ISSN 2318-7999
Direito
REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
Programa de Pós-graduação
em Direito

COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Prof. Me. Gabriel de Souza Salema
Prof. Me. Igor Alves Noberto Soares
Profa. Me. Jamilla Monteiro Sarkis
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento
Prof. Me. Rainer Bomfim
Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL **1-4**

Artigos de Temática Livre

O POPULISMO CONTRA O ESTADO DE DIREITO: A CRIME DA DEMOCRACIA NA "ERA DIGITAL" **5-21**
POPULISM AGAINST THE RULE OF LAW: THE CRISIS OF DEMOCRACY IN THE "DIGITAL AGE"
Giancarlo Montagner Copelli
Jose Luis Bolzan de Morais
Clarissa Tassinari

O DISCURSO JURÍDICO E A RECONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL A PARTIR DO MODELO DE DELIBERAÇÃO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL **22-51**
THE LEGAL DISCOURSE AND THE RECONSTRUCTION OF THE DUE LEGAL PROCESS BASED ON JÜRGEN HABERMAS' MODEL OF PROCEDURAL DELIBERATION AND THE PROCEDURAL COOPERATION
Carlos André Maciel Pinheiro Pereira

CRIMINE E INSICUREZZA AI TEMPI DELLA PANDEMIA **52-62**
CRIME E INSEGURANÇA NOS TEMPO DA PANDEMIA
Giovanna Truda

ENSAIO SOBRE HISTÓRIA DOS CONCEITOS E REPUBLICANISMO NO CONTEXTO DA CONJURAÇÃO MINEIRA: MEMÓRIA, SOBERANIA E AUTOGOVRENO **63-79**
SAGGIO SULLA STORIA DEI CONCETTI E DEL REPUBBLICANESIMO NELLA COSPIRAZIONE MINEIRA: MEMORIA, SOVRANITÀ E AUTOGOVERNO
Lucas de Alvarenga Gontijo

REVISÃO SISTEMÁTICA SOBRE O ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES E NICHOS DE PRODUÇÃO **80-116**
SYSTEMATIC REVIEW ABOUT CONTEMPORARY SLAVERY: AN ANALYSIS OF CONTRIBUTIONS AND PRODUCTION NICHES
Yumara Lúcia Vasconcelos
Jonas Alves da Silva
Eduardo José dos Santos
Alexandre Cesar Batista da Silva

MULHER: DO LUGAR DE FALA AO PERIGO DA FALA SILENCIADA **117-131**
WOMAN: FROM THE PLACE OF SPEECH TO THE DANGER OF SILENCED SPEECH
Maria Cecília Máximo Teodoro
Gabriela Neves Delgado

INCONSTITUCIONALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E COLONIALIDADE DO MARCO TEMPORAL EM TERRITÓRIO INDÍGENA **132-155**
UNCONSTITUTIONALITY, UNCONVENTIONALITY AND COLONIALITY OF THE TIME FRAME IN INDIGENOUS TERRITORY
Tiago Resende Botelho
Sebastião Patrício Mendes da Costa

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENTRE CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E COSMOPOLITISMO PERSONAL DATA **156-185**
PROTECTION BETWEEN SURVEILLANCE CAPITALISM AND COSMOPOLITANISM
João Pedro Seefeldt Pessoa
Jânia Maria Lopes Saldanha
Têmis Limberger

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NA BOLÍVIA: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA ESTERILIZAÇÃO DE MULHERES A PARTIR DA PERSPECTIVA DA BIOPOLÍTICA **186-213**
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN BOLIVIA: UN ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE PLANIFICACIÓN FAMILIAR Y ESTERILIZACIÓN DE LAS MUJERES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BIOPOLÍTICA
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
Fernanda Lavínia Birck Schubert
Joice Graciele Nielsson

ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS: PARÂMETROS PARA A INTERAÇÃO ENTRE DECISÕES NACIONAIS E ESTRANGEIRAS **214-234**
JUDICIAL ACTIVISM AND TRANSJUDICIAL DIALOGUES: PARAMETERS FOR THE INTERACTION BETWEEN NATIONAL AND FOREIGN DECISIONS
Bruno Makowiecky Salles
Paulo Márcio Cruz

