dos últimos anos do século passado, possuem afinidades e projetam efeitos plúrimos, cuidando-se de regramentos com interagem de forma complexa, espraiando seu campo de abrangência inclusive além do mundo jurídico. E isso por possuírem conteúdo de ordem mais social que formal. Dentre os elementos que estabelecem essa aproximação, por excelência está o conteúdo sancionatório da legislação em correspondência às hipóteses de responsabilização.

3.6.1 Revisitando as funções do direito penal

Há relação entre o sistema penal e a realidade política e social. Até o início da década de 70, no século XX, depois da evolução que até então se verificou no direito penal, desde sua origem, o que se observava era uma preocupação formal, centrada no cumprimento da norma, do que estava previsto no tipo penal, o que significa uma perspectiva ontológica, com base na natureza das coisas (método do *ser*), sem atentar para a questão de existir uma decisão justa para o caso concreto, mas, segundo Claus Roxin, o que predominaria hoje na doutrina penal alemã, não seria mais orientado para o ser, para a causalidade ou para a finalidade. (ROXIN, 2017, p. 50)

Quando se passou a compreender, que só a norma positiva não era suficiente para dar sentido ao sistema jurídico, tendo em vista as mudanças na realidade social, com o paulatino aumento da complexidade, entre outros aspectos, veio a lume o enfoque normativista (do dever-ser) e a dimensão axiológica (valorativa).

O movimento que veio para superar o neokantismo e o finalismo foi o funcionalismo, o qual está baseado na *orientação a fins sociais,* retratando Luiz Flávio Gomes, este fenômeno, para dizer que “a sociedade é um sistema e o direito penal é um subsistema, que existe para cumprir determinadas funções” (GOMES, 2011, p. 68).

Mais de uma corrente integra o funcionalismo e a origem delas se deu pela aproximação às ciências sociais, com base na teoria sociológica dos sistemas, a partir, principalmente de Talcott Parsons (sociedade como um sistema em equilíbrio), de forma que a introdução das ideias do funcionalismo sistêmico ao direito penal, trouxe

uma mudança de perspectiva, com abandono das referências ontológicas ou naturalísticas para os critérios normativos, com ajuda das ciências sociais:

> a) o funcionalismo orientado aos fins da política criminal – que é o da Escola de Munique, encabeçada por Claus Roxin, com importantíssimos integrantes, como Bernd Schünemann e tantos outros; b) o funcionalismo da Escola de Frankfurt, do controle social, cujo representante máximo é Winfried Hassemer que defende a função garantista do direito penal; c) o funcionalismo sistêmico, da Escola de Bonn, que é uma corrente radical, que tenta transportar ao direito penal a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, recorrendo à *autopoiesis.* Seu representante é Gunther Jakobs, que pretende desenvolver um modelo social do qual se deriva o direito positivo, que trata da função do direito penal como proteção da norma penal (OLIVÉ, 2017, p. 144).

Não se trata de uma teoria nova o funcionalismo penal. A elaboração da teoria funcionalista teleológica, especialmente, teve influência marcante das teorias sociológicas de Max Weber, Émile Durkheim, Talcott Parsons, Robert Merton, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, os quais são expoentes da sociologia moderna. E, nesse âmbito sociológico o funcionalismo consubstancia-se num modo de analisar a sociedade, com seus componentes característicos, tendo enfoque na mútua integração e interconexão, para assim romper os entraves da complexidade que é natural a qualquer sistema social.

O funcionalismo considera o caminho do processo social e os arranjos coletivos, abrangendo os mais variados aspectos da sociedade, com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam nos diversos segmentos, e, de forma geral, parte de uma análise de casos concretos, colhidos em sua maioria da jurisprudência, para se chegar a conclusões gerais, o que o caracteriza como método praticamente indutivo.

O funcionalismo orientado aos fins da política criminal, faz uma vinculação entre o direito e a política criminal, de modo que a teoria do delito não pode ficar alheia aos princípios jurídico criminais (OLIVÉ, 2017, p. 145). Roxin em 1970 publicou seu *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, no qual discrimina cada uma das categorias do delito em relação a uma estrutura da política criminal, segundo ele, o crime é composto de três requisitos, que são a tipicidade; a antijuridicidade e a responsabilidade; categorias que foram reestruturadas a partir da sua concepção político-criminal, cujos

princípios devem estar presentes em cada momento do delito (OLIVÉ, 2017, p. 145-146). Ressalta nessa linha o princípio da intervenção mínima, uma vez que a tipicidade já não pode ser entendida em sentido puramente formal, só pela adequação do fato à letra de lei, porque nem tudo que formalmente típico, também o é materialmente.

Roxin indaga sobre a utilidade da solução de um problema jurídico se do ponto de vista político-criminal isso estiver equivocado. O exemplo é do princípio da insignificância, que do ponto de formal (legalista), sendo a conduta absolutamente insignificante ou com um resultado, embora típico, irrelevante, mostrando-se de uma tipicidade puramente formal; mas, do ponto de vista material (substancial), tendo em vista o princípio da intervenção mínima, não se justificaria impor pena a quem praticou um fato insignificante, pela desnecessidade da pena.

Dessa forma o fato é atípico, não sendo possível usar o direito penal para coisas insignificantes. Apesar disso recomenda-se que o fato insignificante sofra algum tipo de sanção (civil, administrativa, trabalhista, moral etc.) para que não seja repetido, sem que se justifique a incidência do direito penal.

No âmbito da tipicidade uma das mais relevantes contribuições de Roxin que a teoria da imputação objetiva surge no mundo jurídico/penal, passando a fundamentar os estudos da estrutura criminal por meio da análise dos aspectos políticos do crime e, provendo contornos atuais, tendo esta teoria por finalidade, de modo geral, resolver os problemas não solucionados pelo causalismo e pelo finalismo, por meio de uma nova perspectiva e delimitação do tipo objetivo. Essa teoria parte da premissa de que só é imputável ao agente a conduta que cria risco proibido, e desde que esse risco se concretize no resultado produzido, de modo que muitas regras de imputação objetiva foram desenvolvidas para se apurar se o fato deve ou não ser imputado ao agente como obra dele.

O funcionalismo do controle social de Winfried Hassemer, se trata de uma segunda frente das correntes funcionalistas, e segundo esta teoria, o controle é manejado por um conjunto de meios e instrumentos que procuram assegurar a manutenção de uma determinada ordem social vigente, utilizando meios formalizados e não formalizados para a manutenção e proteção dela. Propõe Hassemer a redução do direito penal, ao que ele denomina de “direito penal nuclear” (OLIVÉ, 2017, p. 147).

O direito penal faria parte de um dos primeiros e é, aliás, o meio mais formalizado, já que dotado de inúmeras garantias penais e, principalmente, processuais. Nessa perspectiva, o crime se mostra uma conduta desviada e lesiva à ordem social e a pena nada mais é que uma reação social formal, que só pode ter incidência sob o império de todas as garantias inerentes ao Estado democrático de Direito. Portanto, ele existe para cumprir essas funções garantistas inerentes do Estado de Direito e a cada uma das categorias do delito (fato típico, antijurídico e culpável) cabe a missão de retratar garantias em favor do ente social e de seus componentes. O controle social então é exercido pelo conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que objetivam manter os indivíduos dentro de modelos estandardizados e normas de comportamento sócio comunitário.

Prosseguindo na análise das teorias funcionalistas, Gunther Jakobs cunhou o conceito do funcionalismo sistêmico do delito, que faz contraponto aos ensinamentos de Claus Roxin, para então construir essa que se consubstancia numa das mais proeminentes formulações da teoria do delito na Alemanha atualmente, Jakobs, no princípio dos anos 80, passa a enfocar as distintas categorias do crime sob uma visão puramente funcional do direito, ou seja, no sentido de ser o delito toda ação violadora da norma, acarretando a quebra de expectativas sociais de convivência social equilibrada. Seu sistema não se estrutura em torno da lógica da teoria do conhecimento, como faz o finalismo do qual ele próprio provém, de um indivíduo *que é*, com sua subjetividade carregada de prejuízos naturalistas, mas das relações sociais baseadas em âmbito de competências, ou seja, do indivíduo que *deve ser,* desde o direito com significado social. Assim se cria um diste normativo fechado, autorreferente e completamente distanciado da realidade empírica, e ainda que se mantenham os elementos da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), estes se vinculam de forma exclusiva à prevenção geral positiva (OLIVÉ, 2017, p. 148).

Tendo o direito penal a missão preventiva geral da confirmação da norma, sua função é tão somente a de proteção das suas próprias normas, vez que impossível a proteção de bens jurídicos, já que, tais violações sempre ocorrerão, a despeito da norma que as proíbe, caracterizando-se como um sistema operacionalmente fechado

que, no entanto, é um sistema mutável, uma vez que as mudanças sociais produzem modificações na lei penal, e só desta forma é que ele é alterado (OLIVÉ, 2017, p. 148).

Também é devido a Jakobs o chamado “direito penal do inimigo”, e esta teoria faz a distinção do direito penal do cidadão, em relação àquele do indivíduo que se torna inimigo do Estado e da sociedade. No primeiro caso, é o direito que se aplica aos que não cometem crimes de maneira persistente, porque estes não afrontam o poder do Estado com os erros ou desvios de conduta, que são cometidos sem habitualidade, e por isso manteriam sua condição de cidadãos, enquanto no outro caso, os que fazem da prática de crimes graves uma forma habitual de vida, ou um estilo de vida, com isso, principalmente afrontando o Estado de Direito e quebrando o pacto social de maneira sensível, provocando a destruição do Estado e do sistema normativo vigente, razão pela qual devem ser tratados inimigos. O raciocínio é no sentido de que o Estado não deve esperar o inimigo agir, mas deve agir antes para neutralizá-lo, se dá como uma evidente expressão do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato, sendo que o que interessa é a periculosidade do agente e não a sua culpabilidade (OLIVÉ, 2017, p. 149-151).

Ambas as concepções, de Roxin, com uma visão funcionalista moderada, e Jakobs, que se configura como um funcionalismo radical, expressam diferenças entre os pensamentos de um e outro: Roxin considera ser o fato punível composto de tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade; e a pena tem finalidade preventiva (geral e especial), não retributiva; e, a culpabilidade não funciona como fundamento da pena, e sim como limite dela; enquanto para Jakobs, tipicidade, antijuridicidade e responsabilidade devem ser interpretadas de acordo com o fim da pena, que é tão somente o preventivo geral positivo, sendo que a pena deve se encarregar de reafirmar o valor da norma violada, ou seja, a sanção é a reforma da vigência da norma, reafirmando a ordem jurídica e, com isso, a confiança e fidelidade ao direito penal. Em outras palavras, não se concebe o direito penal como protetor de bens jurídicos mas, sim, como soldado reafirmador do conteúdo comunicativo da norma, zelando pela tutela das normas.

Assim estas mesmas normas jurídico-penais que estipulam sanções em caso de violação de seus preceitos, em forma de mandamentos e proibições, modelam o

sistema que estabelece garantias à pessoa diante do poder punitivo, exigindo uma série de condições para o seu exercício. Significa dizer que o direito penal, como instrumento de controle social normativo, também possui função de proteção e garantia, a ele inerente e necessária, uma vez que com a intervenção jurídico-penal é possível subtrair direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão, sendo por isso que o direito penal deve ser reservado somente para as lesões mais graves, aos bens jurídicos mais importantes, modelo que caracteriza a ideia de fragmentariedade da tutela jurídico penal, por exigência do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*.

Além das três correntes funcionalistas já citadas, há ainda o funcionalismo reducionista ou contencionista de Raul Eugênio Zaffaroni, que, no trabalho em coautoria com Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, destaca que a concepção funcional redutora não significa uma ruptura metodológica em relação às demais teorias. Destaca então que, o neokantismo tem sua importância para a construção sistemática da teoria do delito. O finalismo tem seu mérito ao alertar os dogmatistas quanto aos limites que existem no mundo. Por fim às demais correntes funcionalistas, impõe ser importante assumir claramente a funcionalidade política dos conceitos jurídicos. E assim, também como se dá no funcionalismo alemão, Zaffaroni almeja construir uma ponte entre o funcionalismo redutor e a sociologia. Mas, diferentemente de Roxin e Jakobs, que utilizam a sociologia sistêmica, Zaffaroni se vale das teorias sociais do conflito, associadas à concepção agnóstica da pena. Para ele, a função do direito penal é de apenas servir como instrumento ao Estado de direito, com a finalidade de reduzir a violência natural do Estado de polícia, assim como sua seletividade inerente. Significa dizer que quanto mais a criminalização é admitida, muito mais arbitrário e agressivo é o sistema penal, sobretudo em razão da sua natural seletividade em atingir aos menos poderosos (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 388-389).

É desse modo, aponta Zaffaroni que a elaboração dos conceitos do direito penal não poderia desconhecer, mesmo que a elaboração não ocorra de forma teleológica, que eles efetivamente cumprem uma função política, não restando outra alternativa que não seja tal orientação, para que os conceitos não se tornem perversos (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 386-387). Para ele, o direito penal deveria ser uma construção muito semelhante ao direito humanitário, diante do fato de que a

legitimação advém da contenção, limitação ou redução do exercício de outro poder que não está legitimado (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 52).

Em resumo, o direito penal deveria representar - embora isso não ocorra dessa forma -, a condução para a plena realização de um poder punitivo estatal menos irracional e mais igualitário, tendo como função principal reduzir e conter o poder punitivo dentro de limites mais racionais possíveis, sendo que o seu escopo político não deve ser outro que não o de fortalecer todos os instrumentos de contenção de quaisquer iniciativas absolutistas de utilização do Estado de polícia.

CAPÍTULO IV

4 SOBRE O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA

De início é importante reproduzir Mylène Jaccoud, que é professora titular da Escola de criminologia e pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito Público da Universidade de Montreal, e lá se dedica ao estudo da relação entre o sistema penal estadual e os povos indígenas e, especificamente, a assuntos relativos a marginalização das mulheres indígenas, violência doméstica e abordagens alternativas à gestão de disputas nas comunidades indígenas, incluindo a polícia e a punição, quando ela começa um artigo na obra "Justiça restaurativa"[101], que é intitulado "Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa", e frisa que há uma "abundância de iniciativas, programas, declarações políticas e trabalhos que mencionam a justiça restaurativa e, é necessário dizer, da obstrução dos poderes públicos", e que por isso é essencial descrever os seus limites, bem como destacar as principais tendências (JACCOUD, 2005, p. 163).

Jaccoud cita John Braithwaite, um criminólogo australiano que também dedicou muitas pesquisas em relação ao tema justiça restaurativa, para lembrar que ele designou o movimento de reforma dos anos 90, como o responsável por fazer desenvolver, esta prática por todo o mundo, sob a inspiração anglo saxônica. Também Braithwaite, foi lembrado por Howard Zehr, porque teria dito que ainda estava para encontrar uma tradição indígena que não tenha elementos de justiça restaurativa e retributiva. E Zehr também confirmou que pela sua própria experiência, a justiça restaurativa tem eco em muitas tradições indígenas, e, quando se busca um apontamento histórico "dois povos fizeram contribuições profundas e muito específicas às práticas nesse campo: os povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e os Maori da Nova Zelândia" (ZEHR, 2014, p. 256).

---

[101] Uma coletânea de artigos publicada em 2005, pelo Ministério da Justiça, na gestão do Ministro Márcio Thomaz Bastos, organizada por Catherine Slakmon, da Universidade de Montreal, Renato Campos Pinto De Vitto, então Secretaria de Reforma do Judiciário e Renato Sócrates Gomes Pinto, do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília - IDCB

A doutrina restauravista então passou a utilizar a gramática discursiva dos povos neo-zelandeses, dos nativos dos Estados Unidos e do Canadá, além do discurso confessional de cristãos, japoneses budistas e confucianos, encontrando eco principalmente em autores quer de origem como se atuação, na Austrália e Nova Zelândia, como é o caso, respectivamente, de John Braithwaite e Howard Zehr[102].

Para Jaccoud, o termo "justiça restaurativa" constitui uma denominação predominante, mas não como única, sendo que há outras que são utilizadas, como "justiça transformadora ou transformativa"[103], e há os que mencionam os termos: justiça relacional, justiça restaurativa comunal, justiça recuperativa ou também justiça participativa[104].

Então salienta a partir da diversidade dos nomes, que "a justiça restaurativa não é, ou não é mais, o paradigma unificado considerado por seus fundadores nos anos 80". Em razão disso, por ter orientações, elementos e objetivos dessa ordem de distinções entre si, considera ser então pertinente tratar a justiça restaurativa "como um modelo eclodido" (JACCOUD, 2005, p. 163).

A justiça restaurativa se baseia numa visão diferente em termos de busca de uma decisão, posto que foca no sentido de responsabilização, bem como de construção conjunta e coletiva de uma solução que seja satisfatória para todos, e, por isso, com potencial de manter a coesão social, esclarecendo ela que:

> Em virtude de seu modelo de organização social, as sociedades comunais (sociedades pré estatais europeias e as coletividades nativas) privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo. Nestas sociedades, onde os interesses coletivos superavam os interesses individuais, a transgressão de uma norma causava reações orientadas para o restabelecimento do equilíbrio rompido e para a busca de uma solução

---

[102]O prestigiado The British Journal of Criminology, considerou, ao final da primeira década deste século que

[103]Conforme Bush e Folger, 1994, Morris em Van Ness e Strong, 1997, p.25 e *Commission du droit du Canada* (CDC,1999), que utiliza o termo no documento "*De la justice réparatrice à la justice transformatrice*", (*apud* JACCOUD, 2005, p. 163)

[104]Indica Mylène Jaccoud que se busque a respeito do termo "justiça relacional", Burnside e Baker em Van Ness e Strong, 1997, p.25; sobre "justiça restaurativa comunal", Young em Van Ness e Strong, 1997, pág. 25; "justiça recuperativa" em Cario, 2003; e justiça participativa em *Commission du droit du Canada* (CDC, 2003), no documento *La transformation des rapports humains par la justice a participative.*

> rápida para o problema. Embora as formas punitivas (vingança ou morte) não tenham sido excluídas, as sociedades comunais tinham a tendência de aplicar alguns mecanismos capazes de conter toda a desestabilização do grupo social (JACCOUD, 2005, p. 163).

Os vestígios dessas práticas negociadas de justiça, segundo Jaccoud citando Dan Van Hess e Karin Strong (1997), chegam a dois mil anos a.C., aproximadamente; mas podem, de forma mais recente, ser observadas também “entre os povos colonizados da África, da Nova Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré estatais da Europa” (JACCOUD, 2005, p. 164).

Ocorreu que, com o advento das monarquias que centralizaram os poderes, principalmente as de direito divino, e depois com o nascimento das nações estado modernas, foram diminuindo as formas de justiça negociada. Também foi o movimento de criação do Estado um marco para que a vítima fosse afastada do processo criminal, requerendo praticamente a extinção da necessidade das práticas de reintegração social, que constituíam a justiça habitual ou tradicional, isso também se deveu à colonização e imposição sobre os colonizados um sistema de direito único e unificador, neutralizando as práticas habituais que possuíam (JACCOUD, 2005, p. 164).

Como as práticas consideradas tradicionais não foram completamente extintas, auxiliaram no ressurgimento dos modelos restaurativos como uma forma de reivindicação dos povos nativos, para que fossem respeitadas suas concepções de justiça. E, aliado a isso, começaram os nativos a se deparar com problemas relacionados à superpopulação de estabelecimentos penais e de sócio proteção. E pontua ela ainda que não se deve apenas vincular a justiça restaurativa com as práticas tradicionais de povos nativos, uma vez que:

> Os vestígios de uma justiça direcionada para o reparo não são apêndice exclusivo dos povos nativos, mas o das sociedades comunais em geral. As práticas restaurativas das sociedades comunais e pré-estatais controladas estão mais ligadas à estrutura social que à cultura. Outros fatores encorajaram o aparecimento do modelo da justiça restaurativa. Faget (1997) sustenta que três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da justiça restaurativa e dos processos que a ela estão associados (em particular a mediação) nas sociedades contemporâneas ocidentais: trata-se dos movimentos 1) de contestação das instituições repressivas, 2) da

> descoberta da vítima e 3) de exaltação da comunidade (JACCOUD, 2005, p. 164).

Comentou ainda Mylène Jaccoud a influência do movimento de críticas às instituições repressivas e de crítica ao papel delas na definição do criminoso, marcado pela escola de Chicago e também da criminologia radical, na universidade de Berkeley na Califórnia, contando com auxílio da esquerda radical americana, que encontra eco na Europa, com os trabalhos de Michel Foucault (*Vigiar e Punir: nascimento da prisão*,1975), Françoise Castel, Robert Castel e Anne Lovell (*La société psychiatrique avancée: le modèle américain,*1979), Nils Christie (*Limites à dor*, 1981) e Louk Hulsman (*Penas perdidas: o sistema penal em questão*, 1982), os quais se dedicam a refletir sobre uma justiça diferente, humanista e não punitiva. Depois da Segunda Guerra Mundial surgiu, e se desenvolveu o discurso científico sobre as vítimas, primeiro num intuito mais positivista, segundo a criminologia da época, cujas preocupações eram em relação aos motivos pelos quais as pessoas se predispõem a situações de vitimização, sendo que:

> O movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento. É necessário, então, manter prudência na análise das relações que o movimento vitimista mantém com a justiça restaurativa. Finalmente, um movimento que faz a promoção das virtudes da comunidade, o que Faget nomeia de exaltação da comunidade, inspira a justiça restaurativa. O princípio da comunidade é valorizado como o lugar que recorda as sociedades tradicionais nas quais os conflitos são menos numerosos, melhor administrados e onde reina a regra da negociação (JACCOUD, 2005, p. 265).

Essa vertente também é ressaltada por outros estudiosos do tema, como Cláudia Cruz Santos (2014), em Portugal, que também exprimiu este mesmo pensamento a respeito, no sentido de que os ideais restaurativos são encontrados em dois polos:

> a vitimologia, por um lado, e o abolicionismo, por outro. Da primeira herdou-se a preocupação central com o imperativo da reparação dos danos que a prática do crime causou à vítima. Do segundo proveio a rejeição do sistema de justiça penal “clássico” como forma de solução do conflito que o crime é, por ser prejudicial para o agente e para a comunidade.

Então a ideia de uma justiça restaurativa, ou seja, com um cariz diferenciado na construção do que significa a justiça, veio na década de 70 motivada pelas áreas

da vitimologia e da criminologia, porque foi se exacerbando o sentimento em relação à inutilidade da justiça retributiva, devido a sua incapacidade de responder de forma adequada aos crimes e todas as problemáticas que decorrem deles, e que não envolvem só o agressor, mas também as vítimas. E mais ainda, a evolução do direito penal mostrou que sua lógica estava calcada, quase unicamente, no uso da violência, embora pelo Estado, mas também que o direito penal existe para contê-la, o que tem se mostrado difícil de fazer.

Dessa forma, como bem salienta Cláudia Cruz Santos (2014, p.161),

> uma linha de orientação que se crê nuclear é a da rejeição de uma definição da proposta restaurativa pela negativa, a partir da ideia de que ela não é aquilo que a justiça penal é, sobretudo quando se parte de uma concepção errónea ou insuficiente daquilo que caracteriza a justiça penal do nosso tempo e do nosso espaço.

Além disso, há usos discriminatórios e extremamente excludentes que decorrem do uso estatal do direito penal, e ele não existe apenas para resolver problemas de segurança pública. Nisso há que se ter cautela, por se tratar de uma arma política utilizada à manutenção do poder, que propicia a conservação dos sistemas de dominação, não permitindo grandes alterações nas estruturas sociais, principalmente as econômicas.

Mas acontece que o crime tem várias dimensões: i) atinge a vítima, que necessita de reparação, ii) o Estado fica com a incumbência de mostrar que recrimina e reprime, iii) provoca comoção social, iv) cria sentimento de insegurança, e há os aspectos que são tanto ou mais relevantes, os quais se situam v) nas necessidades preventivas, incluindo-se aí as preocupações corretivas das estruturas sociais. É de se concluir que isso não tem a ver com uma determinada vítima, e sim com a sociedade como um todo.

Portanto, se a repressão praticada pelo direito penal por meio, principalmente, da imposição de pena, segundo a metodologia retributiva, não tem colhido resultados preventivos, sendo que, se eles existissem, bastaria mesmo exacerbar o uso da punição, coisa que sempre se fez, aliás, mas não há avanço em termos preventivos, mostrando-se a pena quase inútil para desestimular a prática de crime, não tendendo às necessidades comunitárias, como não atende às necessidades das vítimas, razão

para o constante paradoxo de o que é que deve ser feito de forma diferente. que nunca acontece em termos de novas estratégias. E não se trata de questão relativa a questionar o que significa um eventual abandono da punição, perquirindo-se o que virá no lugar, com a mesma força impositiva de resposta do Estado.

Há pontos de contato entre a visão retributiva e a restaurativa. Veja-se que na perspectiva de ambas, explica Zehr (2014), é atuar para o equilíbrio daquilo que foi desestabilizado por uma ação humana, da qual decorre como resultado algo que a vítima tem que receber em relação a uma ofensa praticada por alguém, que, assim, lhe deve alguma coisa. Num e noutro tratamento dado à situação, esse desequilíbrio precisa ser recomposto, a diferença é o modo escolhido. Por meio da justiça retributiva a crença é por meio da dor a ser infligida, enquanto a teoria da JR "argumenta que a vindicação vem do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, mais o esforço ativo no sentido de incentivar os ofensores a assumirem a responsabilidade e corrigirem o mal" (ZEHR, 2014, p. 259- 260). Há uma preocupação com a busca das causas para abordar como e porque ocorreu o comportamento, e daí vem um contexto positivo, que cria condições para ajudar aos envolvidos, para que transformem sua vida.

Neste sentido é que apontam Friday et al. (1999), ao citar Sharpe, em relatório das Nações Unidas: "A justiça, em qualquer tipo de sistema, deveria ser a expressão mais elevada do equilíbrio entre responsabilização e cuidado. Os programas de Justiça Restaurativa… podem alcançar o que um tribunal de júri não consegue". (SHARPE apud FRIDAY et al., 1999).

Como o sistema de justiça na experiência do mundo ocidental trabalha com a culpa, e, além disso como é altamente técnico, desestimula o arrependimento e a reconciliação, assim como o perdão (ZEHR, 2014). O ofensor é estimulado a negar a culpa e buscar benefícios para atender sua defesa, e este é o contexto adversarial que negligencia a vítima, dificultando ou mesmo impedindo que haja uma decisão satisfatória para ambos, no que diz respeito ao dano. A justiça do ponto de vista da restauração tem outra lógica: se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Por isso as ações que visam restauração não tendem a provocar mais violação, para ser possível contrabalançar o dano provocado pelo

crime. Uma total recuperação, quase sempre não é alcançada, por não ser possível, mas uma justiça com este cariz de restauração, teria como objetivo oferecer um contexto que abre um caminho para algo mais amplo e satisfatório. (ZEHR, 2014, p. 176).

É errado permanecer num raciocínio circular de vingança pública, pensando que quando não existe punição, existe pura e simplesmente impunidade, e que ela é um prêmio. O raciocínio é equivocado, porque a punição só tem sentido de vingança, de inflição de dor, e apenas isso é que se retira quando a opção é não punir. Como não é proposta abolicionista, e sim alternativa, a justiça restaurativa trabalha na perspectiva da responsabilização.

Por um tempo relativamente significativo, muitos dos autores, inclusive, faziam referência a um conceito que foi sugerido por Tony Marshall (1996, p. 37), no sentido de que a justiça restaurativa seria “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”. Esta definição não é hoje a aceita, sendo criticada, inclusive, porque a justiça restaurativa não poderia ser resumida a um processo.

Para John Braithwaite (2000, p. 345), deve ser restaurativa a justiça pelos meios, fins e intenções, e ele explica esta sua argumentação da seguinte forma:

> Imaginemos que todas as partes envolvidas num determinado delito participem ativamente de uma conferência, e que nela fique resolvido ferver o infrator em óleo e criticar a vítima por trazer esse problema; por uma questão de resultado [e não de processo], não podemos chamar essa conferência de restaurativa.

Portanto, evoluindo das características ressaltadas por Tony Marshall em 1996, em relação ao que comporia o quadro de uma justiça com capacidade restaurativa, no sentido de que a partir de uma ofensa particular se passe a discutir coletivamente as consequências e implicações no futuro (MARSHALL, 1999), esta metodologia de tratamento dos crimes e outros conflitos, evoluiu para agregar uma visão de muitas possibilidades, com vistas a uma intervenção mais efetiva e concreta dos muitos problemas comunitários, ganhando uma dimensão social diferenciada que se

relaciona à sua função pedagógica e emancipatória, que tem benefícios preventivos e de transformação dos comportamentos.

4.1 Algumas questões e pressupostos básicos referentes ao paradigma restaurativo

A justiça restaurativa pode ser considerada um paradigma (ZEHR, 2014, p.89-90) que redefine, em relação à concepção institucional o que é a justiça, a cidadania, o conflito e o crime, na perspectiva de uma experiência de justiça construída de forma dialógica e horizontal, em cada caso concreto, a partir da participação direta das pessoas envolvidas em uma situação traumática de convivência. A referência à cidadania existe na medida em que a justiça restaurativa pressupõe que seu exercício depende do empoderamento e do compartilhamento de responsabilidades, bem como uma participação mais efetiva nas questões públicas, para que cada indivíduo se coloque na condição de agente relacional e capaz de interagir.

O conflito não chega a ser efetivamente um problema, ou obstáculo à convivência, e sim como oportunidade de tensionar aspectos das subjetividades, como crenças, convicções, preconceitos, e, assim, a forma como as pessoas se apresentam e sua abertura para as trocas cognitivas, a aproximação, e a disposição para construírem as respostas a partir do diálogo, é que se mostra fundamental à experiência social, por meio do diálogo, do respeito mútuo e da corresponsabilização.

Na linha de John Paul Lederach: “a justiça é um conceito relacional, ou seja, é a forma como organizamos nossa interdependência e, portanto, como escolhemos moldar nossa comunidade humana” (DIETRICH, 2013, p. XI).

Por isso são oportunas as colocações de Wolfang Dietrich, no sentido de que o conflito é um produto natural da interação humana e inerente a qualquer relacionamento, sendo força motora para a mudança e não um distúrbio em si, mas sim um elemento atávico à vida social que pode vir a se tornar violento, quando houve persistência na sua condição desagregadora, e neste ponto é que se torna disfuncional (DIETRICH, 2013, p. 6-7). Por isso é que Dietrich propõe uma atuação

por meio da paz, que seria então a arte de atuar construtivamente e transformar a energia, normalmente dispendida no conflito, numa que seja direcionada a um fluxo criativo de soluções que maximizem o bem-estar das pessoas (DIETRICH, 2013, p. 7), e é isso justamente que faz a justiça restaurativa.

A origem do paradigma que expressa a concepção restaurativa de justiça tem diversas explicações teóricas. Embora todas auxiliem na compreensão, não são suficientes para se obter uma definição unívoca, que consiga resumir de forma abrangente todas as possibilidades que possam advir da adoção deste paradigma. Tais explicações estão situadas em mais de uma área do saber: filosófica, sociológica, antropológica e jurídica.

Para a construção de um conceito da justiça restaurativa, primeiro se deve considerar que se trata de uma opção possível de realização efetiva da justiça. É que suas características apontam na direção de um sentimento compartilhado entre as pessoas no ambiente social, a respeito da interpretação do justo e correto, sendo ela pautada por valores éticos, considerando a existência de interconexões ou interligações entre as pessoas na comunidade. Ela não se confunde com uma técnica de resolução de conflitos, apesar de contar com um rol delas.

As práticas restaurativas se dão por procedimentos metodológicos nos quais os participantes passam por um processo de autoconhecimento e, conhecimento do outro, com possibilidades de trocas empáticas, o que estimula a avaliação dos comportamentos sociais e ressignificação deles. Dessa forma, a justiça restaurativa se mostra como um contributo filosófico para compreensão vivencial dos fatos da vida; no aspecto de um contributo sociológico e político deve ser ressaltada sua potencialidade de transformação social, a partir das transformações operadas no microcosmo das relações sociais, posto que modifica o relacionamento dos indivíduos entre si, ou entre estes e grupos da comunidade, como no interior dos próprios grupos.

Iniciativas que são rotuladas de justiça restaurativa são uma realidade em todo o mundo, quer referentes a questões penais, como também em outros conflitos tendo aplicação em escolas, por exemplo, para combater práticas como o bullyng, sendo utilizada na justiça juvenil, como ocorre na Nova Zelândia, desde aproximadamente

1989[105], como na justiça penal para os casos que envolvam a violência interpessoal, da criminalização de massa[106], e ainda quanto se refere a nova criminalidade, decorrente da vitimização difusa ou coletiva que alguns também referem como vitimização em massa, ou seja, cobre uma gama de práticas bem diferenciadas.

Na página de internet do Instituto Internacional de Práticas Restaurativas (IIRP) [107] a justiça restaurativa é apresentada como sendo "a ciência dos relacionamentos e da comunidade", porque

> Todos os humanos estão interligados para se conectar. Assim como precisamos de comida, abrigo e roupas, os seres humanos também precisam de relacionamentos fortes e significativos para prosperar.
> As práticas restaurativas constituem uma ciência social emergente que estuda como fortalecer o relacionamento entre os indivíduos e as conexões sociais nas comunidades.
> Embora sejam novas para as ciências sociais, as práticas restaurativas têm raízes profundas nas comunidades indígenas em todo o mundo.

De acordo com Paul Maccold e Ted Wachtel (2003):

> A justiça restaurativa é um processo que envolve as partes interessadas principais na decisão de como reparar o dano causado por uma transgressão. As três partes interessadas principais na justiça restaurativa são as vítimas, os transgressores e suas comunidades de assistência, cujas necessidades são, respectivamente: obter a reparação, assumir a responsabilidade e conseguir a reconciliação. O grau de envolvimento das três numa troca emocional e decisões significativas determinará o grau em que qualquer forma de disciplina social poderá ser chamada apropriadamente de "restaurativa". (...). O

---

[105]Neste ano de 1989, a Nova Zelândia aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias numa tentativa de melhor compatibilizar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo maori, assim rompendo por completo com a legislação anterior e que visava responder ao abuso, ao abandono e aos atos infracionais, para adequar sua legislação. A experiência foi muito positiva, e sua lógica era baseada nos princípios teóricos da justiça restaurativa, os quais foram se desenvolvendo na sequência, pelo mundo, Depois a Nova Zelândia estendeu também para a justiça de adultos.

[106] Conforme Hassemer (1994, p.24), estão nessa categoria: "assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de bicicletas ou delinquência juvenil". O grau de afetação, segundo ele, é direto às pessoas, quer como "vítimas reais ou possíveis", cujos "efeitos não são apenas físicos e econômicos, mas sobretudo atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo: trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito". Ele aponta exemplos da criminalidade de massa como "arrombamento de apartamentos, roubo e outros tipos de violência contra os mais fracos na rua, furto de automóveis e bicicletas, nas grandes cidades o abuso de drogas", e ainda, mais recentemente a "violência contra minorias politicamente mascaradas".

[107]O Instituto Internacional de Práticas Restaurativas (http://www.iirp.edu/) é sediado nos EUA, e foi fundado por Ted Wachtel, um proeminente defensor do movimento restaurativo no mundo.

> próprio processo de interação é crítico para preencher as necessidades emocionais das partes interessadas. O compartilhamento de emoções necessário para atingir os objetivos de todos os que foram diretamente afetados não pode ocorrer através de participação unilateral. O mais restaurativo dos processos requer a participação ativa dos três grupos.

Ressaltam ainda estes dois estudiosos da justiça restaurativa, se trata de “uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores”. E que ela surgiu como um procedimento de mediação entre vítimas e transgressores, nos anos 70, para depois, nos anos 90 incluir as “comunidades de assistência”, as quais se compõem das famílias e amigos das vítimas e também dos transgressores, e todos participam dos processos colaborativos, que são chamados de “conferências” e “círculos” (MACCOLD & WACHTEL, 2003).

Partindo do princípio de que há uma outra maneira de encarar e gerir o cenário conflituoso, a metodologia busca dar um fortalecimento para os atingidos por um conflito ou um ato delituoso, de forma a mostrar seu potencial de manter a coesão social.

Howard Zehr salienta que a justiça restaurativa requer uma troca de lentes, sendo esta sua abordagem numa obra que é fundamental para o desenvolvimento teórico da justiça restaurativa: *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Ocorre que, quando um crime é praticado, desencadeia um rompimento da ordem e dos significados, sendo que as vítimas precisam de explicações, visto que

> A maioria de nós supõe que o mundo (ao menos a parte o mundo na qual vivemos) é um lugar ordenado, previsível e compreensível. Nem tudo acontece da forma como gostaríamos, mas ao menos conseguimos encontrar explicações para boa parte do que acontece. Geralmente sabemos o que esperar. Não fosse assim, como ter alguma sensação de segurança? (2014, p.24).

Quando o crime destrói o sentido de autonomia pessoal, deixando o indivíduo sob o poder de outra pessoa, contra sua vontade, acaba provocando traumas, em razão da sensação de vulnerabilidade, bem como ocorre, normalmente, a autoculpabilização, ou seja, há efeitos psicológicos que são sérios e podem ser mais graves do que eventual perda física. (ZEHR, 2014, p. 25)

Ele ainda se refere aos questionamentos que são feitos pelas vítimas, que são estes seis: 1. O que aconteceu? 2. Por que aconteceu comigo? 3. Por que agi da forma que agi na ocasião? 4. Por que tenho agido da forma como tenho desde aquela ocasião? 5. E se acontecer de novo? 6. O que significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)? (2014, p. 26).

Dessas perguntas, algumas só podem ser respondidas pela própria vítima, e ela precisa se resolver diante das próprias perquirições com relação à forma como age na vida, mas as duas primeiras dizem respeito, conforme a percuciente observação de Zehr, aos fatos que constituíram a violência, e isso é muito ressaltado por todos que se dedicam a explicar e estudar as práticas restaurativas, no sentido de identificarem que efetivamente são respostas que as vítimas requerem, para poder prosseguir na sua vida e superar os traumas vividos, ou seja, são respostas que "podem constituir uma passagem para o caminho da recuperação" (ZEHR, 2014, p. 27), porque sem elas a cura desta ferida aberta pelo crime, pode ser difícil ou impossível.

É nesse sentido que Howard Zehr salienta ser o crime, pela lente retributiva, "uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas." (2014, p. 170). Enquanto, pela lente restaurativa, "é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor, e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança (2014, p. 170-171).

Por seus atributos positivos, pela forma como as práticas trazem respostas satisfatórias, e pelo bem-estar que provocam, o que é perfeitamente sentido e compreendido na vivência de um procedimento restaurativo, que efetivamente impele a formação de reações muito interessantes, como teria testemunhado Zehr, ao longo de anos, que muitas pessoas dizem que "a justiça restaurativa é um modo de vida". Embora confesse ele a perplexidade diante desse tipo de manifestação, por não entender como algo de estrutura conceitual bem simples, e que se destinava a ser aplicado para os crimes, pudesse ser visto nessa perspectiva transformadora da vida (2014, p. 264).

E, entretanto, ele conclui que a justiça restaurativa:

> como “modo de vida” diz respeito ao sistema ético que a justiça restaurativa encarna. Alguns sustentam que a justiça restaurativa reflete ou toca valores universais – daí sua ligação com tantas tradições indígenas e religiosas. Seja isso verdadeiro ou não (pessoalmente acho que deve ser), a justiça restaurativa de fato corporifica um sistema de valores lógico e internamente coerente, algo que não pode ser dito da justiça criminal. (2014, p. 264).

E isso é devido à forma como atua o sistema criminal ocidental, posto que, ainda que tenha o propósito de promover valores positivos que são relevantes, como os direitos da pessoa, os limites dos comportamentos que são aceitáveis, a importância da justiça e a coerência dela, o que acontece é que tudo isso é feito de forma muito negativa, por meio da ameaça, e também por meio da mensagem clara de que a pessoa sofrerá o mesmo mal que produziu a alguém, conforme uma lição moral, no sentido de que: sofrimento se paga com sofrimento, razão pela qual, diz Zehr, “a penalidade é um espelho da ofensa”. E que seria por isso que há “tanta literatura racionalizando o princípio da punição é que o Estado tem o poder de infligir dor muito embora esse ato seja visto, na maior parte das vezes, como algo eticamente questionável” (2014, p. 265).

De outro lado, a justiça restaurativa

> oferece um sistema de valores inerentemente positivo e relativamente coerente. Ela traduz uma visão do bem e de como queremos conviver. Semelhante a muitas tradições religiosas e indígenas, a justiça restaurativa se funda no pressuposto de que, como indivíduos, nós estamos todos interligados, e o que fazemos afeta todas as outras pessoas e vice-versa. Assim, os princípios básicos da justiça restaurativa constituem orientações que a maioria de nós gostaria que regessem o nosso convívio diário. A justiça restaurativa nos faz lembrar da importância dos relacionamentos, nos incita a considerar o impacto de nosso comportamento sobre os outros e as obrigações geradas pelas nossas ações. Ela enfatiza a dignidade que todos merecemos. Talvez, de fato, a justiça restaurativa sugira um modo de vida (ZEHR, 2014, p. 265).

Os valores que cercam a justiça restaurativa, para Zehr são três: respeito, humildade e maravilhamento. Respeito significa basicamente, para ele, se tentar “ativamente respeitar as perspectivas, necessidades e valor de todos os envolvidos”, e que se isso ocorresse, de forma séria, “inevitavelmente faremos justiça de modo restaurativo” (2014, p. 266).

A humildade está implicada na ideia de não desejar excessivo reconhecimento, sendo um valor importante para os profissionais da justiça restaurativa, na medida em que, sendo bem feita a justiça, “em geral os participantes não atentam para o papel do facilitador, e é importante que os profissionais possam viver bem com essa falta de reconhecimento”. Além disso, a justiça restaurativa, por ser contextual, moldada a partir do zero, num determinado contexto, e para tanto a humildade “nos força a ter profunda consciência de como nossa biografia pessoal molda conhecimento e preconceitos”, a partir do gênero, cultura, etnia e histórico pessoal e coletivo, que moldam nosso conhecimento, ainda que de forma não consciente, e assim é pelo valor da humildade que alguém se deve abrir à realidade do outro, sendo essa abertura de vital importância num mundo cada vez mais polarizado, conclui ele (2014, p. 266-267).

O terceiro valor, que é o maravilhamento, que se traduz para ele no “assombro” e que tanto como o outro “significam a apreciação do mistério, da ambiguidade, do paradoxo e até das contradições”. Afirma ele que a “habilidade de viver com aquilo que desconhecemos, com surpresas e com o aparentemente ilógico é essencial para a prática da justiça restaurativa” (2014, p. 267).

Não há uma só explicação ou uma só definição para o que é efetivamente justiça restaurativa. De forma que pode ser compreendida como um processo de encontro, incluindo os interessados na decisão sobre o que deve ser feito, de forma a uma consubstanciar uma diferente concepção de justiça, que prefere a responsabilização e a reparação à imposição de uma pena ou mesmo uma transformação nas estruturas sociais e na forma de interação entre os indivíduos (PALLAMOLLA, 2009, 59 e 60).

Em razão dessas e outras nuances correlatas, a justiça restaurativa no aspecto teórico e filosófico, bem como as práticas pelas quais ela é implementada, que foram resgatadas e postas em evidência de forma relativamente recente, fazem parte da história da humanidade, em diferentes culturas, como uma maneira de manter a integração dos agrupamentos sociais, que nem sempre puderam ou podem dispor de seus integrantes, descartando-os, devido a comportamentos transgressores que pudessem atingir outros integrantes, e por isso estas práticas, consideradas emergentes, constituem uma nova e promissora área de estudo das ciências sociais.

4.2 O diferencial do viés restaurativo da justiça. Um novo modelo de justiça

Como existem alguns postulados que auxiliam a distinguir teoricamente o que é a justiça restaurativa, para os estudiosos que se dedicam a conceituá-la, diferenciando-a de outras práticas que visam dar conta de realizar o valor da justiça, deve-se partir do postulado que é fundamental para ela, quando se trata de sua aplicação no âmbito das transgressões penais, embora este não seja o único campo em que pode ser aplicada.

Para Maccold & Wachtel (2003): “o crime causa danos às pessoas e relacionamentos e que a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível. Dessa premissa resultam as seguintes questões consideradas como chaves: Quem foi prejudicado? Quais as suas necessidades? Como atender a essas necessidades?” Este aspecto é também ressaltado por Howard Zehr no intuito de destacar inclusive a diferença que tem esta abordagem em relação à “justiça retributiva que pergunta em primeiro lugar: “Quem fez isso?”, “O que faremos com o culpado” - e que dificilmente vai além disso” (ZEHR, 2014, p. 180).

Zehr toca em aspectos muito importantes a serem considerados quando se quer a realização da justiça convencional, que é focada numa indistinta pretensão de que os comportamentos sejam sempre avaliados individualmente, o que significa a descontextualização em relação a todas as questões de ordem estrutural da vida em sociedade.

Diz ele:

> Em função de nosso conceito individualista de culpa e liberdade, presumimos que o indivíduo é livre para fazer escolhas e prevê as consequências dessas mesmas escolhas. Presumimos que a pessoa modificou seu comportamento levando isso em consideração. Esses pressupostos passam ao largo da questão de se indivíduos acreditam ser possuidores de tal liberdade. Partimos do pressuposto de que têm a capacidade de prever consequências remotas. Presumimos que sejam capazes de fazer a ligação entre comportamento e consequências. Além disso, ignoramos a natureza da ação incorreta enquanto padrão complexo de comportamento. Por fim, ignoramos o contexto social, econômico e psicológico no qual a ação se deu. Por

> isso, a justiça para os ofensores é conduzida sem referência a justiça social e sem questionar o *status quo.* A punição será merecida haja ou não o contexto de justiça social (ZEHR, 2014, p. 68-69).

Ele então conclui que isso pode ser decorrência inevitável da cultura individualista, e da forma como se valoriza o sucesso “material e social” tudo com base em critérios individuais, de como as pessoas podem ter acesso “à riqueza e ao poder”, e isso definiria o julgamento a respeito de tudo que se relaciona com elas, ou seja:

> Aqueles que não conseguem ter sucesso são individualmente responsáveis por isso. Eles não apenas perderam, mas são perdedores. O mesmo vale para a culpa. A culpa é definida como um defeito individual. O contexto de comportamento individual é ignorado. Os ofensores tiveram várias oportunidades e, tendo escolhido as erradas, são rotulados como culpados (ZEHR, 2014, p. 69).

Isso, como foi visto até aqui, nesta tese, em que foram trazidos alguns elementos de conteúdo histórico, relacionados à forma como vieram se organizando as estruturas sociais, e as forças dominantes que agem sobre todo este contexto organizativo, mostrando que há nitidamente um arranjo que foi sendo construído para se chegar aos tratamento dos conflitos sociais, o que configura uma concepção do justo segundo critérios que não expressam uma opção igualitária substancial ou material entre as pessoas. A questão é como e porque é preciso mudar este arranjo.

Uma das coisas que parecem claras é que, pelo conceito convencional de justiça relacionado à fixação central na culpa, que rege a noção que se tem dela, num binômio muito explorado de culpa/inocência, e que o processo judicial transforma numa questão muito técnica, nada vivencial, e, com isso, provoca muito mais o comportamento de negação do agressor. As vítimas por sua vez, via de regra com extrema dificuldade de expor sua versão e seus sentimentos em relação ao fato, num espaço seguro e acolhedor, que tenha dimensões proporcionais à forma como foram atingidas, o que é solenemente ignorado, não sendo vistas e consideradas numa perspectiva empática, e com a sensibilidade que seria necessária, só conseguem ficar frustradas. (ZEHR, 2014, p. 69)

Isso devido ao fato que:

> O crime também representa um relacionamento dilacerado entre vítima e ofensor. Mesmo se eles não tinham um relacionamento prévio, o delito cria um vínculo, que em geral é hostil. Se, não

> resolvido, esse relacionamento hostil afetará, por sua vez, o bem-estar da vítima e do ofensor
> O crime significa um agravo à vítima, mas poderá também ser um agravo ao ofensor. Muitos crimes nascem de violações. Muitos ofensores foram vítimas de abusos na infância e carecem das habilidades e formação que possibilitariam um emprego e uma vida significativa. Muitos buscam validação e empoderamento. Para eles o crime é uma forma de buscar por socorro e afirmar sua condição de pessoa. Em parte prejudicam os outros porque foram prejudicados. E não raro são prejudicados ainda mais pelo sistema judicial. Tal dimensão nasce, em certa medida, de outras questões da justiça retributiva (ZEHR, 2014, p. 171).

Em tal perspectiva construída por Zehr, o crime é “uma violação do justo relacionamento que deveria existir entre indivíduos”, e não se pode dissentir de que “tem ainda uma dimensão social maior”, porque seus efeitos reverberam como ondas, afetando muitos outros indivíduos”, vindo daí o interesse da sociedade no resultado, e também ela tem um papel a desempenhar, mas, diz ele, que em primeiro lugar é “uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir” (ZEHR, 2014, p. 172).

A visão daqueles que procuram enxergar outros aspectos do fenômeno da criminalidade, sob a perspectiva inclusive da experiência vivida pela vítima, é importante para diversas reflexões. Realmente, na linha do que ele pondera, e focando nas pessoas, suas emoções e sentimentos, não é difícil deixar de concordar que, um ataque violento que alguém sofre, tem uma amplitude e intensidade (ex: crime de estupro), mas ele ainda ressalta outro aspecto que pode não ser percebido, ou seja, “ignoramos é que as vítimas de agressões menos graves podem ter reações semelhantes” (ZEHR, 2014, p. 23), ficando igualmente confusas, impotentes, temerosas e vulneráveis.