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A HIPÓTESE DA LOTERIA DE MARMOR **235-257**
CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW AND MARMOR'S LOTTERY HYPOTHESIS
Henrique Napoleão Alves

VULNERABILIDADE DE MULHERES ENCARCERADAS: FATORES EDUCACIONAIS NO PANORAMA BRASILEIRO **258-281**
VULNERABILITY OF INCARCERATED WOMEN: EDUCATION FACTORS IN THE BRAZILIAN PANORAMA
Valmôr Scott Júnior
Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho

RELACIONAMENTO SUGAR E SUAS REPERCUSSOES JURÍDICAS **282-300**
SUGAR RELATIONSHIP AND ITS JURIDICAL IMPLICATIONS
Edna Raquel Hogemann Marcelo
Santoro Pires de Carvalho Almeida

DIREITO À EDUCAÇÃO: O CONFRONTO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **301-321**
THE RIGHT TO EDUCATION: CONFRONTATION BETWEEN THE RESERVE FOR CONTINGENCIES AND HUMAN DIGNITY
Elisandra Raffel Cinamadon
Felipe Schimidt

EXPLORAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO NARCOTRÁFICO: A GUERRA ÀS DROGAS E A CONVENÇÃO 182 DA OIT NO BRASIL **322-347**
EXPLOITATION AND CRIMINALIZATION OF CHILD LABOR IN DRUG TRAFFICKING: THE WAR ON DRUGS AND THE ILO CONVENTION 182 IN BRAZIL
Danyelle Gautério Silva
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

EDITORIAL

A Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, vinculada ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito (CAPES 6), encerra o ano de 2023 com a publicação de seu 52º volume, composto por 15 artigos científicos inéditos e em correspondência às recentes normas sobre exogenia.

Nesse ano, a Revista passou por importantes reestruturações em sua equipe e nos fluxos editoriais, tornando-os mais céleres e dinâmicos. Além disso, incrementou seu corpo de pareceristas com professoras e professores avaliadores, circunstância que qualifica o método de avaliação por pares e o sistema duplo-cego. Por fim, fortaleceu laços com instituições estrangeiras, despertando o interesse de Professoras e Professores de outros países pelo cenário editorial brasileiro.

Os resultados desse aprimoramento já podem ser percebidos nesta Edição, que conta com produções de alto nível nas áreas da Criminologia, do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Processual, do Direito do Trabalho, da História do Direito e da Teoria do Estado.

No artigo intitulado "O discurso jurídico e a reconstrução do devido processo legal a partir do modelo de deliberação procedimental de Jürgen Habermas e da cooperação processual", o autor Carlos André Maciel Pinheiro Pereira (UFPE) objetivou reconstruir o devido processo legal, considerando a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e a introdução de um paradigma processual baseado no Código de Processo Civil de 2015.

No trabalho "*Crimine e insicurezza ai tempi della Pandemia*", a Professora de Sociologia do Direito Giovanna Truda, da *Università degli Studi di Salerno,* tratou dos impactos que as dinâmicas econômica e social no âmbito da Pandemia SARS-CoV-2 geraram sobre as diferenças sociais e contribuíram para alimentar a dinâmica do ódio e aumentar a prática de crimes relacionados às diversas manifestações de preconceito, especialmente nos meios digitais.

O Professor da PUC Minas Lucas de Alvarenga Gontijo também contribuiu nesta edição, apresentando à Comunidade Acadêmica o precioso "Ensaio sobre história dos conceitos e republicanismo no contexto da Conjuração Mineira", no qual investiga a instauração da subjetividade republicana durante a vigência do Antigo Regime português, na Capitania de Minas Gerais, a analisar conceitos utilizados pelos sediciosos envolvidos no episódio da Conjuração Mineira.

O artigo “Revisão sistemática sobre o escravismo contemporâneo: um aceno para o direcionamento de políticas” foi escrito pelos Professores Alexandre Cesar Batista da Silva, Jonas Alves da Silva, Eduardo José dos Santos e Professora Yumara Lúcia Vasconcelos, da Universidade Federal de Pernambuco. No texto, houve revisão bibliográfica de fôlego sobre trabalho escravo contemporâneo, dentro da seara dos direitos humanos e direitos do trabalho, principalmente, com o fito de sumarizar os principais achados e contribuições, identificar nichos, interseccionalidades temáticas, debates emergentes e acenos para sua mitigação, além de aprofundar a compreensão, discussão sobre o tema e suas variáveis facilitadoras.