A recuperação das vítimas tem fases: da retratação à reorganização. E o que é preciso para que isso aconteça de forma completa, só mesmo a vítima pode dizer, responder pelas suas necessidades, que normalmente incluem ressarcimento das perdas: prejuízos financeiros e outras formas de reparação dos danos materiais e psicológicos. Mesmo diante de situações materialmente irrecuperáveis, há maneiras de suavizar a perda, e também existe a reparação simbólica. Tudo é muito importante, como ressalta Zehr, porque, segundo ele a “justiça pode ser um estado de coisas, mas é também uma experiência, e deve ser vivenciada como algo real” (ZEHR, 2014, p. 25-28).

E reforça a importância de recuperação do significado, que constitui uma necessidade humana básica, sendo que este caminho envolve a “busca de significado” (ZEHR, 2014, p. 28).

Então, ambos, vítima e ofensor, por meio de outras realidades, que não correspondem ao que foi vivenciado, falam na linguagem no sistema, no processo judicial. Este é o ponto no qual o momento da justiça, como atividade judicial, não corresponde ao que dela se quer ou se espera, em contraposição com o paradigma restaurativo, que parte da experiência, das trocas, enfim, mostra uma ação muito diferente, uma proposta muito mais interessante.

Existem alguns princípios que são considerados estruturantes da justiça restaurativa, dentre eles podem ser citados alguns que são os mais destacados. Foi Ron Claassen quem elencou onze princípios no texto *Restorative Justice Principles* (CLAASSEN, 1996). Ele é alguém que já acumula uma experiência de mais de 30 anos atuando em resolução de conflitos e justiça restaurativa em Fresno, Califórnia, como cofundador e diretor do Centro Universitário de Fresno Pacific para Estudos de Pacificação e Conflito, trabalhando com programas de mediação e treinamento para líderes estudantis, bem como, em relação à comunidade, trabalha a advocacia restaurativa, programas de reconciliação de vítimas e agressores, que são conhecidos como VORP (*victim-offender reconciliation program*) ou VOMP (*victim-offender mediation program*). Embora sua experiência, então, seja voltada aos programas de mediação existentes nos Estados Unidos, isso, obviamente não prejudica a análise da conformação estrutural que os caracteriza, podendo servir de base para se mensurar a capacidade e possibilidade restaurativa de outros experimentos e práticas realizadas.

Foi utilizada a referência a estes princípios na obra de Teresa Lancry Sousa Robalo, “Justiça Restaurativa - um caminho para a humanização do direito” (2012), na qual ela elenca alguns dos que foram indicados por Claassen. O primeiro é um que também consta do rol apresentado por outros doutrinadores, especialmente Howard Zehr que vem de uma experiência semelhante a trilhada pelo professor do Centro Universitário Fresno Pacific. Consta este princípio da formulação no sentido de que o crime é uma ofensa aos relacionamentos humanos, antes de tudo, e só depois, ou

secundariamente, é uma violação da lei. O direito penal tem este enfoque realmente de buscar preservar a comunidade pelos seus valores fundamentais à convivência, mas não dá efetivamente atenção à vítima, e nem ao próprio agressor, com vista a sua reintegração.

Há alguma pretensão de “recuperação”, na lógica do direito penal, como se fosse um trabalho de conserto de algo estragado, sem que exista uma preocupação mais profunda com “a recuperação dos laços sociais quebrados com a prática do crime, através da audição da vítima (uma verdadeira audição e não uma instrumentalização das suas palavras como arma para a acusação, dando-lhe assim e efetivamente, voz)” (ROBALO, 2012, p. 47). De outro lado há um esforço no sentido de que a aproximação e o diálogo representem “o contato com a realidade provocada pelo crime”, e, desta forma, “crie no agente uma vontade de mudar de atitude” (ROBALO, 2012, p. 47). Tudo isso se mostra relevante para mudar a perspectiva de não ser o crime visto, apenas, como uma violação à lei.

Justamente porque o raciocínio correto é no sentido de que, só a possibilidade do real conhecimento da extensão do dano provocado, com todos os abalos materiais e não materiais sofridos pela vítima, que pode ser alguém que, por ter tido um documento furtado, perdeu seu emprego, sofreu um acidente enquanto tomava providências em relação ao fato danoso, e tantos outros aspectos, que podem ficar totalmente fora da apuração e do âmbito da solução dada ao caso.

Um segundo princípio que Robalo (2012, p.48) escolheu (do rol apresentado por Claassen) como característico da justiça restaurativa, e o de que, sendo o crime um acontecimento reprovável, que não deveria ocorrer, quando ele ocorre, abre-se a oportunidade de ser o fato reconhecido como algo injusto para a esfera jurídica de alguém que sofreu um dano, reconhecimento pelo próprio agente causador.

Isso, porque, não basta que o agente deste ato transgressor sofra a estigmatização do processo penal, para depois ser reintegrado à sociedade. Aliás, o efeito no transgressor pode ser contrário, pode existir revolta com a sociedade, se tornando alguém menos propenso à colaboração e cooperação social. Se a opção for outra, diferente de se provocar a “marginalização”, quer se trate de ofensa punida ou não com prisão, dado que o processo penal sempre tem conteúdo estigmatizante, e

quando resulta em pena corporal, o significado é de segregação. Portanto, uma “oportunidade” para que o próprio ofensor possa dizer de suas motivações perante a vítima, pode ter um efeito integrador (na doutrina restaurativista australiana o termo utilizado é o da “vergonha reintegradora” - “*(re)integrative shaming*”), fazendo surgir o arrependimento com o mal causado pelo crime, e ter estímulo para, por vontade própria, mudar seu comportamento futuro, não havendo necessidade de se apartá-lo da sociedade, porque sua aderência a outra postura de vida pode ser imediata, espontânea e acolhida por ele (ROBALO, 2012, p. 49).

Outros dois princípios serão apresentados juntos, por serem relacionados ao próprio procedimento adotado, começando pela voluntariedade da participação das principais presenças nas práticas relativas à justiça restaurativa. A voluntariedade é essencial, porque se trabalha com o máximo de “cooperação voluntária e o mínimo de coação”, visando uma resposta breve ao crime, e para que isso aconteça em termos de se recuperar o relacionamento e também existir uma abordagem pedagógica, há necessidade desta voluntariedade, diante da pretensão de cooperação (ROBALO, 2012, p. 49). Assim é que se privilegia a presença do agressor, sua aderência e sua espontaneidade na participação, sendo isso um traço essencial da prática. O cuidado que se deve ter é com relação à pseudovoluntariedade, daquele que apenas pretende não se submeter ao processo penal, querendo assim, ter vantagens pessoais apenas, sendo este o risco quando se tem os dois sistemas, com possibilidade alternativa de aplicação, uma vez que pode não se avaliar corretamente se a cooperação é efetiva, se a intenção colaborativa e restaurativa é real, sendo tudo regido pela intencionalidade genuína. Por outro lado, existindo os dois sistemas, o agente que tende a ser absolutamente não cooperante, poderá vir a optar pela submissão ao processo penal, pois isso acontece na prática (ROBALO, 2012, p. 51).

Antes do outro princípio que se relaciona a práticas inseridas no procedimento, dentre os que foram expostos na obra de Teresa Robalo, é importante dizer que ela esclarece que não escolheu todos porque há alguns que são consectários dos que foram abordados em seu livro, não sendo referidos os que dizem respeito a ter o agente que atender aos danos causados à primeira vítima, diretamente afetada (eis que podem haver outras vítimas, como por exemplo familiares que foram

mediatamente atingidos por um ato criminoso, que também sofreram perdas materiais decorrentes, ou traumas psicológicos), e o princípio de que deve ser dada uma oportunidade ao causador do dano, de se reintegrar à sociedade (ROBALO, 2012, p. 49),(v. nota de rodapé n. 100).

Então o último referido, pode não ser tido exatamente como um princípio e sim uma exortação relativa a como se pode agir em relação aos que não aceitem passar por um processo de justiça restaurativa, que implica uma responsabilização a ser obtida em processo dialogal com a vítima, de maneira consensual, um solução com a qual os envolvidos possam conviver bem, que lhes faça bem, que tenha conteúdo reparado. Na concepção de Ron Claassen, os que não se submetessem a isso, deveriam ser expostos ao impacto que o crime causou nas vítimas, para assim adquirirem empatia, e que também houvesse oportunidade para uma possibilidade real de se tornar uma pessoa produtiva na sociedade (ROBALO, 2012, p. 52).

Observa-se, portanto, que, a implementação de um sistema de justiça restaurativa deve se dar por meio de um modelo de coprodução e colaboração, numa atividade dialógica em espaços de mediação adequados, devendo ser voluntária a participação, sendo que os envolvidos devem ter um nível de compromisso como se estivessem num momento muito significativo de interconexão, que tenha também um sentido importante para a comunidade, pois se tratam de manifestações sobre as escolhas dos modos de viver e de se relacionar. De outro lado, a comunidade participante é composta de pessoas em relacionamento, o que significa que qualquer tentativa de apropriação deste processo por organizações formais, como escolas, prisões ou religiões, tende a limitar os objetivos e os resultados, pois as instituições formais só devem ter um papel de auxílio colaborativo, havendo experiências neste sentido em vários locais, no mundo.

Ainda serve de orientação que o início da prática restaurativa se dá com a adesão em participar do encontro dialógico, não estando a prática adstrita nem dependente de um acordo ao final, mas antes de mais nada, está muito focada na postura ética dos participantes, no fato de existir a abertura para as trocas, a oportunidade de conhecimento, de reconhecimento de uma injustiça praticada ou do

ato danoso e suas consequências, com arrependimento, a empatia, e desta forma é que se substancializa um resultado satisfatório para todos e para a comunidade.

Por isso que as práticas restaurativas, as quais não se confundem com a justiça restaurativa, são metodologias que podem atender questões, problemas ou necessidades básicas da comunidade, que se constituam ou não em conflitos ou crimes, mas quando houver um dano a ser responsabilizado, o importante é que sejam estabelecidos os procedimentos de justiça[108].

Ainda se recomenda não ser usada linguagem estigmatizante e excludente, pois o ser humano é multidimensional, complexo e plural, não podendo ser reduzido ao ato que estigmatiza o comportamento reprovado[109].

Há dois pontos que complementam as premissas decorrentes dos princípios que configuram a justiça restaurativa, como bases de sustentação e ampliação de uma filosofia sobre a forma de vida que ressignifica os relacionamentos sociais: em primeiro lugar, pessoas preparadas para facilitar os diálogos, que estudem e desenvolvam habilidades e cultivem a sensibilidade que estimula a potência na utilização dos métodos restaurativos; e, em segundo lugar que ela sirva de motivação para que se estabeleça uma justiça social e distributiva, a fim de também ser um instrumento transformador e incrementador da mudança social, para que o significado de “fazer justiça” não se resuma no ato de punir de forma exemplar, fazendo a pessoa passar pelos corredores dos tribunais, e pela segregação social que é decorrente deste sistema, tudo que indica discriminação como alguns setores da sociedade em razão da sua condição social (classe social), e/ ou da raça, da cor da pele, entre outros aspectos.

O paradigma está inserido no campo das ciências sociais e também das ciências humanas, como objeto de estudo e pesquisa, e se trata de uma atuação

---

[108]Na Inglaterra se levantou esta questão, posto que ela, por exemplo, não se iguala com o círculo de justiça restaurativa, sendo um conjunto de princípios e práticas, em que a participação dos envolvidos e da comunidade é de fundamental importância para que possa se concretizar.

[109]Por esta razão é contraindicada a utilização de termos como delinquente, homicida, ladrão, fraudador etc. Para além dessas denominações excludentes e discriminatórias, a justiça restaurativa considera o transgressor um ser com vontade, um ser político, que participa da vida política (vota, protesta, produz, tem vontades e desejos, é um cidadão deste nosso tempo, consome, convive), não é portanto unidimensional, mas compõe de variados aspectos, os quais devem ser respeitados.

prática, que utiliza metodologias, visando a aproximação de pessoas para auxiliá-las na construção dialogal com objetivo de compreensão e entendimento, para a reavaliação da condição existencial no meio, visando a integração dos relacionamentos.

Portanto, a ideia é que há uma responsabilidade coletiva pelo dano, na perspectiva do seguinte exemplo de um caso verídico ocorrido no Canadá, o qual foi utilizado numa palestra proferida por João Salm (SALM, 2019), da Universidade de Chicago, que também trabalha esta temática:

> Quando um rapaz foi sentenciado a uma pena de prisão, ao dar a sentença o juiz foi abordado pela comunidade que lhe fez um pedido no sentido de que pretendiam revezar entre cada um dos presentes, o tempo de prisão ao qual o rapaz seria condenado, pelo motivo de que naquela comunidade tudo era feito assim, todos faziam tudo uns pelos outros, uns com os outros, tudo de bom e tudo de ruim, há um a corresponsabilidade coletiva, e a comunidade se sente também responsável por sua omissão, razão para que todos entendessem que deveriam ser punidos. E a justiça restaurativa permite que se trace um plano do que deve ser feito.

Então a justiça restaurativa se destina a tratar o dano quando as pessoas se reúnem para abordar suas histórias, a vergonha, os sentimentos, as faltas, as falhas e os seus defeitos comportamentais. As que ouvem, escutam e tentam entender o que passou aquele que está contando a história, compartilham suas histórias também, e a vergonha, mas não de uma maneira estigmatizadora. Se alguém for tratado e considerado um ofensor sexual, ou criminoso sexual, isso, imediatamente provoca um estado de rejeição e estimula o sentimento coletivo de vingança, que é praticamente estimulado pelo sistema punitivo, o qual transfere esse sentimento para o procedimento estatal. Mas, a real necessidade que existe é de incluir a pessoa, a partir de algo que a torne melhor e não pior, e assim, cuida-se de considerar a multidimensionalidade no aspecto político, econômico e social, dos indivíduos.

Isso significa enxergar para além de um ato criminoso, no sentido de que há alguém ali, e sua vida (social, política, existencial, filosófica, religiosa, espiritual) não se resume a prática de um ato danoso a alguém. Pode ser um pai, alguém que tem uma ação comunitária que beneficie pessoas, ou simplesmente ajuda uma vizinha idosa e necessitada de atenção e cuidado, tem irmãos, irmãs, acredita ou não acredita

em Deus, é católico ou é evangélico, ou é ateu. É um ser com espiritualidade, com sentimentos, chora, sente tristeza, essa é sua multidimensionalidade, que muitas vezes é ignorada.

Ocorre que, as pessoas só podem ser conhecidas quando se abrem. Em linhas gerais, o que se lê a respeito do tema, indica que as experiências existentes fortalecem a comunidade, diminui-se a reincidência, os custos, um percentual muito alto, normalmente num percentual alto. Os que participam das práticas afirmam estarem mais satisfeitas com processos tratados por meio das técnicas restaurativas do que se tivessem seguido o caminho da justiça punitiva.

Falar, portanto, de justiça restaurativa é tratar de algo que se traduz como um exercício de humanidade profunda, uma prática do justo, mudando as lentes e vendo com outras perspectivas, buscando novas e diferentes soluções, percebendo a realidade dos conflitos, pois se consubstancia num lugar para que as pessoas possam trazer suas verdades e suas dores. A punição se destina a impor um estado de dor, isso é certo, mas a dor que se vê como um resultado que pode acontecer no processo restaurativo, é diferente, porque tem um potencial transformador, é uma dor com profundidade de sentimento.

Quando é abordada uma situação de violência pela justiça convencional punitiva e retributiva, isso se dá de uma forma muito linear e superficial, porque o objetivo é a expiação da culpa de alguém que provocou um mal. Enquanto na justiça restaurativa, a violência é vista na sua dimensão de real com a participação narrativa da vítima, e o foco principalmente voltado aos sentimentos dela, inclusive no aspecto da espécie de responsabilização que a ela parece ser correspondente ao sentimento de justiça.

A justiça restaurativa é uma alternativa que se contrapõe à concepção convencional da justiça penal, da prática judicial e processual, que tem caráter punitivo e retributivo.

Compreende uma diferente visão de justiça propondo um novo paradigma tanto de objetivos da justiça quanto da própria definição de crime.

Enquanto que, na linha do analisado até aqui, a doutrina clássica se constituiu em torno da teoria do bem jurídico, para os sistemas da *civil law,* ou do *harm principle,*

para os sistemas da *common law,* ambos fincados ideia de punir (aplicar uma pena) e retribuir o mal praticado, quer pela violação da norma ou quer pelo reconhecimento deste poder a ser exercido sobre aqueles agem de forma desviante, na visão restaurativa, o crime passa a ser concebido como violação à pessoa e às relações interpessoais.

É que a partir da culpa estabelecida entra em cena, na justiça convencional, o "justo castigo", o que, segundo Zehr, significa ser o crime uma dívida moral que deve ser paga, representando a justiça este equilíbrio da balança, como se pudesse existir "uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida". (2014, p. 71).

E que:

> Culpa e punição são só fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram. Somente pela dor terão sido acertadas as contas.
> Devemos ser honestos no uso da linguagem. Quando falamos de punição estamos falando de infligir dor a alguém de propósito. Nils Christie nos ajuda a ver que a lei penal é de fato a "lei da dor", pois se trata de um elaborado mecanismo para administrar dose "justas" de dor (ZEHR, 2014, p. 72).

Então, na justiça convencional, da prática judicial, há a centralidade das figuras do Estado, da pena e da atribuição de culpa, tudo na linha de compensar a consequência do delito, nesta *troca de lentes*, como sugeriu Howard Zehr. Esta expressão que ele plasmou, título de uma obra de sua autoria que é referencial neste assunto, e que se tornou praticamente um mantra da justiça restaurativa, nesta ideia de *visão diferente,* quer dizer, de uma *forma de compreensão das coisas por outros ângulos*, e que foi construída pela observação arguta de alguém (Zehr) que, inclusive, gosta de fotografar.

Ele utiliza a expressão *troca de lentes*, para anotar que, no campo do direito penal, a escolha da lente, ou do quadro mental de interpretação dos fatos, altera aquilo que se enxerga, não só do ponto de vista da interpretação dos fatos, como das consequências jurídicas que devem ser impostas a respeito do ato delitivo e de suas consequências, pois, segundo ele, é necessário tirar o "crime de seu pedestal abstrato", e compreendê-lo "da forma como nós o vivenciamos como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos" (ZEHR, 2014, p. 167-170).

E desta maneira o que se vê é um outro paradigma que deve ser compreendido na sua dimensão de uma possibilidade nova de produzir sentido para as pessoas envolvidas num crime ou em qualquer outra situação disfuncional ou traumática. O referencial que se tem da necessidade de uma punição, ou de infligir um mal, para compensar uma situação ocorrida, pode se transformar em algo que significa mais a busca de sentido para o ato praticado, não que isso dispense uma responsabilização, mas impõe uma maneira diferente disso acontecer, e que atenda às expectativas dos envolvidos.

4.3 O paradigma restaurativo na prática. O processo circular

A norte-americana Kay Pranis é a idealizadora dos processos circulares, uma das metodologias empregadas na justiça restaurativa, e se dedica a ensinar as práticas vivenciais dos círculos, visando com isso estimular e mostrar que há uma possibilidade de se construir uma nova forma de convivência social, a qual se pauta pelo diálogo, pelo atendimento das necessidades e construção de responsabilidades individuais e coletivas, de forma a estimular as trocas de sentimento, ou seja, por meio do amor ao ser humano.

Sua mensagem teórica e prática fala de diálogo, de contato, no sentido de fazer o (re)empoderamento dos indivíduos, por meio do reconhecimento de uma capacidade discursiva e produtora de saberes, os quais são contados. Portanto, é importante isso para a justiça restaurativa, o fato de reconhecer nos indivíduos que são eles conhecedores em profundidade da própria vida, bem como da comunidade em que se inserem, devendo ser assim considerados, e trazem dessa forma, para o campo decisório que acontece de forma compartilhada, uma forma de sociabilidade produzida por meio das histórias, e assim se chega à realização da justiça. Diz ela: “O processo do Círculo é um contar histórias. Cada pessoa tem uma história, e cada história oferece uma lição. No Círculo as pessoas se aproximam das vidas umas das outras através da partilha de histórias significativas para elas” (PRANIS, 2010, p. 16).

Esclarece no sentido de que:

> Os Círculos de Construção de Paz descendem diretamente dos tradicionais Círculos de Diálogo comuns aos povos indígenas da

> América do Norte. Reunir-se numa roda para discutir questões comunitárias importantes é algo que faz parte das raízes tribais da maioria dos povos. Essas práticas ainda são cultivadas entre povos indígenas do mundo todo e temos em relação a elas uma imensa dívida de gratidão, pois mantiveram vivas práticas que vieram a ser fonte de sabedoria e inspiração para as nossas culturas ocidentais modernas (PRANIS, 2010, p. 19).

Howard Zehr, nessa perspectiva salienta que a justiça restaurativa se configura "um modo de legitimação e resgate dos elementos restaurativos das nossas tradições – tradições que foram frequentemente desprezadas e reprimidas pelos colonizadores europeus", para complementar o seguinte:

> No entanto, a justiça restaurativa moderna não é uma simples recriação do passado, mas sim adaptação de alguns valores, princípios e abordagens dessas tradições combinados com a moderna realidade e sensibilidade quanto aos direitos humanos. Colocando de outra forma, um juiz maori de uma vara de menores da Nova Zelândia me disse uma vez que minha abordagem de justiça restaurativa era uma forma de articular os elementos-chave de sua própria tradição de modo que fossem compreensíveis e aceitáveis para um ocidental (ZEHR, 2014, p. 256-257).

Kay Pranis também chama a atenção para os princípios profundos dos processos circulares, que têm potencial como instrumento de transformação social, não como um lugar de julgamento, e sim um espaço privilegiado e estruturado para que as pessoas desenvolvam aspectos que não foram bem trabalhados na sua formação como ser humano, esclarecendo no artigo *Justiça restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia* o seguinte:

> Tive muitos mestres nesse processo, mas as lições mais profundas vieram do povo aborígine do Canadá e dos indígenas dos Estados Unidos. Aprendi com os nativos sobre a coragem de falar abertamente a respeito de assistência e perdão, sobre a coragem de falar de coração aberto e de abri-lo aos outros, e também sobre um senso de interdependência e ligação com toda a criação, no nível da alma. Com o exemplo dos nativos do Canadá e Estados Unidos, adquiri uma consciência mais aguçada sobre o significado do respeito e aceitação de todos (PRANIS, 2006).

A justiça restaurativa é concebida por ela a partir do que aprendeu, praticou e continua praticando num período de três décadas, usando a metodologia dos processos circulares e promovendo, por meio desta ótica, uma "justiça construída sobre relacionamentos corretos e responsabilidade mútua". Seu trabalho evoluiu da perspectiva intelectual e cognitiva até um terreno mais intuitivo, para se conectar a um

nível também emocional e espiritual, em complemento ao racional, porque para ela, os ensinamentos dos nativos e de outros pioneiros deste movimento, aliados à experiência que adquiriu no trabalho com as comunidades, foram fundamentais para explorar processos ajustados aos princípios da justiça restaurativa

Foi assim que Kay Pranis criou os processos circulares, considerado um dos importantes métodos aplicáveis, e este conhecimento ela adquiriu por meio da observação de antigas tradições aborígenes, como um reflexo dos recursos mentais e relacionais desenvolvidos. Ela, como facilitadora do círculo ostenta a postura de guardiã das diretrizes e valores estabelecidos, os quais são a base do desenvolvimento do método, cujo resultado é sempre instigante e animador, por promover uma boa integração dos participantes, qualquer que seja a finalidade da prática circular.

O papel de um facilitador possibilita que cada participante tenha vez e voz, de modo que o grupo possa, com as sucessivas rodadas, ir criando e desenvolvendo um profundo respeito e interesse pela história e contribuição de cada um. A postura do facilitador e suas atitudes são no sentido de manter a confiança plena de que o grupo vai, com o tempo, encontrar os seus próprios caminhos e suas próprias soluções.

Por isso há necessidade, dentro da metodologia, de se desenvolver uma capacidade de tolerar a passagem dos momentos tensos no grupo, sendo muito importante a atividade de facilitação, para que não haja intervenções que sejam diretivas ou orientativas, no sentido de dar respostas ou prescrições, como um produto pronto, mesmo nos momentos mais tensos e conflituosos.

Somos definidos por um verbo: ser. Há muito para dizer sobre o que significa isso, mas dentre as várias passagens escolhi uma de uma retirada de uma obra escrita por uma médica intensivista Ana Claudia Quintana Arantes, sendo muito importante para reflexões sobre a justiça restaurativa.