A Professora Maria Cecília Máximo Teodoro (PUC Minas) e a Professora Gabriela Neves Delgado (UnB) contribuíram com o artigo intitulado “Mulher: do lugar de fala ao perigo da fala silenciada”, no qual analisaram e discutiram os feminismos pautando o debate a favor da transformação do lugar ocupado por mulheres no mundo social, de modo a ressaltar o olhar da narrativa pelas lentes das mulheres oprimidas.

Já no artigo “Inconstitucionalidade, inconvencionalidade e colonialidade do marco temporal em território indígena”, os Professores Tiago Resende Botelho (UFGD) e Sebastião Patrício Mendes da Costa (UFPI) defenderam teoricamente e juridicamente que o marco temporal em território indígena é inconstitucional, inconvencional e reforça todos os tipos de violências coloniais sofridas pelos povos originários por meio da colonialidade do poder, do saber e do ser.

Na pesquisa “Direitos sexuais e reprodutivos na Bolívia”, o autor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e as autoras Fernanda Lavínia Birck Schubert e Joice Graciele Nielsson – vinculados à Unijuí, analisaram, a partir da perspectiva biopolítica, aspectos do controle reprodutivo executado na Bolívia, especialmente, por meio de planejamentos familiares e esterilizações. Também foi discutida a forma como tais práticas podem afetar a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais e a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais de meninas e mulheres do país por meio de uma atuação estatal seletiva.

O autor João Pedro Seefeldt Pessoa (UFSM) e as autoras Jânia Maria Lopes Saldanha (Unisinos) e Têmis Limberger (Unisinos) analisaram, na pesquisa “A proteção de dados pessoais entre capitalismo de vigilância e cosmopolitismo”, as contribuições da mirada cosmopolita na compreensão do fenômeno da mundialização da privacidade no século XXI e da necessidade de regulação do direito à proteção de dados pessoais, no contexto do capitalismo de vigilância.

O Professor Valmôr Scott Junior e a Professora Daniela Critien Silveira Mariesse Coelho, da UFPel, apresentaram, no artigo “Vulnerabilidade de mulheres encarceradas: fatores

educacionais no panorama brasileiro", análise teorizada sob o viés da Criminologia da Libertação para compreender como essa proposta criminológica, aplicada ao Brasil, repercute na vulnerabilidade educacional de mulheres encarceradas, pois acredita-se que essa abordagem pode atenuar as desigualdades vivenciadas no cárcere.

No artigo "Loteria Constitucional", o Professor Henrique Napoleão Alves (FDMC) utilizou do cenário hipotético concebido por Andrei Marmor no qual o controle de constitucionalidade é exercido não por um tribunal constitucional, mas por uma loteria feita por um computador segundo programação apta a alcançar os mesmos resultados médios alcançados pelo sistema empiricamente existente para criticar a legitimidade, ou a justificação moral e política, do sistema existente.

A Professora Edna Raquel Hogemann (UFRJ), em coautoria com o Professor Marcelo Santoro Almeida (PUC Rio/ Mackenzie), apresentaram o artigo "Relacionamento *sugar* e suas repercussões jurídicas", no qual promovem profícua reflexão sobre o fenômeno dos relacionamentos sugar, situando-os como produtos de uma sociedade caracterizada sob o signo do consumo, consagradora de referenciais valorativos demarcados por direitos subjetivos individualistas, avessos ao afeto, numa ética do pós-dever.

Em texto intitulado "Ativismo judicial e diálogos transjudiciais", os autores Bruno Makowiecky Salles e Paulo Márcio Cruz, ambos Professores da Univali, produziram articulação entre as categorias do ativismo judicial e dos diálogos mantidos entre juízes e Cortes, estudados em doutrinas como o Transconstitucionalismo e o Transjudicialismo e reunidos sob a fórmula mais ampla dos Diálogos Transjudiciais. Tal escrita teve como objetivo contribuir à construção de alguns parâmetros que conciliem os elementos articulados, visando que as interações transjudiciais revistam-se de cientificidade e harmonizem-se com a legitimidade democrática.

No trabalho "O direito à educação: o confronto entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana", a Professora Elisandra Riffel Cimadon e o Professor Felipe Schmidt, da Univali, objetivaram entender a Educação como direito fundamental social e que, intimamente ligado ao Mínimo Existencial, à Dignidade da Pessoa Humana e à Vedação do Retrocesso, não pode aceitar ser reduzida a uma tese denominada Reserva do Possível, alegada de forma generalizada pelo Poder Público.

A contribuição do Professor Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa (FURG), em coautoria com sua orientanda Danyelle Gautério Silva, se deu pelo artigo "Exploração e criminalização do trabalho infantil no narcotráfico: a guerra às drogas e a convenção 182 da OIT no Brasil", no qual problematiza a participação de crianças e adolescentes no tráfico de drogas. Para o

autora e a autora, tal realidade pode ser considerada uma das piores formas de trabalho infantil, explicitando as violações de direitos e a realidade dos jovens envolvidos com o narcotráfico, bem como a ausência de ações por parte do Estado brasileiro, que prima pela resposta à questão no âmbito da criminalização.

Por fim, os Professores Giancarlo Montagner Copelli (Unisinos) e José Luis Bolzan de Morais (FDV) e a Professora Clarissa Tassinari (Unisinos) propuseram, no artigo "O populismo contra o Estado de Direito", assentaram o argumento de que as tentações populistas – percebidas como tentativas de rompimento com o Estado de Direito em nome do atingimento de demandas institucionalmente reprimidas –, associadas a altos níveis de polarização política, permitem um constante flerte com o enraizamento de democracias consideradas iliberais. Para tanto, esmiuçaramm os distanciamentos e as aproximações típicas do diálogo, muitas vezes tenso, entre Direito e Política e acenam para a relação entre o populismo –fenômeno político com reflexos jurídicos – e a ascensão de democracias consideradas iliberais.

Com a apresentação de todos os artigos à Comunidade Acadêmica e a plena certeza de que as contribuições científicas trazidas pela presente edição produzirão destacado impacto sobre as pesquisas jurídicas nacionais, a Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas deseja a todas e todos uma leitura agradável. Na oportunidade, com seus sinceros agradecimentos, o Comitê Editorial dedica este número ao Professor Rainer Bomfim, agora Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, que deixou a equipe editorial após anos de dedicação e valiosas contribuições ao periódico.

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais
Comissão Editorial da Revista da Faculdade Mineira de Direito

Professora Mestra Jamilla Monteiro Sarkis
Professor Mestre Igor Alves Noberto Soares
Editores de Seção da Revista da Faculdade Mineira de Direito

O POPULISMO CONTRA O ESTADO DE DIREITO: A CRIME DA DEMOCRACIA NA "ERA DIGITAL"

POPULISM AGAINST THE RULE OF LAW: THE CRISIS OF DEMOCRACY IN THE "DIGITAL AGE"

Giancarlo Montagner Copelli[1]
Faculdade de Direito de Vitória

Jose Luis Bolzan de Morais[2]
Faculdade de Direito de Vitória

Clarissa Tassinari[3]
Universidade do Vale dos Sinos

Resumo:
As tentações populistas – percebidas, aqui, como tentativas de rompimento com o Estado de Direito em nome do atingimento de demandas institucionalmente reprimidas –, associadas a altos níveis de polarização política, permitem um constante flerte com o enraizamento de democracias consideradas iliberais. Buscando assentar esse argumento, esse estudo vem dividido em duas partes. A primeira procura esmiuçar, nos limites desta proposta, os distanciamentos e as aproximações típicas do diálogo, muitas vezes tenso, entre Direito e Política. Já a segunda – alicerçada nessa perspectiva considerada angular para a arquitetura democrática – acena para a relação entre o populismo – considerado fenômeno político com reflexos jurídicos – e a ascensão de democracias consideradas iliberais.
Palavras-chave:
Democracia. Democracia iliberal. Populismo. Direito e política.