Diz ela:

> O ser humano é a única espécie na Terra que é definida por um verbo. Vaca é vaca, boi é boi, borboleta é borboleta, mas *ser* humano só nós. Nascemos animais, mamíferos pensantes e conscientes, mas só nos tornamos humanos à medida que aprendemos a *ser* humanos. No entanto, a maior parte dos animais da nossa espécie ainda não sabe o que é isso. Quando refleti sobre o assunto, entendi finalmente o

> sentido da expressão “humanização”. Até então me parecia sem sentido humanizar o humano. Agora percebo claramente que a maior parte dos animais pensantes e conscientes de nossa espécie se comporta de maneira instintiva e cruel, não se aprofundando em seus pensamentos, sentimentos e atitudes. Falar em humanizá-los, portanto, passou a fazer sentido para mim. A gente está “sendo”, e a completude de “ser” humano só se dá quando sabemos qual é a finalização desse processo. Cada um de nós se organiza, se descobre, se realiza para ser humano até o dia em que a morte chega (ARANTES, 2019, p. 76).

A chamada justiça restaurativa, que, como visto, pode ter outras denominações, constitui um modo de fazer acontecer o estreitamento das compreensões existentes a partir de cada um, quanto as maneiras de estar no mundo e vivenciar a experiência da integração com o outro, bem como no meio social, e sobre a forma de completar sua humanização, principalmente pela compreensão profunda do outro com quem se está em relação. Essas metodologias propiciam trocas de conhecimento mútuo, sentimentos, emoções, ou seja, um conjunto de circunstâncias que compõem a subjetividade e a forma como o ser confere significados para as vivências, mediante uma prática vivencial, que auxilia a interpreta como e por que as pessoas reagem, se comportam, se sentem, se veem e são vistas

A implementação e a disseminação dessas práticas acontecem em diferentes áreas (familiar, da infância e adolescência, conflitos que sejam da área cível ou criminal, podendo envolver violência doméstica, e outras tantas expressões da chamada criminalidade de massa, na ampla gama de projetos tanto no Brasil como em todo o mundo). O paradigma, cuja referência é ancestral, como visto, já tinha sido abandonado, como referência de justiça convencionada, pelos sistemas de justiça ocidentais e modernos se apresentando agora no seu retorno à cena, como fórmula alternativa, que tem sido retomada por meio de um conjunto muito heterogêneo de práticas e propostas.

Mas, no campo das ideias (e ideais) que movem esses projetos, que buscam inovar no âmbito da gestão dos conflitos, sempre é sentida a necessidade de aumentar o grau de envolvimento das pessoas que estão inseridas num processo conflituoso, bem como de incrementar o sentido da responsabilização, e envolver a pessoa lesionada, a vítima de ato que se configure infração penal, estas que

normalmente não têm papéis ativos como participantes do processo de responsabilização civil ou no da punição criminal, além do entorno social.

Cumpriria assim, este paradigma também uma função pedagógica na reconstrução e/ou ressignificação dos relacionamentos sociais, ainda que com foco em casos individualizados, ou seja, pela atuação no microcosmo social, no âmbito das situações conflituosas, manifestando-se como um conjunto de princípios e práticas, as quais, por meio da participação, do engajamento e da deliberação, permite que os envolvidos possam construir o sentido coletivo de justiça, como se este fosse obtido objetivamente a partir das subjetividades, enfim, como se cada ser humano tivesse a possibilidade e o dever de construir o sentimento de justiça, a partir dos conflitos, agindo colaborativamente, sendo que, a metodologia destinada a promover restaurativamente os relacionamentos, dá esta possibilidade.

Em se tratando de método de trabalho para o fim de se realizar o processo restaurativo que se compõe das três partes já mencionadas: vítima, transgressor e comunidade, o fato de se realizar ou não o processo completo restaurativo depende da presença efetiva dos três, porque no dizer de Paul MacCold e Ted Washtel haverá resultados parcialmente restaurativos, se não estiverem todos, mas nunca totalmente restaurativos (MACCOLD, WACHTEL, 2003). Ela não se trata de justiça legal, ou formal, mas é relacional sendo regida pelo princípio da responsabilidade, no sentido de existir uma mensagem implícita de que cada ser se apresenta como alguém em suas relações, porque tudo, no meio social, acaba gerando uma reação em ondas, como, por exemplo, o desmatamento da amazônia gera como efeito as enchentes e desequilíbrios de várias ordens no meio ambiente.

E deve ser dito ainda que a justiça restaurativa talvez não seja algo que deva ser regulamentado por uma legislação, nem que seus modelos e práticas precisem ser uniformizados, mas devem sempre ser observadas suas premissas fundamentais, como um procedimento de aproximação, uma relação dialógica, consensual e voluntária entre vítima, ofensor e comunidade. Proporciona-se, dessa forma, a identificação das necessidades de cada uma dessas partes, com foco nos danos e necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor, trata das obrigações resultantes

destes danos (obrigações de todos), utiliza processos inclusivos e cooperativos, e busca efetivamente corrigir os males.

Por meio dessa proposta que visa um caminho diferente, para além da justiça criminal, justifica-se também a busca pela ressocialização do ofensor, como um meio dele reconhecer seu erro, assumindo a responsabilidade pelas consequências do seu ato. Neste aspecto buscar recompor, promovendo a *cura* das consequências do delito, num exercício quase terapêutico, razão pela qual há projetos no Brasil com esta denominação, e com outras também, mas todos na perspectiva de abordagens diferentes em relação à prática infracional, quer quando se trate de agente imputável, como inimputável (jovens com menos de 18 anos).

Tanto Howard Zehr, quanto Kay Pranis, defendem um sistema de justiça que também utiliza de uma construção que se situa numa zona intermediária, mediante nova formulação de enfrentamento das questões penais, que são por eles considerados mais eficazes do que a justiça convencional.

Este modelo, a princípio pareceu ter mais adequação ao sistema da *common law*, em que vige o princípio da oportunidade, esbarrou em outros sistemas que eram menos flexíveis, como é o caso do Brasil.

Aqui, tradicionalmente, um dos caros princípios do processo penal é o da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada, inserido em nosso sistema acusatório, mas o fato é que as sucessivas modificações legislativas culminaram em mitigar, de forma progressiva, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada, mas o fato é que, apesar das aberturas da legislação para incrementar algumas ações compositivas, a conciliação, a mediação e eventualmente reuniões coletivas, na esfera penal, permanece hígida a espinha dorsal do sistema acusatório e a uma sombra/presença do princípio da indisponibilidade da ação penal.

Isso implica reconhecer que muitas composições não se dão efetivamente os envolvidos estabelecem uma comunicação, dialogam e buscam enfrentar passagem do conhecimento das circunstâncias vivenciadas por ambos, que os regeram, até a efetiva ocorrência da infração ou da situação traumática, em que alguém provocou um dano a uma outra pessoa. As composições se dão sob uma velada ameaça de que a alternativa, caso não se aceite a proposta do Estado para a solução “conciliatória” é a propositura da ação penal, ou seja, é a ameaça da pena que rege toda a lógica, a qual

continua fincada na repressão pelo possibilidade de imposição de uma pena. Esta perspectiva não tem característica de justiça restaurativa, e sim faz uso de prática restaurativa como um elemento paliativo e alternativo cuja finalidade é de não abarrotar o sistema penal com situações consideradas de menor importância, as quais, embora possam representar um conjunto de certa relevância para a convivência social, integrando estatísticas dos abalos da segurança pública, se encontram normalmente fora de uma zona de proteção considerada mais segura, dentro do sistema de justiça estando resguardadas de qualquer possibilidade de transigência em relação à imposição de uma pena corporal.

No caso do Brasil, portanto, o sistema é menos flexível à justiça restaurativa, diante de princípios jurídicos regentes, que resistem a técnicas como a restauração diante da indisponibilidade da ação penal, dificultando atitudes mais colaborativas e cooperativas no âmbito compositivo: conciliação, mediação e reuniões coletivas na esfera penal. Mas é uma proposta alternativa com possibilidade de adaptações, que é o que, aqui no Brasil e também no mundo, em muitos projetos experimentais, são estimulados por organismos internacionais e por órgãos nacionais tanto do sistema de justiça quanto de fora dele.

4.4 As normatizações brasileiras que buscam estimular a autocomposição, inclusive no processo penal e a preocupação com a vítima

A dicção constitucional a partir de 1988 indicava um tendência de guinada do sistema jurídico prevendo a solução pacífica dos conflitos em dois momentos: já no seu preâmbulo quando ressalta o compromisso com a solução pacífica das controvérsias, bem como no art. 4º que prevê a solução pacífica dos conflitos, como princípio nas relações internacionais.

Isso já, certamente seria suficiente para provocar algum tipo de mudança nos comportamentos legislativos, a partir daí, mas, diante há componentes culturais fortes que normalmente provocam reações muito lentas, diante da necessidade de adaptação, a partir de uma configuração conjuntural que esquematiza as práticas vigentes anteriores, havendo necessidade de estímulos.

O primeiro marco teórico foi a lei 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, introduzindo o uso da conciliação de forma mais ordenada, e com propósitos auxiliar nas soluções dos conflitos, para desafogar o sistema de justiça, isso, principalmente na área processual civil, porque na área processual penal a instituição mais importante foi a da transação penal, no art. 76 da referida legislação, de forma que o Ministério Público, uma vez preenchidos requisitos previstos no texto, pudesse deixar de oferecer denúncia em ação pública incondicionada, para propor a aplicação de pena restritiva de direitos e multas, conforme especificação na proposta, mas só em face de crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada em abstrato não seja superior a dois anos..

Por isso que o instituto foi compreendido tanto por doutrinadores, quanto pela própria jurisprudência como uma verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade, e, de acordo com Aury Lopes Júnior, teria então o Ministério Público, apenas em situações muito delimitadas, uma “pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais)” (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 386).

No ano de 1999, houve aprovação de legislação destinada a proteção de vítimas e testemunhas, na perspectiva de proteção, quando forem ameaçadas, dispondo, a lei 9.807, sobre programas especiais para assistência quando necessária a segurança da residência, escolta, transferência de residência, apoio e assistência social, médica e psicológica, entre outras coisas, na presença de uma situação que caracterize uma coação ou grave ameaça, e o texto também estende a proteção a acusados e condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Seguindo na evolução da ideia de fortalecer o viés consensual, de forma lenta e gradual, necessitando de estímulos externos, inclusive, foram firmados dois pactos republicanos, como carta de intenções dos poderes instituídos representando uma parceria entre os três poderes, objetivando promover avanços no aperfeiçoamento do sistema de justiça. Em sua primeira edição, o pacto for firmado após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, tendo como objetivo principal a viabilização de um sistema de justiça com potencialidade para ser mais rápido no atendimento das demandas e também para aprimorar este sistema. Como decorrência dele houve a

regulamentação da súmula vinculante e também da repercussão geral (Leis 11.417 e 11.418) (BONAVIDES, LOPES, 2016, p.618), ambas de dezembro de 2006). Foi ainda como decorrência deste primeiro pacto que houve aprovação da criação de um cadastro centralizado de crianças e adolescentes desaparecidos, a tipificação do crime de sequestro e a revisão da legislação sobre crimes sexuais.

Em 2009, veio o segundo pacto republicano, e desta vez, para a realização de reformas processuais, visando fortalecer e proteger os direitos humanos, dar efetividade à prestação jurisdicional, acesso à justiça, aperfeiçoar o Estado democrático e as instituições do sistema de justiça (BONAVIDES, LOPES, 2016, p.618). A referência que se tem do conteúdo deste II Pacto Republicano, que é de 13 de abril de 2009 é de especificamente, entre outros compromissos: fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menos judicialização; incentivar a aplicação de penas alternativas; integrar ações de proteção às crianças e adolescentes vítimas ou em situação de risco e promover medidas de aprimoramento do sistema de justiça em que se insere o menor em conflito com a lei; aperfeiçoar a assistência e o programa de proteção à vítima e à testemunha; estruturar e apoiar as ações dos órgãos de controle interno e ouvidorias, no âmbito das instituições do sistema de justiça, com o objetivo de promover maior transparência e estimular a participação social (II Pacto Republicano, 2009).

Logo em 2010, na linha da evolução imprimida pelos pactos republicanos, a partir do estímulo constitucional, bem que se diga, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução nº 125, que dispôs sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Esta política é tratada como política pública de tratamento adequado de conflitos, conforme o art. 6º, inc. I. De forma geral a resolução tratou de estimular a implementação da conciliação e da mediação civil, com vistas a estabelecer uma cultura de solução pacífica dos conflitos, mediante formação, capacitação e qualificação dos atores, como também dos mediadores e conciliadores, trazendo todo um regramento neste sentido, e ainda instituindo os núcleos permanente de métodos consensuais de solução de conflitos (NUPEMECs), e, também, os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSCs), que são, de acordo com o art. 8º, cuja redação foi

atualizada pela Res. Nº 326, de 26/06/2020): “unidades judiciárias de primeiro grau responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”.

A lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique infração penal, e alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos aspectos que ela regula, também decorreu de compromissos com o último pacto republicano, sendo que dela consta, pela primeira vez no Brasil numa lei, normatização expressa das práticas de justiça restaurativa, no sentido de a responsabilização infanto-juvenil, conforme os princípios que regem as medidas socioeducativas são os: a) da legalidade, no sentido de que não pode o adolescente ter tratamento mais gravoso que o dado aos adultos; b) da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas, fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo; entre outros.

Em 2013, quando foi editada em 02 de agosto, a lei que define o que é uma organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal (Lei 12.850), houve ampliou-se o que se passou a entender como mais um avanço na relativização o princípio da obrigatoriedade, sendo que, com esta lei, para qualquer espécie de infração penal praticada pelo integrante da organização criminosa, há a possibilidade de não oferecimento de denúncia, desde que preenchidos os requisitos do seu § 4º, do art. 4º. Dessa forma, um integrante de uma organização criminosa, que não seja o líder, poderá não ser processado, se houver compromisso de colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo, resultando na identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, se for revelada a estrutura hierárquica ou divisão de tarefas, prevenção de infrações penais pelas atividades da organização, recuperação de produto de crime, localização da vítima, não precisando haver cumulação dessas circunstâncias, pois na presença de uma delas, já se configura situação para não ser iniciada ação penal.

Em 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 118, em 1º de dezembro, instituindo no âmbito do Ministério Público brasileiro a política nacional de incentivo à autocomposição, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses. A resolução prevê como instrumentos efetivos de pacificação social os seguintes: negociação, mediação, conciliação, convenções processuais e as práticas restaurativas. No que tange à conceituação destas práticas, consta do art. 13 que elas são recomendadas nas situações em que seja "viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s). com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos", bem como, no art. 14, o seguinte:

> Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

Em 2015 foi editada a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano, para entrar em vigor, no mês de março de 2016. A nova legislação processual possui um forte cariz autocompositivo, sendo que já de início determina no seu art. 3º §§ 2º e 3º, que o Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos, e que "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".

Além disso estimula a colaboração e cooperação processual, definindo o que é mediação e o que é conciliação, tratando dos conciliadores e mediadores, e estimulando nos momentos processuais diversos o incentivo judicial à autocomposição, pela oportunidade renovada dela ser ofertada às partes.

Em acréscimo à legislação de estímulo à autocomposição e de regramentos que disciplinam as técnicas autocompositiva, entrou em vigor no final de 2015, a Lei 13. 140, de 26/06/2015, dispondo sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias e também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito

da administração pública. No âmbito da administração pública, é interessante a disciplina do seu art. 3º, no sentido de que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, pelo entendimento de que o direito pode ser indisponível, mas as obrigações decorrentes dele, podem ser transacionáveis.

Posteriormente, em 2016, o CNJ editou a Resolução nº 225, que veio dispor sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Nela foram mencionadas as recomendações da ONU, para fins de implantação da justiça restaurativa nos estados membro, conforme Resoluções 1999/26 (de 1999), 2000/14 (de 2000) e 2002/12 (de 2002), que veiculam seus princípios básicos.

Aliás, é de anotar que o uso, e também o fomento dessas práticas, relativamente a casos penai penais é uma diretriz da ONU, materializada na Resolução 2002/2012, na qual se estipula que os países-membros, respeitando seus ordenamentos pátrios, deverão formular estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao seu uso, pelas autoridades (BONAVIDES, FISCHER, 2020, 2019).

Também consta dos *consideranda* da resolução do CNJ que:

> Diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como provendo-se espaços apropriados e adequados

O conceito de justiça restaurativa encontra-se descrito no art. 1º:

> Art. 1º Constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à concretização sobre os fatores reacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:
>
> I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

> II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;
>
> III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Ainda são disciplinadas as formas de sua realização, no §1º do art. 1º, no sentido de que há: prática restaurativa, que é “uma forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo”; o procedimento restaurativo, que é um “conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo”; o “caso”, que se caracteriza como “quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas”; a sessão restaurativa como “todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo”; o enfoque restaurativo, que é a “abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos: a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; c) reparação dos danos sofridos; d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

São ainda elencados, na resolução, o que ela considera os princípios da justiça restaurativa, no seu art. 2º:

> a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Importante ainda a menção ao disposto no §2º do art. 1º, no sentido de que:

> §2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do

> correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Portanto, se vê um avanço considerável no sentido do incentivo à autocomposição no cível, e também na área do processo penal, uma flexibilização e uma mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, o que ficou mais sensível quando foi editada a Resolução nº 181, de 07/08/2017, dispondo sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, mas, de uma forma mais relevante, para o cenário jurídico nacional, causando muita polêmica inclusive, de início, trouxe disposições relativas ao acordo de não persecução penal. A polêmica se instalou porque não se considerou que o Ministério Público tivesse possibilidade de transigir e não oferecer denúncia, fazendo acordo com o investigado, sem autorização legal, o que configuraria um vício de inconstitucionalidade formal, em relação ao contido na resolução.

No capítulo VI da Resolução 181 do CNMP, no art. 17, estão elencados direitos das vítimas, antes do art. 18, que dispõe sobre o acordo de não persecução penal.

Consta do art. 17, *caput,* que:

> Art. 17. AO membro do Ministério Público que preside o procedimento investigatório criminal esclarecerá a vítima sobre seus direitos materiais e processuais, devendo tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos seus direitos, a reparação dos eventuais danos por ela sofridos e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem.

Demais disposições são relativas à segurança, em caso de ameaça, tanto à vítima como a testemunhas.

Interessante o que está disposto no §8º, do mesmo art. 17, o qual foi incluído pela Resolução nº 201, de 04/11/2019, também do CNMP, no sentido de que:

> §8º Nas investigações que apurem notícia de violência manifestada por agentes públicos em desfavor de vítimas negras, em atenção ao disposto no art. 53 da Lei nº 12.288/2010, o membro do Ministério Público deve levar em consideração, para além da configuração típico-penal, eventual hipótese de violência sistêmica, estrutural, psicológica, moral, entre outras, para fins dos encaminhamentos previstos no presente artigo.

O interesse que foi acima ressaltado é no sentido de que não há disposição que chame a atenção para a violência sistêmica, estrutural, psicológica, moral, dentre outras, quando se trata do próprio investigado.

Também no final do ano de 2019, provavelmente como decorrência das disposições contidas na resolução, o CNMP, também editou um guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas e testemunhas. Entre outros aspectos, de cunho protetivo e segurança, orienta a criação de núcleos ou centros de atendimento às vítimas, nos Ministérios Públicos.

Seguindo-se as inovações legislativas, com a edição do chamado “pacote anticrime”, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foram introduzidas mudanças no Código de Processo Penal, com a criação no plano legislativo, do acordo de não persecução penal, situação que veio para então superar as discussões de inconstitucionalidade da Resolução nº 181/2017, do CNMP.

Dispõe o art. 28-A, do CPP, que foi criado pela Lei 13.964, que:

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
>
> I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
>
> II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
>
> III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
>
> IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

> V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Cuida-se, consoante o §3º do mesmo dispositivo inserido, de um acordo escrito que será firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

Além do acordo de não persecução penal, foi também introduzido pela Lei 13.964/2019, o acordo de não persecução cível, que introduziu alteração na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) para admitir a realização de acordos nos casos de investigação ou propositura de ação por improbidade administrativa. O art. 6º dispôs:

> Art. 6º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> "Art. 17.
> § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.
> 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Sobre o acordo de não persecução penal há aspectos que valem ser ressaltados, pois se mostram um tanto preocupantes, como, por exemplo a real possibilidade de serem feitos acordos com inocentes, e isso decorre de análise histórica dos sistemas de acordos em outros países, e, diante de uma opção culturalmente induzida, sem ter sido previamente construída, pela escolha de uma fundamentação, que tivesse como mote a intenção de se produzir uma justiça dialogada ou consensual, pois a evidência é de escolhas para o driblar o congestionamento do sistema de justiça, sempre abarrotado. Isso então pode resultar em que acordos sejam celebrados e admitidos simplesmente para não se correr o risco de uma condenação, situação que para muitos investigados, por ser considerada mais prejudicial do que aceitar uma proposta.

Ainda pode haver excessos na acusação, acenando para uma situação mais grave do que realmente se configura concretamente, ou seja, de que haja aceno sobre existência de provas que não existem, para fim de convencimento no sentido de se extrair confissão e assinar o acordo. Estes são aspectos iniciais.

Juntamente com tais considerações que revelam uma situação de toda esta legislação que se destina a trazer o que são considerados benefícios para o investigado, mas que não se aproximam nem minimamente das proposta de justiça restaurativa, no aspecto de intenção genuína de produzir espaço de consensualidade no processo penal, ou mesmo de ocorrer situação de um melhor atendimento à condição da vítima, se configurando mais um conjunto de paliativos, que não se atêm aos aspectos relacionais, os quais promoveriam aproximação, para o fim estabelecer uma situação de entendimento e restauração de vínculos, que é reparadora, no sentido de resultar numa responsabilização mais efetiva do que aquela que trabalha com a ameaça de imposição de pena, e que sempre tem resultados mais limitados.

As práticas autocompositivas, especialmente de cunho restaurativo, tendem a mostrar o potencial transformador principalmente nos crimes de maior potencial ofensivo, em que os relacionamentos e a dignidade das pessoas são violados de formas mais drásticas, as quais merecem uma responsabilização que corresponda de forma mais específica e própria para a situação.

O acordo de não persecução penal (ANPP) é um negócio jurídico entre acusação e investigado, e é, como já dito, diferente das práticas restaurativas, porque o consenso não é obtido por meio de barganha, mas do diálogo entre iguais, enquanto no ANPP vige a lógica negocial, que não tem qualquer preocupação com a compreensão das causas mais profundas do caso penal, e sim para responsabilização alternativa do investigado, mediante sua confissão, que já representa um meio de prova de grande valia, para fim condenatório, caso não seja respeitado o conteúdo do acordo.

Sobre a possibilidade de ser esse instrumento negocial, uma eventual via para espaço de prática restaurativa, até se admite, desde que sejam tomados alguns cuidados, em razão da diferença de lógicas entre a justiça restaurativa e o instrumento negocial, o ANPP.

O primeiro ponto é que o ANPP está limitado a casos de crimes não violentos ou bem como, não cometidos com grave ameaça. A pena mínima tem que ser inferior a quatro anos e sua celebração depende da confissão circunstanciada da prática

cometida pelo investigado. Há, portanto, uma divergência bem marcante entre as práticas restaurativas e o ANPP.

Ocorre que, naquelas, como consta do art. 8 da Resolução nº 12 de 2002 da Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas, que trata dos "princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal": a participação em práticas restaurativas voltadas a casos penais não pode implicar em admissão de culpa, e dispositivo do mesmo teor foi reproduzido na Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, no art. 2º, §1º.

Por isso que a participação nas práticas restaurativas não pode se basear em confissão, mas para o ANPP, ela é necessária. A única possibilidade então de ser possível se pensar em aplicar a justiça restaurativa em situação que seja possível o ANPP, é quando o investigado confessou o crime no procedimento investigatório criminal, e mantenha essa confissão quando for proposto o ANPP. Dessa maneira, a via restaurativa e o cumprimento de eventual acordo restaurativo, entre vítima e autor da ofensa, podem ser propostos como uma das condições do ANPP.

É que assim pode ser aproveita a situação da existência prévia e não condicionada da confissão, viabilizando a abordagem restaurativa, para, por meio dela serem valorizadas e postas as necessidades da vítima, bem como a disposição do autor da ofensa em participar de uma prática dialogada de aproximação, visando reparar de forma mais substancial e significativa para ambos, o dano sofrido, e, dessa forma de estabelece uma responsabilização efetiva, de cunho restaurativo. As práticas restaurativas devem ser conduzidas por facilitadores com formação que possam conduzir a prática.

Caso não exista consenso, ou seja, se não for atingido o acordo restaurativo, poderá o agente ministerial estipular uma condição alternativa, mantendo-se o ANPP, mas sem finalidade restaurativa.

De qualquer forma, a utilização do ANPP se trata de uma via a ser considerada, justamente por tornar viável o uso de práticas restaurativas, em situação que já se flexibiliza a disponibilidade da ação penal, havendo regulamentação legal para tanto,

o que pode dar, no quadro atual, maior respaldo a iniciativas que forem, dessa maneira, encaminhadas.

De outro turno, já defendi, em artigo publicado em coautoria com Mário Edson Passerino Fischer, que é mestrando pela UFPR, e sus seu projeto trata da falta de justa causa para a ação penal, quando ocorrer o resultado restaurativo. No artigo, intitulado “As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio*” (BONAVIDES, FISCHER, 2020, 2019). Este artigo também foi objeto de trabalho apresentado no 23º Congresso Nacional do Ministério Público, em Goiânia, no ano de 2019.

Foi então considerado, de início que existem

> permissivos normativos e principiológicos no ordenamento brasileiro, aptos a possibilitar a alternatividade entre as práticas restaurativas e o processo penal, a partir da inserção do imprescindível requisito da “ausência de pacificação social” ao conceito de ‘justa causa’ para a propositura de uma denúncia e da ampliação da incidência do princípio da *ultima ratio* em relação à persecução penal em casos concretos. Em relação a este último aspecto, defende-se que este princípio não seja invocado apenas como um limitador da atividade legislativa penal, mas que seja aplicado também aos agentes do sistema justiça, no que toca à averiguação da real necessidade de persecução criminal, quando outros meios se mostrem capazes de produzir uma resposta pacífica ao caso penal (BONAVIDES, FISCHER, 2020, 2019).

Nessa perspectiva a dedução consistiu em testar a hipótese a partir de reflexões em torno da “função da pena, do direito penal e do processo penal, instrumentalmente conexo a esse” (BONAVIDES, FISCHER, 2020, 2019)..

Nessa linha, dentre as premissas sustentadas no estudo constou que:

> a interlocução entre práticas restaurativas e sistema penal aumenta o risco de cooptação dessas como mais uma ferramenta apta a oprimir (de modo envernizado) a clientela do sistema penal, podendo, a depender do modo como são conduzidas, espelhar as violências que dele provêm. Inegavelmente há um risco que pode ser mais ou menos minimizado, a depender dos princípios e da forma de interação entre um ‘modelo restaurativo de justiça’ e o ‘modelo convencional’. Aqui está a última premissa: entende-se que processo penal e as práticas restaurativas possuem racionalidades diversas, o que demanda, então, uma organização alternativa-complementar entre ambos, pois as práticas não poderão ser inseridas como parte do processo. Assim sendo, defende-se que a interlocução entre práticas e processo deve

> ocorrer apenas no que toca aos resultados que as práticas produzam na realidade material. Há alternatividade entre elas e o sistema penal convencional como forma de promover a harmonia social, compreendendo-se as práticas como ferramentas mais efetivas, enquanto o sistema penal é um aparato subsidiário violento de resguardo da coesão social, que deve ser contido e usado apenas quando todas as demais vias de resposta ao crime tiverem sido exauridas (BONAVIDES, FISCHER, 2020, 2019).

E isso em razão do consenso efetivo que se mira atingir, o que pode ser obtido por uma prática restaurativa voluntária, que, sim, tem potencial para promover a responsabilização pública do autor da ofensa, que não nega a autoria do fato, e, assim é que ocorre a verdadeira reparação ou, ao menos, uma minimização do dano, com vistas a uma possibilidade de harmonização das relações sociais e condutas dos envolvidos. E então pelo princípio da e da ausência de justa causa, não seria necessária a persecução penal de um delito ainda que presentes indícios de autoria e de materialidade, hoje, mais justificadamente, nos casos em cabe o acordo de não persecução penal, mas, em verdade, não estaria apenas no âmbito deles, caso fosse outra a orientação de nosso sistema jurídico, e esta é a proposta de necessidade de mudança paradigmática que consta desta tese.

Dessa forma, a principal conclusão do artigo referido foi no sentido de que:

> Partindo das cinco premissas apontadas na introdução, conclui-se que um modelo restaurativo purista de justiça pode operar como uma via alternativa pré-processual de abordagem institucional de casos penais sem que haja a necessidade da persecução penal e, consequentemente, de eventual aplicação de pena.

Segue-se a linha de um acordo que representa uma forma de fazer justiça (restaurativa), que pode ressignificar o conceito de caso penal, haja vista o olhar diferenciado para os impactos do crime na vida das pessoas, naquela perspectiva de que o conflito deve ser objeto de transformação, vez que não se pode eliminá-lo da vida social.

Incluo na tese, em anexo (Anexo-A), um arquivo referente ao trabalho apresentado no II Fórum de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Direitos Humanos, realizado em Ponta Grossa, no ano de 2019, que se refere a aplicação prática de justiça restaurativa, na atividade do Ministério Público, por meio do Núcleo

de Prática e Incentivo à Autocomposição – NUPIA, e visando subsidiar o contido na introdução, a respeito de observação e implementação de projetos que utilizam os conceitos restaurativos, cuida-se então da: “DESCRIÇÃO DO PROJETO-PILOTO “FAMÍLIA RESTAURATIVA - Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas quando a violência contra a criança e o adolescente é utilizada sob o pretexto disciplinar.”

4.5 A justiça restaurativa e o direito penal: a emergência humanizadora da responsabilização penal

Para Paul Maccold (1999) um postulado da justiça restaurativa é que o crime viola pessoas e relacionamentos, de forma que uma teoria razoável para sua compreensão, significa a construção de um sentido de justiça, como uma forma de encontrar as necessidades dos afetados pelo crime, e buscar satisfazê-las. Os conceitos da justiça restaurativa incluem a vítima, o ofensor, a comunidade, o dano, as necessidades, obrigações, reparação e reconciliação. Uma proposição seria que a satisfação de necessidades criadas por um crime providenciará a satisfação de um senso de justiça. Uma hipótese é que os participantes de uma abordagem restaurativa sairão mais satisfeitos dela do que de outro local

A abordagem que se dá em relação ao conflito criminal, quando este entra no sistema penal, mostra que este conflito não pertence mais aos envolvidos, os quais, em verdade, deveriam ser os verdadeiros protagonistas. Mas no sistema penal tal situação que envolve, via de regra, um drama humano, uma situação traumática no seio social, passa a ser tratada por um conjunto de noções jurídico penais pré-definidas num campo racional e teórico, que atribui as denominações segundo categorias estipuladas, inclusive com forte carga ideológica, mostrando que o conceito que se tem de crime, corresponde a uma construção social, como o próprio direito é uma construção social.

Louk Hulsman em “Penas perdidas: o sistema penal em questão” (1997, p. 101) já havia ressaltado que não considerava a existência de crimes, nem de delitos, e sim

os considerava como “situações problemáticas”, as quais, para a solução, dependiam da participação direta dos envolvidos, pois de outra maneira, não poderiam ser resolvidas.

E esta visão do crime como um dos problemas que acontecem em sociedade, os quais decorrem de problemas estruturais e de convivência, os quais precisam de um tratamento sistêmico, poderia permitir maior amplitude de formas de enfrentamento com vistas à correção dos comportamentos, inclusive com linguagem diferente, possibilitando que todos tenham condições de avaliar que não há uma inevitabilidade na punição, como único meio de responder às ofensas criminais.

Walgrave considera que a justiça restaurativa é uma opção de fazer justiça após a ocorrência de uma ofensa, primariamente orientada a reparar o mal causado no âmbito individual, relacional e social, ainda que acordos voluntários não venham a ser atingidos, é que o efeito da aproximação, no âmbito maximalista é de ser considerado, e o resultado podem ser a estipulação de medidas coercitivas para concretizar uma restituição ou reparação, de forma completa ou parcial, sendo também possível estipular multas em benefício de um fundo de apoio aos direitos das vítimas e serviço comunitário. (2011, p. 96)

Interessante retirar dessa perspectiva de Walgrave, que não se considera apenas o potencial da prática restaurativa, em termos de efetivos, aos diretamente envolvidos e identificados como ofensores e vítimas de um crime. Justamente, pelo potencial de trabalhar a restauração do vínculo social e comunitário, possibilita que haja representantes da comunidade, numa visão de coletividade, do rompimento ocorrido no convívio social, sendo que processos deliberativos, os quais nem precisam estar focados só na ofensa, têm potencial de reparação mais amplo, com um conteúdo mais satisfatório, porque podem melhor corresponder às expectativas.

Na perspectiva maximalista, conclui-se que impor sanções reparativas, em vez de punições penais, seria mais adequado ainda que não atinjam ao potencial máximo da restauração, esta que pode ser atingida em graus diversos, de modo que, sendo que obter reparação parcial é melhor que não obter reparação alguma. (WALGRAVE, 2011, 96)

É que aí reside uma diferença fundamental, quando se pensa na utilização da justiça restaurativa para o âmbito criminal, é que o enfoque deixa de ser o ofensor,

passando a ser mais importante o mal a ser reparado, sendo que o primeiro objetivo da prática, pensando-se na obtenção de resultados positivos, não visa a figura daquele que transgrediu uma norma jurídica, também não há preocupação imediata com a reincidência ou reiteração delitiva, mas sim o grau de reparação do dano, do sofrimento, e da sensação de segurança social (WALGRAVE, 2011, 100).

Quando o ofensor é visto, num processo restaurativo como um agente moral capaz de assumir responsabilidade e criar opções construtivas em condições adequadas, não há tanta preocupação com o que aquela pessoa representa de risco para a sociedade, e o que fazer com ele. Porque num processo restaurativo ofensor é visto como um agente passivo de intervenção, como uma máquina a ser reparada, e esta reparação é feita por meio da motivação dele, que é a melhor ferramenta para tal transformação. Nessa medida, as práticas restaurativas são uma oportunidade para o ofensor descobrir várias formas positivas de ser alguém (WALGRAVE, 2011, 115-116), na perspectiva do outro, e para si mesmo.

Deve ser ressaltado, que um sistema penal como o nosso, por exemplo, que, embora declaradamente se justifique a partir da ideia de proteção da segurança pública e também dos bens jurídicos universais, atua, em verdade, como reprodutor de desigualdades e assimetrias sociais, incorrendo na violação de direitos fundamentais, a partir das precárias condições, e da estigmatização que promove (ANDRADE, 2007, p. 59-60). Nessa linha, Vera Regina Pereira de Andrade, afirma, também se baseando nas reflexões de Foucault, que a prisão, além de fracassar no aspecto de cumprir seu o objetivo declarado de combate à criminalidade, ainda logra êxito em contribuir para estabelecer uma ilegalidade visível, deixando na sombra as ilegalidades que são toleradas e incitando, a partir de suas condições, a reprodução da ilegalidade visível mediante a segregação (ANDRADE, 2015, p. 254), há necessidade de se pensar em alguma perspectiva humanizadora deste sistema.

E tais aspectos precisam ser pensados em torno das possibilidades de intervenção que produzam efeitos mais concretos na realidade, sem que isso passe pelas ideias do abolicionismo penal, embora se pense na necessidade de frear a violência perpetrada pelo Estado, principalmente, para que não se estimule mais violência. E, as construções hermenêuticas aqui propostas, não abstraem o sistema que é criticado, podendo se inserir nele, mas tendo o cuidado de reservar a aplicação

da lei penal como *ultima ratio,* pondo em franca evidência a primazia da solução pacífica das controvérsias, como preconizada na dicção constitucional brasileira, inclusive, bem como a dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade solidária, nos termos do que consta do preâmbulo de nossa Constituição.

Além disso, há necessidade de que a sociedade e o Estado encontrem alternativas e soluções mais comprometidas com o tratamento humanizado para o sistema penal, os quais sejam viáveis para solucionar os efeitos negativos deste, que são, dentre outros: segregar os que se enquadram em um perfil mais propenso à criminalização e à persecução penal; estigmatizar os indivíduos submetidos ao processo penal e à pena, além de reproduzir de uma forma descontrolada a violência contra os que são submetidos à pena. De outro lado, a vítima é desconsiderada, nas suas necessidades, razão pela qual perde completamente o protagonismo numa das situações mais importantes para sua vida, sem possibilidade de participar, de qualquer forma, da censura ao autor da ofensa.

Nessa perspectiva, as práticas restaurativas, como foram tratadas, são ferramentas aptas a promoverem uma melhor sensibilização e compreensão do conflito atrelado ao caso penal, pelos sujeitos, correspondendo a uma alternativa empoderadora, construtiva e pedagógica de resposta ao crime, e que, principalmente, podem promover a restauração do vínculo comunitário.

Desse modo, o controle social e a produção de censura tornam-se mais democráticos quando são os próprios envolvidos que se inserem em um espaço de diálogo, e, com ou sem a mediação estatal, vítima e autor da ofensa poderão optar, voluntariamente, pela via restaurativa, atuando como protagonistas na gestão do caso penal. A figura estatal, portanto, assumiria quando fosse o caso, o papel de fiscal e promovente dos princípios que regem a justiça restaurativa, como um importante instrumento de diminuição da violência sistêmica, tendo um potencial muito forte e restauração do vínculo comunitário, por meio da ressignificação positiva do crime pelos sujeitos nele envolvidos (vítima, ofensor, pessoas indiretamente afetadas e membros da comunidade).

O processo penal e a justiça restaurativa possuem racionalidades diversas, o que demanda, então, uma organização alternativa/complementar entre ambos, pois

as práticas não devem ser inseridas como parte dele, sendo que a interlocução entre práticas e processo ocorre apenas na tentativa de dar alguma contribuição para que os resultados sejam menos danos. Uma alternância entre elas e os que faz o sistema penal convencional, pode, de alguma forma sensibilizar para outras escolhas, que se diferenciem das coerciva e impositivas, porque há ferramentas mais efetivas, e é importante que elas sejam testadas para fim de convencimento. No mínimo, o sistema penal deveria funcionar como um aparato subsidiário que só deveria ser utilizado quando todas as demais vias de resposta ao crime tivessem sido exauridas.

Nessa linha, e também para enfrentar as dificuldades muito grande dos órgãos jurisdicionais e toda aparato do controle convencional, as instituições que compõem o sistema de justiça vêm investindo em formas alternativas, não-traumáticas e pedagógicas de resolução dos conflitos, tendo como clara a possibilidade de se atingir resultados socialmente mais benéficos e condizentes com o ordenamento jurídico, mediante a implementação de modelos dialógicos de resposta a condutas ilícitas, e de buscar, por este meio, a consolidação de uma cultura de paz (BONAVIDES; LOPES, 2016, p. 623-627).

Os modelos restaurativos transitam entre o maximalista com enfoque na *reparative theory*, que entende a reparação de danos como o aspecto mais relevante de uma prática autocompositiva e como aquilo que a diferencia do modelo convencional de tutela de casos penais (REGGIO, 2010, p. 101,163); o modelo purista, que, ainda não desconsiderando a possibilidade de reparação, pois é tida como requisito para fins de eventual consequência jurídica das práticas restaurativas, se pauta na participação voluntária, tanto do autor da ofensa quanto do ofendido, e esta voluntariedade se estende ao dever de cumprir determinada reparação que venha a ser acordada entre ambos (MCCOLD, 1999, p. 12-13).

O purismo, é de ser ressaltado também, que pressupõe a interação dialógica entre vítima e ofensor, como pessoas responsáveis pela produção da resposta ao crime, porém, ao contrário da percepção maximalista, esse compreende que a restauração é concretizada por meio da interação mediada entre os envolvidos no caso penal, na qual os participantes poderão ressignificar os fatos, desconstruir

traumas, medos e receios, fazendo-o pelo compartilhamento de narrativas e da expressão de seus sentimentos, necessidades e expectativas em relação ao ocorrido.

Portanto, é comum dizer que, embora o modelo purista não rejeite e inclusive englobe a *reparative theory*, seu enfoque principal está engajado com o que preconiza a *encounter theory,* que compreende a experiência dialógica e a alteridade como as principais forças motrizes responsáveis por eventual restauração, a qual se concretiza mediante a responsabilização do ofensor, a expressão dos participantes e a compreensão das causas e consequências do crime (GIAMBERARDINO; SILVA, 2017, p. 15).

A racionalidade jurídica penal ofuscou a dimensão humana dos conflitos subjacentes aos casos submetidos ao sistema de justiça, colaborando para incrementar a incomunicabilidade do mundo do dever-ser, no qual se concebe o crime como uma ação típica, ilícita e culpável, com o mundo do ser, onde os crimes, com vítimas, resultam em ofensas a indivíduos dotados de sentimentos, necessidades e expectativas.

Num contexto em que a estratégia penal de reagir ao crime tem sido claramente insuficiente, tanto para combater a criminalidade, quanto para restabelecer a paz social e os vínculos afetados pelo delito, desvanece-se a sensação de segurança e de justiça, enfraquecendo-se a legitimidade do sistema, que é o responsável por afirmar uma legalidade que deveria ser imperativa e presente.

Isso mostra que é prudente que o sistema penal opte por formas de responsabilizar condutas, para além da cominação e imposição da pena, adotando, quando oportuno, medidas desprovidas de caráter aflitivo, como é o caso das censuras promovidas com a utilização de diálogos e reflexões coletivas (GIAMBERARDINO, 2015, p. 114).

Portanto, assim o desafio maior é de superar a cultura do punitivismo e do encarceramento, pois, na dicção de Pallamolla, para além da questão legal, devem haver incentivos institucionais e comunitários à este paradigma diferente, “porque, quando o tema é justiça restaurativa, sem dúvida a prática tem muito a ensinar à teoria” (PALLAMOLLA, 2009, p. 200).

Quando se fala de harmonização das condutas de acordo com o ordenamento jurídico, não se pressupõe que, para que haja tal conformidade, deva ser aplicada uma pena, mas que as relações humanas tenham se estabilizado, evidenciando que a aplicação da sanção penal, apesar do conflito pacificado, produziria o efeito inverso do que o plano institucional almeja.

Veja-se ainda que a racionalidade extraída dos princípios da *ultima ratio* e da intervenção mínima colaboram para a interpretação previamente realizada, ainda que tais princípios sejam direcionados à atuação legislativa.

Sendo a *ultima ratio* um mandado de otimização, que remete ao fato de as intervenções penais serem necessárias somente no caso de outros ramos do direito não oferecerem resposta apta a promover a citada harmonização, é juridicamente coerente que esta lógica oriente a atividade jurisdicional, não apenas no que toca à seleção da norma aplicável, mas também na avaliação de fatos que permitam aferir a desnecessidade da persecução penal.

Em se tratando da intervenção mínima, ela alude à diretriz básica relativa à legitimidade da criminalização primária apenas quanto aos bens jurídicos da mais alta relevância. Considerando que o legislador não tem contato com a conduta criminalmente reprovável, a intervenção mínima vincularia também a criminalização secundária (ou a persecução penal como um todo), sob pena de desvirtuar a função social do processo penal.

O professor Hans Boutellier, da Universidade de Amsterdã, num artigo denominado “O contexto vital da justiça restaurativa” (*The vital context of restorative justice*, 2012, p. 25), salientou que, na obra de David Garland, “A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea” (*The Culture of Control. Crime and social order in contemporary society*), de 2001, há uma contribuição importante para a compreensão da complexidade contemporânea em torno do crime. Ressaltou ele que até a década de 1970 a teoria foi dominada também pelo sentimento do bem-estar social no campo penal, ou seja, se via o crime como resultado de alguma forma de privação, que poderia ser aliviada por meio de correção e reabilitação, e que hoje não há esta visão coerente sobre o crime, o que mudou nas últimas décadas, para

reações muito complexas e divergentes a respeito desta questão, posto que, são muito complexas e divergentes as reações sobre ele.

Ele então parte da obra de Garland, como uma referência à partida, para compreender a justiça restaurativa como um resultado hoje adequado para responder com segurança às questões relacionadas ao crime e ao comportamento antissocial (BOUTELLIER, 2012, p. 25).

Além da análise que fez Garland, ressalta Boutellier, que na linha de buscar entender os problemas relativos à segurança na sociedade contemporânea, os via como resultado de uma cultura da sociedade de risco, na perspectiva da urgência vivida pelos políticos e pelo público em geral, para lidar com as ameaças reais do crime à ordem social. E, assim, nessa conjuntura é que ele conclui que o sistema de justiça criminal não é capaz de atender ao problema do crime em vários aspectos. Por essa razão é que a justiça restaurativa pode ser vista como "uma solução", diante do déficit do sistema de justiça criminal. Ela se mostra uma opção para os políticos, um desafio para os profissionais e um assunto atraente para os para criminólogos. Diz ele, não tanto como uma alternativa, quanto como uma outra estratégia na política de segurança, não como substituição da justiça criminal, mas uma forma de contribuição para a contínua reformulação da ordem social. E ela então poderia ser posicionada como uma forma para se processar ações anti-sociais, de uma forma que se encaixa bem nas estratégias hoje utilizadas e múltiplas agências na governança da segurança[110] (BOUTELLIER, 2012, p.. 25-26).

Boutellier, apoiado na visão de Garland, observou com muita argúcia, que há uma espécie de necessidade de ampliar o campo de reordenação social, por absoluta impossibilidade de existir uma situação de coerção centralizada, que consiga abranger todas as situações que emergem, para então dar conta da questão de segurança de forma adequada, por isso a necessidade então de compartilhamento no espaço social, junto com as forças e conhecimentos locais disponíveis (2012, p. 37).

Portanto, não é uma sociedade que se tornou solidária, mas um sociedade precisou voltar a se solidarizar por não ter outros caminhos, e ele naturalmente tem

---

[110]Faz referência a Johnston e Shearing 2003

que se voltar para os seus antigos caminhos comunitários, para não ter mais onde ir, além disso.

4.6 A justiça restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário

O homem não é sempre necessariamente racional, pois busca satisfações simbólicas quando adere a “significações imaginárias instituintes”, de modo que um lugar deverá ser dado a um modo complementar de interpretação da sociedade, segundo nos conduz a pensar François Ost (2007, p. 45)

Quando são observadas as fraturas que existem na construção da experiência social a partir dos seus componentes históricos a demonstrar, exaustivamente, que o exercício do poder do Estado sofre influências de forças de dominação econômicas e políticas, de modo ideológico, plasmando na consciência coletiva, um efeito paralisante sobre a compreensão da condição humana, a questão não é só repensar a justiça como também o próprio direito, deixando de ter uma preocupação abstrata, para ter o foco numa prática jurídica mas próxima da realidade vivencial, como é o caso das práticas restaurativas, sob diversas formas e em diversos campos de atuação, as quais estão aí para serem avaliadas, estão acontecendo, não se trata de uma proposta apenas teórica, embora teoricamente as explicações sejam bastante convincentes, principalmente quanto aos erros que são cometidos na manutenção de uma proposta unívoca de tratamento dos casos penais, sem buscar alternativas menos violentas e impositivas.

Por isso se trata de uma efetiva mudança de paradigma cuja racionalidade consiste em aproximação de pessoas, as quais se apresentam nas suas respectivas subjetividades, e a finalidade é que ordenem as situações de divergência entre si, que se compreendam nas respectivas contingências das circunstâncias de cada vivência, na perspectiva de que estas componham um todo integrado, como a comunidade deve ser resultado de integração e compartilhamentos, solidariedade, união, e

inclusive, nessa condição é que devem ser recompostas as situações que rompem estes vínculos, com finalidade, então, de restaurá-los.

No caso de um crime, em que alguém perdeu a vida, por exemplo, deve haver um compartilhamento da experiência de perda e dor das pessoas próximas da vítima, especialmente familiares, ou seja, os que sofreram a ruptura, em relação àquele ou aqueles que a causaram. Este compartilhamento é feito por meio das históricas de cada um, a fim de se chegar a uma forma de compor a fratura social. Há um procedimento, há uma construção de sentido, e embora seja difícil compreender a lógica construtiva quando só conseguimos compreender a noção de castigo, ela atende aos apelos comunitários de fazer cessar o ciclo de violência, que de outra forma, só consegue produzir mais violência.

O castigo que tem apelo ancestral e atávico, cujas explicações têm fundo religioso e sacrificial, pode explicar, com base nesta origem, a sua aceitação tão incontestável no meio social, mesmo quando existe temor severo à violência urbana, sendo contraditoriamente aceita a violência que parte do Estado, e esta, retroalimenta a violência urbana, por meio da criminalidade organizada, engendrada como resultado de resistência à violência “legítima” estatal. A criminalidade organizada é muito nociva socialmente, sendo responsável por disseminar práticas criminosas em escala, controlando comunidades vulneráveis inteiras e as municiando para práticas também com uso de violência e outras transgressor, que são multiplicadoras do fenômeno da criminalidade urbana, que é a de massa, provocando mais insegurança social.

Outro aspecto que impressiona é justamente o fato de que se aceita e que se clama, por mais controle, a qualquer custo, e com carga cada vez mais forte e também violenta, de forma que, ao não se tratar coerentemente dos conflitos, a reação social se torna descompensada e inútil, pois não há qualquer tipo de ação no sentido de se interferir estruturalmente, provocando mudanças sociais, e assim permanecem hígidas situações que produzem exclusão e contribuem para a manutenção de desigualdades, que propiciam reações sociais pela busca de espaço e oportunidade. Dessa forma, não havendo uma proposta de política criminal ou criminológica, no sentido de apresentar alternativas que salvem o sistema retributivo, resta o pleito e a demanda por reações que significam a expansão desmesurada do direito penal, o que

significa um direito mais interventivo, uma pretensão muito forte e irracional, no sentido do exercício do domínio sobre a natureza por meio da razão, o que radicaliza os temores metafísicos e religiosos, a própria gênese da violência mítica, por meio de experiências fundamentalistas.

Por isso a proposta restaurativa é alternativa e corresponde justamente não a uma opção de romper com o sistema sancionador e punitivo, sem que no seu lugar exista mais nada, mas sim que se apresente um sistema que, para além de lançar a semente da possibilidade de uma outra forma de tratar conflitos, crimes e problemas traumáticos no seio social, seja possível recompor o tecido social de uma forma efetivamente mais solidária, no qual as pessoas se reconheçam como seres nas suas respectivas experiências de humanização e subjetividade, porque isso significa que os problemas estruturais serão vistos como necessidade concreta de emancipação de grupos que lutam contra a exclusão, mas cujas angústias, e falta de reconhecimento de direitos, só pode, no sistema jurídico convencional, ser sentida no plano abstrato, porque concretamente, ainda que existam discussões que propiciem participação, como ocorre em audiências públicas, a lógica da solução jurídica ocorre pelo sistema da subsunção do fato ao texto legal, segundo interpretação jurisdicional.

A efetiva negociação precisa ser efetiva, consistindo no justo que é interpretado de um para com o outro, numa experiência de alguém que rege por si a própria vida. E isso de buscar, nos próprios sujeitos e suas participações, os sentidos e significados, consoante as concepções que se tenha de justiça, introjetadas subjetivamente, pode ser muito excepcional em termos comparativos, muito desproporcional quando são vistas ou imaginadas as situações de prática de violência, no meio urbano, cujo estereótipo corresponde à imagem de uma vítima e um agressor em confronto, sendo que, nesta situação modelo, a invés de se enfrentar, como hipóteses possíveis, a multiplicidade de fatores que estão subjacentes ao ato de violência, a opção, superficial e convencional, é pelo maniqueísmo, e, assim, desde logo, eleger de que lado está a bondade, em contraposição à maldade, resumindo-se a metodologia tradicional, na reprovação do que é o mal, como regra corretiva da sociedade. Então é isso que acontece como projeto social.

Então é isso que acontece como projeto social, mas há uma vastidão a se perscrutar antes dessa conclusão, nem sempre se está certo diante disso, mas mesmo as inúmeras e incontáveis vezes em que tais julgamentos são feitos de forma correta ou equivocada, contribuem para o distanciamento das verdades absolutas humanas, que se homiziam nos mais diversos tipos de encontros traumáticos entre pessoas que convivem, os quais precisariam ser transformados em encontros de restauração do tecido social.

A sociedade é a conjugação de um sistema social que exclui, um sistema econômico que explora o trabalho, e um sistema jurídico que dá sustentação a este conjunto, e que, além disso, pune e sanciona os que sucumbem aos arranjos estruturais injustos, o fazendo, inclusive, de forma cruel e perversa, pois, a maioria dos excluídos e dos explorados é que são os punidos.

O melhor modelo restaurativo implica num envolvimento comunitário para a resolução quanto a práticas que abalam a harmonia e a coesão social, necessitando ainda da intervenção efetiva de uma rede de atendimento e políticas públicas emancipatórias, que deem amparo às necessidades dos envolvidos. Isso porque são questões que, para além de uma mera divergência interpessoal, podem envolver aspectos sociais que demandam não apenas a compreensão por parte da vítima, mas também da comunidade do entorno em que se dá o conflito.

Por outro lado, importante esta compreensão de que quanto aos eventuais equívocos que já se cometeu e os que ainda são cometidos, o direito, como fonte de regulação, e o sistema de justiça, como forma de controle social, tiveram um papel fundamental em dar sustentação aos meios exploratórios que produzem injustiça e exclusão social, permitindo a reprodução da violência. Ambos foram responsável pela forma como o capitalismo age, agora, ou que outros sistemas econômicos e formas de dominação agiram, para moldar o sistema social, perpassando quase tudo em sociedade, e isso é possível observar em muitos textos que foram analisados, quer de filósofos, como de sociólogos, juristas e cientistas sociais.

Na verdade, é de se concluir que os esforços foram muito grandes no sentido de construir um imaginário social que tornou tudo uma experiência do inevitável e, dessa forma é que ao longo da história foram se distanciando possibilidades

alternativas, bem como se estratificando as fórmulas estabelecidas. E assim, o ambiente social continua sendo muito hostil, não sobrando mais do que espaços meramente reativos, mas o conhecimento acumulado nos mostra que temos que pensar diferente, para produzir resultados diferentes.

O diagnóstico mais sensato é o que não oculta o fato de que temos uma experiência em sociedade que falhou, e já faz tempo. Isso significa que construímos crenças e sistemas que falham no cumprimento de suas finalidades, como acontece com o próprio sistema penal e, o sistema capitalista. Em vez de prosperidade econômica, vida sustentável, evolução humanitária, os sistemas que vigoram produzem estagnação dos valores tão duramente construídos, o que nos leva a almejar uma vida mais justa e inclusiva, assim como menos exploratória, menos destrutiva da sociedade e do planeta, e isso porque o legado que resultou de tantos conhecimentos teóricos, não se confirmou como algo de excelência para a coexistência; Entretanto, isso ainda pode ser tentado, por meio da própria prática, explicada de maneira vivencial, em ações recíprocas entre pessoas envolvidas em relacionamentos traumáticos.

Algo que seja diferente dos modos conhecidos de resolver ou transformar os conflitos, e a diferença maior é justamente não pensar nessas soluções apenas como relacionadas a determinados conflitos, e sim que estes são efetivamente parte de uma conflagração coletiva, que é abordada em partes. O mesmo deve ser dito em relação à política criminal que vise reduzir a violência na reação do Estado. Tudo começa no microcosmo, mas o vendo como parte de uma sociedade violenta, um ambiente que, por ser hostil, gera esta violência, e a forma como se lida com ela leva ao raciocínio de que, coletivamente falando, ela precisa ser canalizada ou espraiada. A canalização redunda na prática de mais violência pelo mecanismo vitimário, para extirpar a violência só seio comunitário, mas, para romper com repetições eternas de reações que serão sempre discriminatórias, estigmatizadoras e, por isso injustas, para uma justiça evoluída, ou seja, para se buscar coerência de sentido com as realidades humanas e vivenciais mais evoluídas, e, assim, sair desse movimento circular, que se mantém por razões ideológicas, segundo forças que atuam no meio social e que impõem uma organização, permitindo que o direito, estabelecido mediante um

proposital conteúdo de manutenção do *status quo*, se constitua num mero recorte, baseado na construção racionalista de um mundo que é infinitamente muito mais complexo, só há uma maneira, o reforço do vínculo comunitário.

E interessa salientar para este trabalho, a possibilidade de insistir nos encontros e possibilidades no plano micro social, como uma proposta de contribuir com a ideia de um outro e novo modo de vida que venha a circular, como uma invenção ou reinvenção, contra as regras universais obrigatórias, cujos padrões foram estabelecidos, para exercitar a dominação de uns sobre os outros.

No conjunto dos elementos pesquisados, portanto, compreender todos estes aspectos, conduz a que violência e o direito penal, são utilizados como forma de controle social, sendo produtos culturais e possuindo um componente simbólico, os quais devem ser encarados a partir dos significados que carregam, é um forte elemento para demonstrar que a punição penal é parte de um conjunto de signos, mas não tem o caráter de inevitabilidade, inclusive porque é um sistema construído, furto de escolha, e é histórico. Um dos signos de maior destaque nesse papel de sua legitimação, é, especialmente, o abstrato conceito de justiça, mas não só ele, obviamente são explorados outros aspectos como ordem social, pacificação, liberdade, bem-estar, segurança, todos vinculados aos conceitos de direito e justiça.

Por isso a ideia da justiça restaurativa e suas práticas, reconhecidas como um paradigma, que é absolutamente diferente da justiça retributiva e sancionatória, se apresenta como uma alternativa com potencial para operar mudanças no microcosmo social, como meio de fortalecimento, ou de restauração do vínculo comunitário, inclusive podendo modificar estruturalmente a sociedade, e influenciar o próprio conteúdo do direito.

Na linha de Pietro Barcellona (1992), uma proposta de um novo modelo de sociedade, como um espaço de reciprocidade não imposta ou ordenada por regras, mas, da escolha livre baseada na consciência de que somente as relações não-monetárias recíprocas produzem verdadeiro reconhecimento da diferença e da particularidade, ou seja, implica na necessidade de se estabelecer um novo vínculo comunitário, porque é de se lembrar como é importante o vínculo, que na teoria de Girard (1990), o sacrifício existia em nome da manutenção do vínculo comunitário.

A justiça restaurativa vem, como uma emergência, atuar em prol do vínculo, mas independentemente dos mecanismos simbólicos terem que fazer a intermediação, nesse aspecto deve ser compreendida como nova visão dela, não que seja isso algo novo em relação a ela, mas tem que ser tida como fautora de uma convicção nova, que é preciso ter, sobre como recompor um tecido social que, apesar de tanta teoria, tanta dogmática em torno de diversas questões e diversos institutos criados e imaginados pelo homem, continua insistindo em construções artificiais, em lugar de compreender que é a própria prática vivencial de descoberta daquilo que nos une como humanos, onde se encontra a capacidade transformadora, não no aperfeiçoamento teórico em torno de intervenções racionais que não conseguem modificar práticas, portanto, neste sentido, se pode inaugurar uma nova justiça (de cariz restaurativo), que se mostra adequada ao nosso tempo, para lembrar, este ponto da célebre conferência de Octávio Paz (1992), ou seja, não de uma nova que se opõe ao uma visão antiga, ou já em uso, mas de algo que “busca responder aos problemas do presente”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 As questões que foram tratadas na tese dizem respeito basicamente às formas de organizar e conduzir a vida social, no que diz respeito à forma de atuar em face dos conflitos e crimes. A proposta restaurativa não é abolicionista, porque trabalha um modelo alternativo de responsabilização, pelo atendimento completo dos danos infligidos à vítima, mas visando obter um comportamento empático do agressor em relação à vítima e todos os que sofreram com o fato danoso.

2 A existência de uma repartição do poder em funções a serem desempenhadas indica que, a administração das questões públicas tem finalidade reguladora e controladora, as quais precisam ser atuadas com respeito à conformação constitucional de cada instituição, pois isso é relevante para o justo equilíbrio democrático, assegurando a liberdade e a participação de todos os cidadãos, mediante a igualdade de oportunidades, condições e armas.

3 Sendo a sociedade o resultado de sínteses de ações sociais recíprocas e de estruturas criadas para a manutenção de um padrão de coexistência, como escolhas impostas pelos que exercem o poder, as situações disfuncionais do meio social são decorrentes de fatores estruturais, os quais interferem nos relacionamentos intersubjetivos.

4 Parte da estratificação e das condições existentes para esta moldagem social tem relação com a base teórica ocidental eurocêntrica e sua forte e decisiva influência sobre parte significativa do mundo, não abrindo espaços para diferentes visões epistêmicas. Disso decorrem várias situações como o fato de que se considerar quem pensa como a “esquerda” e quem pensa como a “direita”, entre outros estigmas culturais. Dessa forma não são reconhecidas outras possibilidades de composição de ideias e pensamentos sobre a política, a sociedade, as formas de organizá-la, com respeito à pluralidade e, também, à diversidade.

5 Uma das conclusões relevantes que se extrai da pesquisa, confirmando a hipótese inicial é que a forma como lidamos com as questões traumáticas decorrentes dos relacionamentos intersubjetivos, contribui para o aumento dos conflitos e da violência no meio social. E que, embora os conflitos sejam ínsitos à coexistência, havendo maior proveito em transformá-los do que possibilidade de eliminá-los, a opção de nosso sistema jurídico prevalece na proposição sancionatória e punitiva, que, no aspecto pedagógico e da modificação dos comportamentos, não promove resultado efetivo.

6 O principal resultado disfuncional é, justamente, reforçar que as transgressões comportamentais e os conflito, são acontecimentos decorrentes do plano individual, como resultados das escolhas e ações individuais, sendo que a imposição de pena, não tem preocupação nem com o agente provocador do dano, nem com a vítima, mas se baseia nas pretensão de integração, de proteção social e de prevenção geral, as quais não se concretizam, porque o funcionamento ressocializador pretendido não tem instrumentos eficazes, só exacerbando as reações negativas dos que sofrem imposições do sistema, por sentirem revolta com a forma como o sistema se impõe sobre eles (assujeitamento do indivíduo).

7 O paradigma restaurativo tem se apresentado como uma alternativa radicalmente diferente do retributivismo e do punitivismo, por ser um modelo de justiça comunitária, que não se trata de uma justiça privada, pois reconhece a existência de estruturas sociais que são responsáveis pela conformação de muitos comportamentos, sendo que a responsabilização é feita com o envolvimento e a participação dos integrantes da comunidade, o que promove uma diversidade na concepção das questões relativas à organização da vida comunitária.

8 A busca de uma correspondência entre o tamanho da ofensa e a sanção imposta, utiliza uma métrica de cunho vindicativo, como um reforço à vingança

legitimada pela ação do Estado, mas a real satisfatividade se dá por meio da responsabilização construída, como propõe a justiça restaurativa.

9 São contrapostos o modelo centrado no sacrifício, como forma simbólica de recompor o vínculo comunitário, sem efetivamente propiciar que no espaço coletivo exista o estímulo a aproximação, tratando agressores sempre como eternos inimigos, e que antes, durante e posteriormente aos fatos danosos, continuam, os envolvidos num fato, como estranhos entre si, sem qualquer convite à comunicação e ao diálogo, para, dialeticamente, ter a possibilidade de compartilhar suas narrativas.

10 As narrativas foram expropriadas como uma forma de exercício de dominação e colonização da vida das pessoas, quer no aspecto coletivo, como também no individual. A existência de um sistema de justiça com a incumbência de interpretar os textos legais e impor a conformação dos comportamentos, ao longo do processo civilizacional, é um fator importante para o controle social, mas esta opção não tem benefícios no sentido da construção de harmonia e pacificação na sociedade.

11 A necessidade de castigar corresponde a um sistema rígido de formatação social, e um contexto político e ideológico de recepção de uma só forma de compreender como se mantém o equilíbrio social e também os vínculos, que sequer considera as perdas e traumas dos que sofreram com a agressão, e sim com a escolha de um modelo estrutural rígido, que corresponde a uma lógica do modelo liberal, o qual coarcta a liberdade, para que as principais mensagens do sistema não sejam desrespeitadas ou mesmo anuladas.

12 O discurso jurídico convencional ofusca muitas dessas questões, em benefício dos que impõem uma ordem injusta. Uma nova justiça tem que redistribuir este poder impositivo, por meio do compartilhamento das experiências, por isto os projetos que se alocam nas pequenas comunidades, os que têm iniciativa

comunitária, são a expressão da maior mudança paradigmática, representando efetivamente situações de possibilidade efetiva de empoderamento.

13 Em razão disso práticas que constituam formas de reconhecimento desse sujeito, e que o faça sentir que é participante de escolhas sobre seu destino e de seu programa vital, pessoal e coletivo, têm se mostrado elementos poderosos, no sentido de promover mudanças no plano do microcosmo social.

14 O resultado que se espera é de uma justiça que se afirme como nova por se adaptar à sociedade, quer na transformação dos conflitos de interesses individuais, como coletivos, e também nos crimes que atinjam indivíduos ou coletividades, porque não há distinção na forma de conduzir a recomposição do tecido social, ao se compreender que tudo que acontece tem a mesma e única expressão coletiva, sendo que a restauratividade só pode acontecer como forma de expressão e sentido coletivo, estando nisso seu maior diferencial em relação à justiça convencional.

15 Portanto, se a repressão praticada pelo direito penal por meio, principalmente, da imposição de pena, segundo a metodologia retributiva, não tem colhido resultados preventivos, sendo que, se eles existissem, bastaria mesmo exacerbar o uso da punição, coisa que sempre se fez, aliás, mas não há avanço em termos preventivos, mostrando-se a pena quase inútil para desestimular a prática de crime, não tendendo às necessidades comunitárias, como não atende às necessidades das vítimas, razão para o constante paradoxo de o que é que deve ser feito de forma diferente. que nunca acontece em termos de novas estratégias. E não se trata de questão relativa a questionar o que significa um eventual abandono da punição, perquirindo-se o que virá no lugar, com a mesma força impositiva de resposta do Estado.

16 Não é salutar e nem é correspondente ao nosso momento civilizacional, permanecer num raciocínio circular de vingança pública, pensando que quando não existe punição, existe pura e simplesmente impunidade, e que ela é um

prêmio. Este raciocínio é equivocado, porque a punição só tem sentido de vingança, de inflição de dor, e apenas isso é que deixa de acontecer quando a opção é não punir e sim buscar a restauração, porque, se for obtida, efetivamente se pode agregar valor construtivo para o vínculo comunitário.

17 As práticas restaurativas podem ser aplicadas em algumas situações de acordos de não persecução penal, desde que não haja prejuízo aos princípios que a regem, configuram e caracterizam, porque o acordo restaurativo efetivamente representa a falta de justa causa para a ação penal, na medida em que elas ressignificam o caso penal.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial. São Paulo: RT, 2014.

ADORNO, F. P. A tarefa do intelectual: o modelo socrático. In F. Gros (Org.), *Foucault, a coragem da verdade*. Trad. Marcos Marcionilo, pp. 39-62. São Paulo, SP: Parábola, 2004.

ALCOF, Linda Martín. Uma epistemologia para a próxima revolução. Texto original "An epistemology for the next revolution", publicado em Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World, v. 1, n. 2, 2011, p. 67-78. Tradução: Cristina Patriota de Moura, *in Revista Sociedade e Estado* – Vol. 31 Nª 1 Jan./Abr. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2001.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDERSON, Perry. Poder, política e o iluminismo. In: MILIBAND, David. *Reinventando a esquerda*. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2015.

_____. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista de Direito Público, nº 17, p. 52-75, jul-ago-set/2007.

ANDRÉ, João Maria. Ciência e valores: o pluralismo axiológico da ciência e o seu valor epistêmico. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente*

para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo Cortez, 2004 p. 373-387.

ARANTES, Ana Claudia Quintana. *A morte é um dia que vale a pena viver.* Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

ARENDT, Hanna. Sobre a Violência. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodvm, 2017.

ARGAN, Giulio Carlo. FAGIOLO, Maurizio. *Guia de História da Arte,* Ed. Estampa, 1994.

ARGAN, Giulio Carlo; KATINSZKY, Wilma De. *História da arte italiana.* São Paulo: Cosac&Naify, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ASENSI-ARTIGA, Vivina; PARRA-PUJANTE, Antonio. El método científico y la nueva filosofía de la ciencia. Anales de Documentación, n. 5, pp. 9-19., 2002. Disponível em: http://revistas.um.es/analesdoc/article/viewFile/2251/2241. Acesso em: 27/06/2020.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática.* Coleção debates. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

_____. *Teoria democrática e deliberação pública*. Lua Nova, 2000.

BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, v.1. 2008.

BALANDIER, Georges. *O contorno – poder e modernidade.* Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.* Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARCELLONA, Pietro. *Como me tornei cristão.* Revista Instituto Humanita Unisinos, on line, http://www.ihu.unisinos.br/noticias/512340-como-me-tornei-cristao-artigo-de-pietro-barcellona, acesso em 06/10/2019.

_____. *Dallo Stato social para immaginario stato. Crítica della razione funzionalista*, Turim, Bollatti Boringhieri Editore, 1994.

_____. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social.* Traducción de Héctor Claudio Silveira Gorski, José Antonio Estévez Araujo e Juan-Ramón Capella, Madri: Trotta, 1992.

_____. *El individualismo propietario, presentación de Mariano Maresca*, trad. de Jesús Ernesto García Rodriguez, Madrid, Editorial Trotta, 1996a.

_____. *Diritto privado e società moderna, en colaboración con Carmelita Camardi,* Napoli, Jovene Editore,1996b.

BARNARD, Chester. *The function of the executive.* Cambridge, MA.: University Press, 193,8, 1971.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.* 2ª reimpressão. Belo horizonte: Fórum, 2013.

BATESON, Gregory. Steps to an Ecology of Mind: Collected Essays in *Anthropology, Psychiatry, Evolution, and Epistemology*. University of Chicago Press, 1972.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____*. Modernidade líquida.* Trad. de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro Zahar, 2000.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999a.

_____. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro. Zahar, Ed. 1999b.

_____. *O mal estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro. Zahar, Ed., 1998.

BECK, Ulrich. Subpolitics. Ecology and the Disintegration of Institutional Power.Organization Environment, vol. 10 (1): 52-65, 1997.

_____. Incertezas fabricadas. Entrevista publicada no IHU – Humanitas UNISINOS, em 2006,. p.5. 12, disponível *on line* em http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf, acesso em 17/07/2020.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENJAMIN, Walter. Teses Sobre o Conceito da História. In: LÖWY, Michael. Alarme de *Incêndio: uma Leitura das Teses Sobre o Conceito de História*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

_____. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, W. *Escritos sobre mito e linguagem.* Tradução de Ernani Chaves. Organização de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, p. 121-156, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasilia: UNB, 10º edição, 1999.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, compilada por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Direita e esquerda. Razões e significados de uma distinção política.* 3ª ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BOHMAN, James. O que é deliberação pública? Uma abordagem dialógica. IN: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro Marques [org.]. *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas: textos fundamentais*. Belo Horizonte:Autêntica Editora, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Em: Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia, fls. 615-628, 2016.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio*. RJLB. Ano 6, nº 3, 1771-1803, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1771_1803.pdf

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Descrição do Projeto-Piloto Família Restaurativa: Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas quando a violência contra a criança e o adolescente é utilizada sob o pretexto disciplinar. Ponta Grossa. II Fórum de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Direitos Humanos, 2019, p. 4-6. Disponível em: https://unisecal.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/DESCRI%C3%87%C3%83O_DO_PROJETO-PILOTO_FAM%C3%8DLIA_RESTAURATIVA.pdf

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio. Revista Jurídica* do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, ano 6, n. 11, p. 74-101,2019. Disponível em: http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/Revista_Juridica_do_MPPR/rjmppra06e11.pdf

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; DA SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. As práticas restaurativas como alternativa ao processo penal: da proposta de ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio*. Em: 23º Congresso Nacional do Ministério Público. Goiânia, Tese publicada em Anais Eletrônicos, Código n. 9753594, 2019. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/e53e17_47c14aee8dd14217a8c7fe0472a9126b.pdf

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da WITCZAK, A. B.; ANDRADE, A. M. R.; MEDEIROS, D. M.; DRABEK, D. P.; SILVA, L. S. da; GRAF, M. I. L.; AZEVEDO, M. L. de; SVOBODA, N. K.; TEIXEIRA, T. S.; SIGNORINI, T.de J. S.; HEEMAAN, T. A.; COLIN, D. R. A. Por que uma Justiça Restaurativa? *Revista Jurídica* do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba, ano. 6, n. 10, p.350-370, jun/2019. Disponível em: http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/Revista_Juridica_do_MPPR/rjmppra06e10.pdf. ISSN 2595-6515 (Eletrônico)

BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Trad. de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro:Bertrand Brasil, 4ª ed., 2001.

BOUTELLIER, Hans. The vital context of restorative justice. p. 25-43 In: *Institucionalizing restorative justice*. Chapter 2. Edited by Ivo Aertsen, Tom Daems and Luc Robert. London and New York: Routledge, 2012.

BRAITHWAITE, John. *Inequality, crime, and public policy.* Londres: Routhledge and Kegan Paul, 1979.

_____. *Regulation, Crime, Freedom.* Aldershot: Dartmouth, 2000.

BURKERT. Walter. *A criação do sagrado: Vestígios biológicos nas antigas religiões.* Lisboa: Edições 70. 2001.

BURROUGHS, William Seward. *Os limites do controle*. Texto da conferência no evento *The impasses of control,* no colóquio Squizo Culture, de novembro de 1975, na Universidade de Columbia, EUA.

BUSATO, Paulo César (organizador). *Neurociência e direito penal*. São Paulo:Atlas, 2014.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade.* Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Dar cuenta de sí mismo.Violencia ética y responsabilidade.* Buenos Aires, Amorrortu, 2009.

_____. Regulações de gênero. Cadernos Pagu, n° 42, Campinas. Jan./June 2014. Acesso em 19 de abril de 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332014000100249&script=sci_arttext&tlng=es#fn01

_____. El capitalismo tiene sus límites - *in Sopa de Wuhan*. (Org.) 1ª ed. Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), p. 59-65, 2020.

CALVINO, Ítalo. *As Cidades Invisíveis*. São Paulo, Cia. das Letras, 1990.

CAMBI, Eduardo*. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário* – 3ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 17, ano 2008, p. 93-130, Salvador, Bahia.

CAPELLETTI. Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre. Sérgio Fabris Editor, 1993

CARIO, Robert. "Les victimes et la médiation pénale en France," in M.Jaccoud, ed., *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences?.* Paris L'Harmattan, Sciences criminelle): pp.185-206, 2003.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguage*. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in) visibilidade, reconhecimento.* Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres De Carvalho, DE ANGELO, Natieli Giorisatto e BOLDT, Raphael. *Criminologia Crítica E Justiça Restaurativa no Capitalismo Periférico.* Brasil: Ed. Tirant Lo Blanch, 2019.

CASTELLS, Manuel. Vigiados e vendidos. Artigo publicado originalmente no La Vanguardia, 2015, trad. de Inês Castilho. Disponível em https://www.fronteiras.com/artigos/manuel-castells-vigiados-e-vendidos-1429210534, acesso em 27/06/2020.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Pensamento Criminológico. Da Criminologia Clássica à Criminologia dos Direitos Humanos.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

.

_____. *Criminologia da Libertação.* Rio de Janeiro: Revan, 2005

_____. Propuestas para una vida sin miedo y sin violencia con respecto a los derechos humanos. Revista *Pensamiento Penal*, abr. 2007

CERVO, Amado. Luiz., & BERVIAN, Pedro Alcino, *Metodologia científica* (4a ed.). São Paulo: Makron Books, 1996.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1981.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, 1976.

COELHO, Luiz Fernando.*Teoria Crítica do Direito*, Curitiba, UFPR, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen.* São Paulo: Saraiva, 2012.

COHEN, Joshua. Deliberação e legitimidade democrática. IN: MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro Marques [org.]. *A deliberação pública e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas: textos fundamentais.* Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

CDC, Commission du droit du Canada, La transformation des rapports humains par la justice participative (Ottawa: CDC), 2003.

CDC, Commission du droit du Canada. De la justice réparatrice à la justice transformatrice (Canada: Document de discussion), 1999.

CLAASSEN, Ron. *Restorative Justice Principles*. (1996) Disponível em justiçarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/59 acesso em 18/07/2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55, n. 217, p. 243-245, jan./mar., 2018.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. In: *The British Journal of Criminology*, v. 17. 1977.

_____. Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno. In: *Abolicionismo penal*. Ediar: Buenos Aires, 1989.

_____. Los conflictos como pertenencia. *In: Albin Eser et al. De los delictos y de las victimas.* Trad. de F. Guariglia, 1ª ed., 2ª reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 157-182. 2008.

DAHL, Robert. *A moderna análise política*. Rio de Janeiro: Lidador, 1966.

_____. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

_____. La Poliarquía. *In*: *Diez textos básicos de ciencia política*. Barcelona:Editora Ariel, 2001a.

_____. *Sobre a democracia.* Brasília: Editora UnB, 2001b.

_____. *Poliarquia: participação e oposição.* São Paulo: EDUSP, 2005.

DAHRENDORF, Ralf. *As classes e seus conflitos na sociedade industrial*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.

DELEUZE, Gilles. *O ato de criação.* Disponível on line https://lapea.furg.br/images/stories/Oficina_de_video/o%20ato%20de%20criao%20-%20gilles%20deleuze.pdf acesso em 01/04/2020. - Palestra proferida em 1987, Edição brasileira: Folha de São Paulo, 27/06/1999 trad. José Marcos Macedo.

_____. *Foucault.* Trad. de Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: Conversações. Tradução de Peter Pál Pelbart.Rio de Janeiro:Ed.34,1992,disponível on line https://historiacultural.mpbnet.com.br/pos-modernismo/Post-scriptum_sobre_as_Sociedades_de_Controle.pdf acesso em 01/04/2020. in L'Autre Journal, n° 1, maio de 1990.

_____. *Empirismo e Subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume.* Trad. Luiz Benedito L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2001.

DELLA PORTA, Donatella. & DIANI, Mario. *Social movements – an introduction*. Massachusetts: Blackwell Publisher Ltd.

DELMAS-MARTY, Mireille. A*ux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation.* Paris: Éditions du Seuil, 2016.

_____. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos.* Trad. De Denise Radanovic Vieira, Barueri: Manole, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John (eds.). European Criminal Procedures, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moises. 1ª Ed. São Paulo:Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. *Obra escolhida*. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

DIETRICH, Wolfgang. *Elictive Conflict Transformation and the Transrational shift inpeace politics*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

DUBET, François. *Sociologia da Experiência*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

DURKHEIM, Emile. *Da divisão do trabalho social*. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito.* Trad. de Jefferson Ruiz Camargo. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio.* (Trad. de Luís Carlos Borges). 1ª. ed. 2ª Tir, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____*. Levando os direitos a sério*. (Trad. de Nelson Boeira). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A justiça de toga.* Trad. de Jefferson Ruiz Camargo, rev. da trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

ELIADE, Mircea, *Mito e Realidade.* Tradução Pola Civelli. 6ª ed. 5ª reimpressão. São Paulo, Perspectiva, 2013.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno.Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais,* Vol. 4, 1, 2018 Rio de Janeiro: UFRJ.

FAGET, Jacques. *La médiation – Essai de politique pénale.* Ramonville SaintAgne : éditions Erès, 1997.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social.* São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: responsabilidade civil.* Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto – 6ª ed. rev. Atual. - Salvador: JusPodvm, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.Uhman*. 6º Ed. 2ªTiragem, revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Florestan. In: FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Org.). Sociologia e Sociedade: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro; São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1977, p. 11-30.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.) *O novo em Direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2010.

_____. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. In. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileiro de Direito Constitucional – ABDConst. Teatro Guaíra – Auditório Bento Munhoz da Rocha Netto, Curitiba-Paraná. 2011 – acesso em 01/11/2019 - http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf

_____. O vírus põe a globalização de joelhos. Artigo publicado em *Il Manifesto*, em 17/03/2020, trad. de Moisés Sbardelotto. Reproduzido no site *IHU Unisinos,* em 18/03/2020, disponível on line, http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli – acesso em 03 de abril de 2020.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método.* São Paulo: UNESP, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões do direito penal revisitadas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FISS, Owen. *The forms of justice.* Harvard Law Review, vol. 93, n. 1, 1979.

_____. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade.* Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução Roberto Machado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1981.

_____. *História da Sexualidade III: O cuidado de si.* Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Graal, 1992.

_____. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Os anormais.* Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. História da Sexualidade I: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001a.

_____. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001b.

_____. Soberania e disciplina. In: *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, p. 179-191, 2001c.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. A vida dos homens infames. In: *Estratégia, poder-paber.* Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 203-222, 2003.

_____. *Ditos e Escritos V: Ética, Sexualidade, Política.* Trad. de Elisa Monteiro & Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

_____. *Leçons sur la volonté de savoir.* Édition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Daniel Defert. Seuil/Gallimard: 2011.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. In. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* Globalização: Fatalidade ou Utopia, nº 63, 2002, https://doi.org/10.4000/rccs.1250, acesso em 24.02.2020.

FREEMAN, Samuel. Introduction. In: S. FREEMAN (ed.), The Cambridge companion to Rawls. Cambridge, Cambridge University Press, p. 1-61, 2003.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos.* (1913) Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. 13). Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *O mal-estar na civilização*, (Originalmente publicado em 1929) Tradução Paulo César de Souza – 1ª ed. - São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

_____. Obras completas, volume 19 : Moisés e o monoteísmo, Compêndio de psicanálise e outros textos (1937-1939) / Sigmund Freud; tradução Paulo César de Souza. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. *Esboço de psicanálise* (1938). Livro eletrônico. Trad. De Saulo Krieger. São Paulo: Cienbook, 2019.

FRICKER, Miranda*. Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

FROMM, Erich. *Crise da Psicanálise - ensaios sobre Freud, Marx e Psicologia Social.* Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1971.

_____. Consciência e sociedade industrial, *in Sociologia e sociedade (Leituras de introdução à Sociologia)*, FORACHI, Marialice Mencarini Foracchi e MARTINS, José de Souza, 1ª ed., reimpressão, Rio de Janeiro, LTC LiVros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1977 p. 126-134.

_____. *O Medo à Liberdade.* Tradução de Octávio Alves Velho. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

_____. *O Dogma de Cristo - e outros ensaios sobre religião, psicologia e cultura.* Tradução de Waltensir Dutra. 5ª Ed. Rio de Janeiro: GUANABARA, 1986.

FRIDAY, Paul C. et al. International Scientific and Professional Advisory Council (ISPAC) of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme. Report, 1999. Disponível em: https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/UN%20report.pdf. Acesso em: 17/07/2020.

FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico.* Curitiba:Juruá, 2015.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria.* Editora: Il Mulino (Itália), 2016.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIACOIA, Gilberto. BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. A encruzilhada do sistema penal – a escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. Revista *Argumenta*. Programa de pós-graduação em direito da UENP, n. 29, p. 225-246, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da pena e justiça restaurativa: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. R. Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Trad. Raul Filker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____. *A transformação da intimidade.* São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

_____. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GIRARD, René. *A Violência e o Sagrado*. Trad. Martha Gambini. São Paulo: Ed. Unesp. 1990.

_____. Violência e verdade nos Evangelhos e na mitologia, conferência proferida por René Girard em 07/11/1996, na Universidade Estatal de Milão, trad. de Moisés Sbardelotto, artigo publicado 06/11/2015, no jornal Avvenire, em Milão.

_____. *Les origines de la culture.* Pluriel, 2004.

_____. *Mentira romântica e verdade romanesca*. Trad. de Lilian Ledon Silva. São Paulo: É Realizações. 2009.

GOMES, Luís Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 9ª. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito – São Paulo: Malheiros, 2018.

GUATTARI, Félix. *Revolução Molecular: pulsações políticas do desejo.* Trad. de Suely Rolnik. 3ª.. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. A paixão das máquinas. In *Cadernos de Subjetividade/Núcleo de Estudos e Pesquisas da Subjetividade do Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia Clínica da PUC-SP*. Volume I, n° 1, São Paulo, p. 40-51, 1993.

GUATTARI, Félix. ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 6ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. La modernité: um project inachevé, *Critique* 4-13, 950-969,1981.

_____. La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In. HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos.* Barcelona: Ediciones Península, p. 113-134, 1988.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Fundamentos pré-políticos do estado de direito democrático. In: SCHÜLLER, Florian (Org.). *Dialética da Secularização: sobre razão e religião.* Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2007. p. 23-57.

_____. *Teoria do agir comunicativo.*2 vol. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 1ª ed, 2012.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus. Uma breve história do amanhã*. Trad. Paulo Geiger. 1ª ed., São Paulo. Companhia das Letras, 2016.

_____. *21 lições para o século 21*. Trad. Paulo Geiger. 1ª ed., São Paulo. Companhia das Letras, 2018.

_____. In the Battle Against Coronavirus, Humanity Lacks Leadership. *Time*, 15/03/2020, disponível em: https://time.com/5803225/yuval-noah-harari-coronavirus-humanity-leadership. Acesso em: 30/03/2020a.

_____. The world after coronavirus. Publicado no jornal *Financial Times,* dia 20/03/2020, disponível on line https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75 acesso em 01/04/2020b.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito.* Com um pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. O conceito de direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito, p. 20-38, *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, 1994.

_____. Características e crises do moderno direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS.

HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização: os desafios futuros. Trad. Dalva Bonet. *In* HELLER, Agnes *et al A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI,* Rio de Janeiro: Contraponto, p. 13-32, 1999.

HELLER, Herman. *Stato di Diritto o dittadura? L'Europa e il fascimo.* Milano, Giuffrè, 1987.

HERLINGHAUS, Herman; WALTER, Monika. "Modernidad periférica" versus "proyecto de la modernidade"? experiencias epistemológicas para reformulación de lo 'pos' moderno desde América Latina. In: *Posmodernidad en la periferia: enfoques latino-americanos de la nueva teoría cultural.* Berlim: Langer, 1994. p. 11-47.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La Reinvencion de los derechos humanos*. Andalucía: Colecíon Ensayando, 2008.

HICK, John. *Evil and the god of love.* New York: Harper & How, 1966.

_____. An Irenaean Theodicy. In: S. DAVIS (ed.), *Encountering Evil: Live Options in Theodicy*. Edinburgh, T and T Clark, p. 39-52, 1981.

_____. *Philosophy of religion*. New Jersey:Printence Hall, 1990.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado.* 3a. ed. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* 2ª ed. Niterói: Luam, 1997.

IANNI, Octávio (1989), A sociologia e o mundo moderno. Tempo Social; Revista de Sociologia USP, S.Paulo, !(1): 7:27, 1. sem. Este artigo é fruto de uma aula inaugural proferida a 19/03/1988, para os alunos do Curso de Ciências Sociais da USP.

_____. *Enigmas da modernidade.* Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2001.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C. R De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005. p. 163 – 186.

JAY, Martin. *La imaginación dialéctica*. Tradução espanhola de Juan Carlos Curutchet, Madrid: TAURUS, 1974.

JONAS, Hans**.** *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica.* Rio de Janeiro: Contraponto, PUC, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar.* Trad. Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva. 2012.

KAHNEMAN, Daniel & TVERSKY, Amos.. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185(4157), 1124–1131, 1974.

KANT, Immanuel. *A crítica da razão pura.* Trad. de Valero Rohder e Udo Baldur Moosburger. (Coleção Os pensadores)3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987 (Coleção Os pensadores).

_____. Resposta à pergunta: que é Esclarecimento (Aufklärung)? In: I. KANT (ed.), *Textos seletos*. Petrópolis: Vozes, p. 63-71, 2005.

KARSENTI, Bruno, *D'une philosophie à l'autre. Les sciences sociales et la politique des modernes*, Paris: Gallimard, 2013.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KÖCHE, José Carlos. *Fundamentos de metodologia científica: teoria da ciência e prática da pesquisa* (15a ed.). Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

KONDER, Leandro. *A questão da ideologia.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KOZICKI, Katya. *Levando a justiça a sério. Interpretação do direito e responsabilidade judicial*. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2012.

KUHN, Thomas Samuel. *A tensão essencial*. Lisboa: Edições 70, 1989.

_____. *The road since structure: philosophical essays, 1970-1993, with an autobiographical interview*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

_____. O *caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica*. São Paulo: UNESP, 2006.

LACAPRA, Dominick. Émile Durkheim: sociologist and philosopher. The Davies Group, Publishers, Colorado, USA, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*. São Paulo: Global, 1987.

_____. *A essência da Constituição*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2000.

LECHNER, Norbert (Comp.). *Cultura política y democratización*. Santiago: FLACSO, 1987.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1975.

LINTON, Ralph. *O homem: uma introdução à antropologia.* São Paulo: Martins Fontes, 1981.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2014.

LUHMANN, Niklas. The modernity of science. *New German Critique*, 61, p. 9-16, 1994.

_____. *Observations on modernity*. Stanford, Stanford University Press, 1998.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, et alii. *Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven (Bélgica):outubro 24-27, 1999.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 de agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em Acesso em: 10/04/2020.

MACHADO, Bruno Amaral. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, n. 45, p. 77-116, abr./jun. 2012.

MAIER, Julio B. J. Prólogo. *In: Albin Eser et al. De los delictos y de las victimas.* Trad. de F. Guariglia, 1ª ed., 2ª reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, 9-12, 2008.

_____. La victima y el sistema penal. *n: Albin Eser et al. De los delictos y de las victimas.* Trad. de F. Guariglia, 1ª ed., 2ª reimp. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 183-249, 2008.

MANENT, Pierre. *História intelectual do liberalismo: dez lições.* Rio de Janeiro: Imago, 1990.

MANSANO, Sonia Regina Vargas. Sujeito, subjetividade e modos de subjetivação na contemporaneidade. Revista de Psicologia da UNESP,8(2). p. 110-117, 2009.

MARSHALL, Tony F. The evolution of restorative justice in Britain. In: *European Journal on Criminal Policy and Research,* vol. 4, p. 21–43. 1996.

_____. Restorative Justice: An Overview. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999.

MARX, Karl. A mercadoria: os fundamentos da produção da sociedade e do seu conhecimento. *In Sociologia e sociedade (Leituras de introdução à Sociologia)*, FORACHI, Marialice Mencarini Foracchi e MARTINS, José de Souza, 1ª ed., reimpressão, Rio de Janeiro, LTC Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1977 p. 53-87.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*./João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schimitt de Bem. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAURER, Reinhart. O outro Nietzsche: justiça contra utopia moral. Trans/Form/Ação, Marília, v. 18, p. 171-182, jan. 1995.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n.58, nov. 2000.

MELLOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006 – (Pensamento criminológico: v. 11), 2ª ed., ago. 2010.

MILIBAND, Ralph. *O estado na sociedade capitalista*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MIRANDA, Jorge. *Teorias do Estado e da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis.* Trad. Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORIN, Edgar. *O problema epistemológico da complexidade*. Lisboa:Publicações Europa-América, 1985.

_____. *Ciência com consciência.* Tradução de Maria D. Alexandra e Maria Alice Sampaio Dória. 4ª ed. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 2000.

_____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *O método II: a vida da vida*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

_____*. Introdução ao pensamento complexo.* 3. ed. Trad. Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOUFFE, Chantal. Hegemony and new political subject: toward a new concept of democracy. In Nelson, C. & Grosberg, L. *Marxism and intepretation of culture.* Chicago University of Illinois Press, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do direito Constitucional.* Trad. de Peter Naumann. - Porto Alegre: Síntese, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005.

MUSHAKOJI, Kinhide, Em busca de uma nova aliança anti-hegemônica. Trad. de Dalva Bonet, *In* HELLER, Agnes *et al A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI,* Rio de Janeiro: Contraponto, p. 193-217, 1999.

NADER, Laura. Harmonia Coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.29, ano 9, p. 18-29, 1994.

NERY, Déa Carla Pereira. *Justiça restaurativa. Direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão.* Curitiba: Juruá, 2014.

NEUMANN, Franz. *Estado Democrático e Estado autoritário.* Trad. de Luiz Corção, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas.* São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores).

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica.* Trad. Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *Vida e obra.* Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro.* Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2013a. (Coleção O Essencial de Nietzche).

_____. *Aurora.* Trad. Antonio Carlos Braga, São Paulo: Escala, 2013b. (Coleção O Essencial de Nietzche).

_____. *Humano, demasiado humano.* Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

NUSSBAUM, Martha. Cultivating humanity in legal education. Universidade de Chicado. Disponível em

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5169&context=uclrev, acesso em 27/06/2020.

_____. *Sem fins lucrativos: porque a democracia precisa das humanidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLIVÉ, Juan Carlos *et. al. Direito penal brasileiro, parte geral, princípios fundamentais e sistemas.* 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas.* Curitiba: Juruá, 2013.

OST, François. *A natureza à margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. *O tempo do Direito.* Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

_____. Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. Coleção Dike, 1ªreimp., São Leopoldo: Unisinos, 2007.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos.* Trad. de: Luiz Flávio Gomes. 3ª. ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 1ª ed., 2009.

PARSONS, Talcott. *Politics and social structure.* New York: The Free Press, 1969a.

_____. *Sociedades: perspectivas evolutivas e comparadas*. São Paulo: Pioneira, 1969b.

PAZ, Octavio. *El Arco y La Lira. In La Casa de la Presencia* (poesia e historia). Obras Completas (I).2a ed. México. Fondo de Cultura Económica,1994.

_____. La busqueda del presente. Conferência Nobel 1990 in Lex Prix Nobel, The Nobel Prizes 1990, Nobel Foudantion, Stockholm, 1990. disponível na internet no endereço http://lya.fciencias.unam.mx/pablo/an20072/material/La_busqueda_del_presente.pdf, acesso em 08/04/2020.

PAVARINI, Massimo. La única victima del derecho penal es el imputado. Entrevista concedida ao Página 12, em 26/09/2011, disponível on line https://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-177569-2011-09-26.html. Acesso em 11/04/2020.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PITA, Antonio Pedro, *A modernidade de 'A condição pós-moderna'"*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 24, 77-92.

PLANTINGA, Alvin. *The Nature of Necessity*. Oxford, Clarendon Press, 1974.

PLATÃO. *A República.* Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Trad. de Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____*. Poder político e classes sociais no estado capitalista*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

PRANIS, Kay. Justiça restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia. In SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, p. 583-595, 2006.

_____. *Processos Circulares (teoria e prática)*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo:Palas Athena, 2010.

PREUSS, Konrad Theodor. *Religion und Mythologie der Uitoto*, vols. I-II. Gottingen, 1921-1923.

PUPPI, Ubaldo. Uma teoria da cultura. Revista *Trans/Form/Ação* vol.1 Marília, 1974.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.* Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales., 2005,http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf, acesso em 03/11/2019.

RABINOW, Paul. & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault: Uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica.* Trad. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1995.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited. In: S. FREEMAN (ed.), Collected Papers. Cambridge, Harvard University Press, p. 573-615, 1999.

_____. *Political liberalism*. New York, Columbia University Press, 2005.

_____. *Uma teoria da justiça.* 3. ed. Trad. de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O liberalismo politico.* São Paulo, Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* São Paulo: Saraiva, 2002.

REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice.* Milão: Editora Franco Angeli, 2010.

REZENDE, Antonio Paulo. Octavio Paz: as trilhas do Labirinto. *Revista Brasileira de História.* São Paulo, v. 20, nº 39, p. 223-248. 2000.

RIESMAN, David. *A multidão solitária*. São Paulo: Perspectiva, 1971.

RIFIOTIS, Theóphilos. As delegacias Especiais de Proteção à Mulher no Brasil e a "judicialização" dos conflitos conjugais. Anuário 2003. Direito e Globalização. Atas do Seminário do GEDIM, Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris/UNESCO/MOST, p. 381-409, 2003.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito.* Curitiba: Juruá, 2012.

ROCK, Joseph. F. *Zhi-ma funeral ceremony of the Na-khi.* Vienna Modling, 1955.

ROSE, Nikolas. Governament and Control. British Journal of criminology, vol. 40, 321-339, 2000.

_____. Cérebro, self e sociedade: uma conversa com Nikolas Rose. Entrevista publicada na revista *Physis* vol.20 no.1 Rio de Janeiro, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Brasília: UNB, 1989.

_____. *O contrato social: princípios de direito político*, 4ªed. Martins Fontes, 2006.

ROWE, William. The Problem of Evil and Some Varieties of Atheism. *American Philosophical Quarterly,* 16:335-341, 1979.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção do sistema jurídico penal. in.OLIVÉ, Juan Carlos *et. al. Direito penal brasileiro, parte geral, princípios fundamentais e sistemas.* 2ª ed. São Paulo, Saraiva, p.45-68, 2017.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo.* Curitiba: Juruá, 2009.

SALM, João, LEAL, Jackson da Silva, A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. Sequência (Florianópolis) no.64 Florianópolis Jul. 2012, versão on line https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100009 acesso em 13.05.2020.

SALM, João. Palestra proferida on line, período da manhã, no curso “Justiça Restaurativa,, teoria e prática”, promovido pela 2ª Vice-presidência do TJPR, AMAPAR e ENM – Escola Nacional da Magistratura, sob coordenação pedagógica dos juízes Marcelo Nalesso Salmaso e Ana conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira, sendo formadora a Sister Donna Liette de Chicago, EUA), dia 10/04/2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?. RT 926, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 533-547, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da politica criminal nas sociedades pós-industriais.* 3ª ed. rev. e at. Trad. 2ª ed. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, rev. Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.* RJ: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In* HELLER, Agnes *et al A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI,* Rio de Janeiro: Contraponto, p. 33-75, 1999.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 5ª ed., São Paulo: Cortez, 1999a.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 5. ed. São Paulo: Editora Cortez, vol.1, 2005.

_____. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, p. 39-82, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2009.

SANTOS, Breno Ricardo Guimarães. Injustiças epistêmicas, Dominação e Virtudes. *In*: MÜLLER, Felipe de Matos; ETCHEVERRY, Kátia Martins (ORGS.). *Ensaios sobre epistemologia do testemunho.* Porto Alegre: Ed. Fi. 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para que e como*. Coimbra Editora, 2014.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución.* Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. de Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras: 1999.

SENNET, Richard. *O declínio do Homem Público - as tiranias da intimidade.* São Paulo: Cia das Letras, 1993.

SELIGMANN-SILVA, Edith. *Desgaste mental no trabalho dominado*. São Paulo: Cortez, 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Punir mais é querer alimentar a insegurança dos cidadãos. Artigo publicado no site Conjur, em 18/01/2017, disponível on line https://www.conjur.com.br/2017-jan-18/sergio-shecaira-punir-alimentar-inseguranca-cidadaos?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter acesso em 09/05/2020.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007.

SILVA, Leonardo Passinato. *Universalismo, opressão e. alienação: elementos para uma interface entre Teoria Crítica e Direito a partir da obra de Erich Fromm* https://jus.com.br/artigos/22500/universalismo-opressao-e-alienacao-elementos-para-uma-interface-entre-teoria-critica-e-direito-a-partir-da-obra-de-erich-fromm acesso em 16/09/2019, publicado em 2012.

SIMMEL, Georg. *Sociología – Estudios sobre las formas de socialización.* Madrid: Alianza, 1986.

SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes, (org.). Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005.

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de, SARMENTO, *Daniel. Direito Constitucional - Teoria, História e Métodos de Trabalho.*2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

STERNBERG, Robert J., & Mio, J. S. *Cognitive psychology*. Wadsworth Publishing Company. 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus – Ensaio sobre a função antropológica do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Espírito de Filadélfia. A Justiça Social Diante do Mercado* Total. Trad. de Tânia do Valle Tschiedel. 1ª ed. Porto Alegra: Editora Sulina, 2015.

_____. Somente o choque com a realidade pode despertar de um sono dogmático. Entrevista publicada na Revista IHU *on line* – Humanitas UNISINOS, em 25/03/2020, disponível em http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597403-somente-o-choque-com-a-realidade-pode-despertar-de-um-sono-dogmatico-entrevista-com-alain-supiot, acesso em 19/07/2020.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* Lima, Grijley, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América.* Trad. e notas de Neil Ribeiro da Silva.2ª ed. São Paulo: Ed. da USP, 1987.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal* administrativo. Espanha*,* Aranzadi, 2008.

VAN NESS, Dan, STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice.* Cincinnati, Ohio: Anderson Publishing Co, 1997.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico, o novo paradigma da ciência*, 2ª e., Campinas, SP: Papirus, 2002.

VATTIMO, Gianni *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.* São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Edição italiana original, 1985).

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno.* Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Trad. Cláudia Berliner. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009

VITORELLI, Edilson (org.) *Manual de Direitos Difusos.* Salvador:Ed. Juspodvum, 2018

WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice. Washington University Journal of Laws & Policy. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica.* Florianópolis: UFSC, 1983

_____. *Em nome do acordo. A mediação no direito*. (Org.) Florianópolis: EModara, 2018.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo.* Trad. de José Marcos Martins de Macedo. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

WYKSTRA, Stephen J. The Humean Obstacle to Evidential Arguments from Suffering: On Avoiding the Evils of Appearance. *International Journal for Philosophy of Religion*, 16:73-93, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Em busca das penas perdidas*, Trad. de Vânia Maria Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O Inimigo no Direito Penal.* Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro V.1: Parte Geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal.Parte general*. 2ª ed.Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAMBAM, Neuro José. *Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável.* Passo Fundo, IMED, 2012.

ZEHR, Howard, *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2ª ed., 2014.

ZIZEK, Slavoj, *Eles não sabem o que fazem*, Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1990.

_____. Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo “Kill Bill” - *in Sopa de Wuhan*. (Org.) 1ª ed. Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), p. 21-28, 2020.

LEGISLAÇÃO E TEXTOS NORMATIVOS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto aprovado em 5 de outubro de 1988, já contendo até hoje 107 emendas – Presidência da República.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de processo penal, alterado pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), introduzindo mudanças e inclusive criando o acordo de não persecução penal.

LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992 – LIA Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências – Presidência da República.

Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais – Presidência da República.

Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, dispões sobre a proteção de vítimas e testemunhas ameaçada, bem como de acusados e condenados que sejam colaboradores voluntários - Presidência da República.

Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique infração penal – Presidência da República.

Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, dispõe sobre a organização criminosa e investigação criminal, meios de obtenção de prova – Presidência da República.

Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil – Presidência da Pacote República.

Lei 13. 140, de 26 de junho de 2015, dispondo sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias e também sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Presidência da República.

Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), introduzindo mudanças e inclusive criando o acordo de não persecução penal, entre outras.

I Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível – assinado em 2004 – Presidência da República.

II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, em 13 de abril de 2009 – Presidência da República.

Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

ANEXO A - DESCRIÇÃO DO PROJETO-PILOTO “FAMÍLIA RESTAURATIVA”

Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas em casos de violência contra a criança e o adolescente, aplicada sob o pretexto disciplinar

RESUMO: Este trabalho descreve a formulação e execução do projeto-piloto “Família Restaurativa” do Ministério Público do Estado do Paraná, ainda não concluído. Trata-se de inciativa envolvendo práticas restaurativas em casos de adultos que usaram de violência física contra crianças e adolescentes sob pretexto de discipliná-las. O projeto é aplicado na fase pré-processual e oferece aos adultos, crianças e adolescentes a chance de conhecerem formas dialógicas de gestão de conflitos, tensionarem o uso da violência como resposta legítima aos conflitos e de construírem uma resposta ao caso que torne desnecessária a persecução penal, assegurando-se sempre o melhor interesse da criança e adolescente.

Palavras-chave: Práticas Restaurativas; Criança e Adolescente; Violência

1. INTRODUÇÃO

Diante do interesse da 1ª Promotoria de Justiça de Infrações Penais Contra a Criança, o Adolescente e o Idoso de Curitiba (1ª PJICAI) em adotar meios autocompositivos para gerenciar conflitos que resultaram em agressões leves, normalmente de caráter episódico/circunstancial, contra crianças e adolescentes, no âmbito familiar, sob pretexto disciplinar ou corretivo, o projeto foi desenvolvido pelo NUPIA - Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR).

Tais condutas se amoldam ao tipo penal do art. 129, §9º, do CP, sujeitas à persecução mediante ação penal pública incondicionada, e neste formato tradicional de resposta, a vítima participa apenas como objeto de extração probatória, sem qualquer outro tipo de protagonismo ou possibilidade de expressão de sentimentos, frustrações e desejos.

Foram quatro hipóteses consideradas para nortear a proposta de práticas autocompositivas para casos em que são previstas consequências penais:

1ª) de que a punição, pura e simples pode causar efeitos mais disruptivos na vida das crianças e adolescentes, bem como das respectivas famílias, o que é algo

negativo e que não tem possibilidade de intervenção positiva nos relacionamentos familiares (promoção de ambiente de bem-estar e segurança). A questão é o predomínio do efeito punitivo sobre o pedagógico em relação aos adultos, pois esta apenas pela interferência do puro acaso, pode ter função preventiva e pacificadora, no sentido de resgatar os relacionamentos para propiciar uma convivência melhor que antes; e isso não atende ao interesse da criança e do adolescente, pois são relações contínuas, não se rompem (ou não devem se romper) em razão do conflito, e para transformá-lo é preciso uma aproximação e maior conhecimento das causas e circunstâncias dos desentendimento, entre os envolvidos e seu entorno familiar;

2ª) outra hipótese considerada foi a possibilidade de que, na maioria dos casos, os adultos que promoveram agressões também pudessem ter sido disciplinado da mesma forma na infância (com uso de violência), isso provocando um efeito mimético para a censura de um filho, e isso precisa ser tensionado pelo Estado para contribuir de modo construtivo, de modo prevalente sobre a solução punitiva;

3ª) a terceira foi de que uma intervenção restaurativa, baseada no comprometimento e na avaliação qualificada por psicólogos. dos impactos do projeto, poderia sensibilizar adultos e crianças acerca do problema envolvendo a violência e trabalhar o uso de formas dialógicas de gestão de conflitos, prevenindo assim uma espiral de violência;

4ª) a quarta foi que a prática restaurativa de cunho reflexivo, aplicada como meio de formulação dialógica e democrática de soluções, poderia operar como alternativa ao processo penal, quando verificada a harmonização das condutas dos adultos em conformidade com o direito e com o melhor interesse da criança e do adolescente. Isso significa que se propiciaria um meio de que os envolvidos pudessem construir respostas alternativas ao caso penal, diferente da pena. Além dos resultados práticos, o projeto seria uma oportunidade de inovar a hermenêutica jurídica no que diz respeito a releitura da justa causa, vinculada a *ultima ratio e* à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente. As práticas restaurativas poderiam, nessa perspectiva, ser uma alternativa ao processo, ainda que se tratasse de casos cuja ação penal é pública incondicionada.

A elaboração formal e execução do projeto contaram com o auxílio do setor de psicologia do Núcleo de Apoio Técnico Especializado do Centro de Apoio à Execução (NATE/Caex) do MPPR.

As principais referências teóricas que nortearam o planejamento do projeto foram: (i) “No Coração da Esperança: guia de práticas circulares”, de Kay Pranis e Carolyn Watson e o “Handbook for Faciltating Peacemaking Circles”, de Dóra Szego e Borbála Fellegi (2013), por fornecerem orientações sobre as etapas e formas de condução de círculos restaurativos; (ii) os artigos “Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice, de Paul McCold” (1999), “As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias”, de Samia Saad Gallotti Bonavides e Soraya Saad Lopes (2016), e a monografia “Justiça Restaurativa e Processo Penal: pontes e barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário”, de Mário Edson P. Fischer da Silva (2017), que embasaram o modelo de interlocução entre as práticas restaurativas e o sistema penal, bem como as suas possíveis consequências jurídicas e, por fim, (iii) a dissertação “A Educação Infantil diante da violência doméstica contra a criança”, de Luciana Pereira de Lima (2008) e o artigo “, Efeitos de ambientes familiares agressivos em crianças”, de Guilherme Caes (2015), usados para tratar da necessidade de tensionar a mentalidade do uso do castigo físico como meio legítimo para educar, considerando os vários malefícios que ele produz.

A elaboração formal e execução do projeto contaram com o auxílio do setor de psicologia do Núcleo de Apoio Técnico Especializado do Centro de Apoio à Execução (NATE/Caex) do MPPR. O projeto “Família Restaurativa” é setorial, no âmbito do MPPR, e após ser protocolado (Anexo I) na Subprocuradoria-Geral para Assuntos de Planejamento Institucional (SUBPLAN), em 07.03.2019, a 1ª PJICAI encaminhou 60 inquéritos, para que o NUPIA fizesse a triagem dos casos. A previsão para o término do projeto, que é considerado piloto, estando sujeito, portanto, às avaliações quanto aos resultados, é abril de 2020, sendo as conclusões deste artigo parciais.

2. METODOLOGIA:

A intervenção autocompositiva neste projeto, ante a indisponibilidade do processo penal (art. 42 do CPP), é pré-processual, em relação aos casos que tenham laudo de exame de corpo delito e avaliação de psicólogo. As práticas autocompositivas são realizadas entre o período após envio do inquérito relatado à Promotoria, e antes da decisão quanto ao oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento do inquérito. Os inquéritos ficam no NUPIA, vinculados ao projeto, até a sua desvinculação, quer pela não-adesão dos envolvidos, quer pela incompatibilidade do caso ou finalização das intervenções autocompositivas.

Após as discussões iniciais, concluiu-se que o projeto deveria contar com o apoio do setor de psicologia do NATE/Caex, para fins de (i) acompanhar os impactos da iniciativa nas perspectivas dos participantes, (ii) realizar uma escuta qualificada para verificar se a criança/adolescente estaria em situação de risco, o que justificaria outras intervenções, e (iii) fornecer um relatório à promotoria para embasar eventual requisição de arquivamento do inquérito, finalizada a prática restaurativa e vencido um “período de prova” de eventual termo de compromisso resultante das práticas.

Uma psicóloga foi disponibilizada para atuar como facilitadora junto com o facilitador que integra o NUPIA, enquanto os demais psicólogos ficaram responsáveis pelas entrevistas e avaliações com os participantes do projeto.

As etapas dos projetos foram assim divididas em nove desdobramentos:

(i) encaminhamento de casos ao Nupia pela 1ª PJICAI (março de 2019);

(ii) filtragem pelo NUPIA (março de 2019) com base nos seguintes critérios: (a) compatibilidade do caso com o objeto do projeto,(b) reconhecimento da autoria da agressão pelo adulto e (c) continuidade de convivência do adulto com a criança ou adolescente, não necessariamente o agredido;

(iii) convites telefônicos e agendamento de pré-círculos (março e abril de 2019): feitos pelo Nupia, os quais foram feitos primeiramente aos adultos investigados e, posteriormente, às crianças/adolescentes, na pessoa do adulto responsável por elas. No primeiro contato o facilitador faz remissão ao conflito, explicando brevemente o procedimento de investigação do caso, o convidando para o projeto, como uma possível via para reflexão sobre o conflito, bem como uma possível alternativa ao

processo, dependendo dos impactos resultantes. O contato então se presta para situar o adulto investigado e/ou responsável sobre a situação do caso penal e o projeto, e havendo interesse em conhecer/integrar a proposta, é feito o agendamento para conversa com os facilitadores (no âmbito do Nate/Caex), que os envolvidos e também o responsável pela criança/adolescente, poderiam vir ao pré-círculo, para relato aos facilitadores quanto a sua percepção da questão vivenciada, obtendo explicação detalhada sobre o projeto, para fim de uma escolha informada, concluindo por aderir ou não;

(iv) explanação do projeto aos convidados (pré-círculos) (abril e maio de 2019): o pré-círculo é realizado primeiramente com o adulto autor da agressão, e posteriormente com a criança/adolescente e um(a) cuidador(a) (outro parente que não o autor do agressor e, não raro, o/a noticiante do fato), caso a criança/adolescente se sinta mais seguro. Os facilitadores se apresentam, ouvem o relato dos convidados, explicando a proposta, e obtendo a manifestação ou não da adesão. Não havendo adesão do adulto, o caso é reencaminhado à Promotoria, ou se a criança/adolescente não desejar participar dos círculos com grupos de crianças/adolescentes, verifica-se ainda se há interesse em participar apenas do momento da entrega de proposta final;

(v) primeira entrevista com psicólogo (abril e maio de 2019): havendo adesão dos participantes, estes são encaminhados à avaliação psicológica. As entrevistas avaliativas se prestam a verificar o impacto do projeto na percepção dos adultos e crianças acerca do uso da violência como ferramenta de disciplinamento e de educação, analisados aspectos da dinâmica de relacionamento, razão das entrevistas no começo e final da prática;

(vi) palestras-híbridas (junho a agosto de 2019): usando como base as informações (confidenciais) colhidas no pré-círculo, os facilitadores organizam, aos adultos de 2 a 3 palestras híbridas, com práticas circulares restaurativas, sobre temas referentes ao impacto da violência como ferramenta disciplinar, sobre a cultura adultocêntrica e ferramentas dialógicas para a gestão de conflitos, permitindo-se o acréscimo de elementos novos aos participantes e assegurando que possam dar opiniões e partilhar histórias em face às questões abordadas. Ao final dos encontros (dois a três), os adultos elaboram documento do que pensam ser uma resposta adequada à situação. No caso das crianças/adolescentes, participam de até dois

círculos de reflexão, para reflexão sobre o conflito, seu papel nele e o que pensam ser uma resposta adequada ao caso;

(vii) encontro entre adultos e adolescentes/crianças (setembro de 2019): crianças/adolescentes e adultos irão se reunir em círculo de reflexão para a troca de propostas e, após discutirem sobre o conflito e ideias surgidas no decorrer das práticas, poderão elaborar uma proposta conjunta, com um período de prova até abril de 2020, a ser encaminhada ao órgão ministerial para análise, sem a concordância daquele órgão, ou havendo necessidade de mais esclarecimentos, há previsão de que possam os envolvidos ser chamados a comparecer na promotoria, para eventual complementação;

(viii) segunda entrevista com psicólogos (fevereiro a março de 2020) para apurar eventual mudança na percepção dos participantes ou da dinâmica familiar/relacionamento acerca do uso da violência como ferramenta para educar crianças/adolescentes;

(ix) envio de documentos à 1ª PJICAI (abril de 2020): os relatórios dos psicólogos e as propostas de resposta feitas pelos participantes seriam encaminhados à promotoria. A promotoria, após avaliar os documentos, poderá então verificar a necessidade ou não da persecução penal, utilizando como base a condição da justa causa interpretada a partir do princípio da *ultima ratio* da intervenção penal e do melhor interesse da criança, que, em conjunto com os elementos extraídos dos documentos poderiam operar como razões a serem invocadas no intuito de respaldar um arquivamento (art. 28 do CPP), ou mesmo para embasar as condições para uma suspensão condicional do processo, tudo de acordo com entendimentos prévios a respeito da condução das fases do projeto.

A opção pela metodologia do círculo de reflexão, deu-se em razão de se tratar de trabalhos com grupos de pessoas que ainda não se conhecem, de modo que o ritualismo, a divisão demarcada de falas com o uso do objeto da palavra, e a gradativa formação, de uma comunidade circunstancial, são pontos fortes que dessa abordagem. Em se tratando do círculo entre adultos e crianças/adolescentes, a demarcação clara de fala, o espaço circular remetendo à horizontalidade, e as perguntas norteadoras, também favorecem uma interação saudável, ritualizada e segura, que garantem maior conforto para todos se expressarem, mesmo que

inegavelmente exista uma ascendência de adultos (pais) sobre as crianças e adolescentes (WATSON; PRANIS, 2011, p. 35-40).

DESENVOLVIMENTO

Foram encaminhados **60** inquéritos ao NUPIA, dos quais, durante a fase de filtragem **5** foram desvinculados em razão da negativa de autoria, e **2** em razão da divergência do conflito com o objeto do projeto, sendo encaminhados a práticas restaurativas individuais, as quais resultaram em consenso.

Durante a fase dos convites telefônicos, em **22** casos, após pelo menos duas tentativas feitas em dias e horários diversos, não foi possível contatar os participantes. Em **7** casos não houve adesão para comparecer ao pré-círculo[111].

O modelo restaurativo de referência do projeto foi o "purista", que prima pela voluntariedade e pela experiência de reflexão e de diálogo como principais fatores a serem preservados durante as práticas restaurativas (MCOLD, 1999, p. 12-13). Por isso, os facilitadores ofereceram todas as informações acerca dos possíveis deslindes de um inquérito policial no pré-círculo, deixando claro que a participação no projeto não necessariamente acarretaria o seu arquivamento, sendo esta decisão do órgão ministerial com atribuição criminal, e tudo dependeria de uma análise dos documentos enviados pelos psicólogos e respectivas propostas/esclarecimentos dos participantes.

Desse modo, deixou-se claro que o projeto não representava uma fuga da responsabilização penal, mas uma via alternativa para se refletir e falar sobre o conflito, suas causas, consequências, bem como opinar sobre o desfecho institucional em relação a ele.

Foram agendados **24** casos para pré-círculo, mas 9 casos foram desvinculados por falta de adesão ou de comparecimento[112].

---

[111] Em 1 caso não houve adesão por negativa a autoria (no inquérito não havia sido feita a oitiva do(a) noticiado(a), em 2 os noticiados alegaram impossibilidade de comparecimento, mesmo com a informação de que seriam fornecidos declarações e nos outros 4 não houve adesão por declarada falta de interesse.

[112] Em 5 casos os noticiados não compareceram, mesmo sendo avisados da possibilidade de reagendamento pelo facilitador (em novo contato). As justificativas foram geralmente atrelados à disponibilidade de tempo. Em 4 os(as) noticiados(as) compareceram e optaram por não participar, fosse por falta de interesse, ou por não reconhecer a autoria, ou por não adesão do adulto responsável pela criança/adolescente.

Dos **15** restantes, **2** foram conduzidos por meio de círculo específico,[113] porque os participantes não desejavam falar de seu conflito em grupos, e os outros **13** foram direcionados ao programa convencional.

Durante os pré-círculos, os facilitadores, de acordo com a Coordenação do NUPIA, decidiram alterar o formato inicial do projeto para que o primeiro encontro com os adultos fosse um círculo restaurativo puro, sem palestra intercalada. Isso para priorizar a troca de experiências e reflexões, apostando que isso teria um impacto maior na percepção de cada um, diferente de uma exposição temática, que poderia evidenciar a figura de autoridade do facilitador que também seria mediador da interação.

Foi organizado um roteiro de círculo (Anexo II) pautado na revisitação da infância dos adultos em relação a como foram educados, nos ensinamentos que receberam e como foram passados, nos ensinamentos que passaram aos adolescentes/crianças a eles vinculados e como fizeram isso, na percepção que possuem acerca do conflito, em como poderiam ter agido diferente, sem ter recorrido à violência e em como agem atualmente.

Por uma questão de otimização dos espaços de fala, os **13** casos foram divididos em dois grupos com adultos com perspectivas e perfis diversos, justamente para enriquecer as reflexões e tensionar o uso da violência como prática (i)legitima para educar[114]. Em **7** casos as crianças/adolescentes não estavam participando do projeto[115].

Como a proposta volta-se também a sensibilizar os adultos, que ainda convivem com crianças/adolescentes, acerca dos efeitos negativos do castigo físico, e da viabilidade do uso de meios dialógicos de gerenciamento de conflitos no ambiente

---

[113] 1 caso já resultou em termo de consenso e foi encaminhado a promotora, tendo sua mãe ela, que já atingido a maioridade, optado por não fazer a entrevista com os psicólogos e não participar de pós-círculo. O outro caso está sendo encaminhado para um segundo círculo.

[114] Grupo I contou com 7 casos e 7 adultos, tendo apenas Em 3 casos as crianças/adolescentes estavam participando do projeto. O Grupo II, com um perfil mais heterogêneo, contou com 6 casos e 8 adultos, sendo que um não era investigado mas quis acompanhar a esposa. Neste grupo, em 3 casos as crianças/adolescentes estavam participando do projeto.

[115] porque o genitor não autorizou, 1 porque a criança/adolescente havia sido adotada, 2 porque a criança/adolescente estava residindo em outra cidade, 1 porque a adolescente e a cuidadora não compareceram ao pré-círculo, 1 por impossibilidade de contato com a avó que detinha a guarda da criança e 1 por decisão dos facilitadores em prol de preservar o bem-estar da criança que apresentava uma condição especial.

familiar, foram aceitos casos de adultos mesmo sem que a criança/adolescente agredida participasse.

Antes do círculo, houve desistência de **1** caso do Grupo I de adultos, sendo que mais dois adultos não compareceram ao círculo do Grupo I e um migrou ao Grupo II, em cujo círculo 2 adultos não compareceram, sendo que **1** confirmou a desistência.

O segundo círculo de adultos está previsto para final de agosto e, em razão da visualização do risco próprios adultos se vitimizarem por estarem sendo investigados e de validarem suas condutas entre si, será readotado o formato inicial de palestra híbrida voltada à exposição teórica e exercícios práticos de comunicação não-violenta como ferramenta alternativa de gestão de conflitos.

O círculo com crianças/adolescentes (Anexo III) teve formato mais lúdico, contando com 2 jovens do gênero masculino, um de 14 (este acompanhado da irmã de 15), outro de 11 anos, e duas adolescentes do gênero feminino, uma de 15 e outra de 17 anos. Assim como as perguntas do círculo dos adultos, as feitas neste círculo foram direcionadas ao compartilhamento de experiências concretas. Ao final, os participantes fizeram o esboço do comunicado que entregariam ao órgão ministerial, bem como da ideia sobre a resposta ao que aconteceu. A Coordenadora do NUPIA participou deste círculo, compartilhando ideias e reflexões, também para ressaltar a importância de um convívio saudável bem como a reprovabilidade da violência cometida pelos adultos, a fim de que as crianças/adolescentes não se culpabilizassem.

CONCLUSÃO PARCIAL

As práticas autocompositivas estão sendo aplicadas sobre uma amostra de pouco mais de 20% dos casos aptos a serem integrados ao projeto, isso significa que a voluntariedade está sendo devidamente respeitada, e que as pessoas estão se sentindo confortáveis para não aderir, mesmo estando cientes de que essa via tem o potencial de fornecer uma resolução não penal ao seu caso. O fato de se trabalhar com círculos restaurativos apenas com grupos de ofensores aumenta o risco de validação da conduta reprovável, o que ressalta a importância de um contraponto no círculo (vítima, apoiador da vítima), porém, realizar círculos entre adultos/crianças que convivem, sem um prévio preparo e sem a figura de um apoiador da criança, força os

facilitadores a intervirem em favor da criança/adolescente para evitar sua culpabilização pelos adultos e buscar instaurar a horizontalidade no círculo.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, em: Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia, fls. 615 628, 2016.

CAES, Guilherme. Efeitos de ambientes familiares agressivos em crianças. São Paulo: USP, 2015, p. 2. Disponível em: http://www.gradadm.ifsc.usp.br/dados/20152/SLC06311/ambientes_familiares_agressivos_cr iancas.pdf.

FELLEGI, Borbála; SZEGÓ, Dóra.Handbook for Faciltating Peacemaking Circles. Budapest (Hungary): P T Mühely, European Commission, DG Justice, Fredom and Security, 2013.

PRANIS, Kay; BOYES WATSON, Carolyn. No Coração da Esperança: guia de práticas circulares. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande d Sul, 2011.

LIMA, Luciana Pereira de. A Educação Infantil diante da violência doméstica contra a criança: compreendendo sentidos e práticas Dissertação, Ribeirão Preto: Univers idade de São Paulo, 2008.

MCCOLD, Paul. Toward a Mid Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles. Leuven (Bélgica): Outubro 24 27, 1999.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Justiça Restaurativa e Processo Penal: e barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário.. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2017.

Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2017
PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. No Coração da Esperança: guia de práticas circulares. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.