Abstract:
Populist attempts – perceived here as an attempt to break with the Rule of Law in the name of meeting institutionally repressed demands –, associated with high levels of political polarization, allow for a constant flirtation with the taking root of democracies considered illiberal. Seeking to support this argument, this study is divided into two parts. The first seeks to scrutinize, within the limits of this proposal, the distances and approximations typical of the often tense dialogue between Law and Politics. The second – based on this perspective considered angular for democratic architecture – points to the relationship between populism – considered a political particularity with legal consequences – and the rise of democracies considered illiberal.
Key words:
Democracy. Illiberal democracy. Populism. Law and politics.

---

[1] Bacharel em Filosofia pela Univerdsidade do Sul de Santa Catarina, mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente, realiza pós-doutoramento junto à Faculdade de Direito de Vitória.

[2] Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1984), mestrado em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1989), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995), com estágio "sanduíche" na Universidade de Montpellier I - França e Pós-Doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente é professor do PPGDireito da Faculdade de Direito de Vitória- FDV, e da ATITUS. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul aposentado. Advogado.

[3] Professora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado), da Especialização (Lato Sensu) e da Graduação em Direito da UNISINOS. Foi coordenadora do Mestrado Interinstitucional entre a UNISINOS e a FAG (Cascavel/PR). Coordenadora do grupo de pesquisa GPolis - Direito, política e diálogos institucionais. Pós-Doutora em Direito (UNISINOS/CAPES/PNPD). Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa financiada pelo CNPq, sob orientação do Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

Introdução

Conforme o *Varieties of Democracy* (2023), os avanços democráticos nos últimos 35 anos tornaram-se opacos. De acordo com o último estudo, divulgado em 2023, estima-se que 72% da população mundial – ou seja, 5.7 bilhões de pessoas – estiveram sob alguma forma de autocracia no ano anterior, 2022. Muito por isso, pela primeira vez em duas décadas, o mundo tem mais autocracias – ou democracias iliberais[4] – que democracias.

O funil do tempo é ainda mais dramático em relação à censura, à liberdade de expressão, à repressão governamental e à qualidade das eleições. Segundo o mesmo Instituto, associado à Universidade de Gotemburgo, em 2022 a liberdade de expressão deteriorou em 35 países. A censura a meios de comunicação cresceu em 47 países, enquanto a repressão através de governos constituídos foi agravada em 37 Estados. Ao todo, 30 países viram piorar a qualidade de suas eleições.

Entre os principais países em acelerado processo de fragmentação democrática, o estudo aponta para a Armênia e a Grécia. A Polônia e o Brasil – que no estudo anterior figuravam em um desonroso ranking de nações em vias de autocratização, são as duas únicas nações no mundo em que o processo de deterioração da democracia foi estancado, antes de esgarçamentos mais significativos.

Ainda assim, como se verá adiante, as tentações populistas – percebidas, aqui, como tentativas de rompimento com o Estado de Direito em nome do atingimento de demandas institucionalmente reprimidas –, associadas a altos níveis de polarização política, permitem um constante flerte com o enraizamento de democracias consideradas iliberais.

Buscando assentar esse argumento, esse estudo vem dividido em duas partes. A primeira procura esmiuçar, nos limites desta proposta, os distanciamentos e as aproximações típicas do diálogo, muitas vezes tenso, entre Direito e Política. Já a segunda – alicerçada nessa perspectiva considerada angular para a arquitetura democrática – acena para a relação entre o populismo – considerado fenômeno político com reflexos jurídicos – e a ascensão de democracias consideradas iliberais.

O populismo no diálogo entre o Direito e a Política

[4] O significado de *democracias iliberais* será explorado na sequência do texto. Preliminarmente, pode-se afirmar que elas se caracterizam por processos de enfrentamento ou ruptura institucional, que ocorrem a partir práticas autoritárias, minando a democracia de dentro para fora (ZAKARIA, 2007).

Ao longo do tempo, um dos grandes desafios das democracias ocidentais ~~sempre~~ foi a existência de práticas institucionais efetivamente democráticas. Na América Latina, as experiências autoritárias criaram ainda maiores entraves ao processo de democratização, exigindo aquilo que, em 1991, Guillermo O'Donnell (1991) denominou de "segunda transição", isto é, uma complexa passagem de um "*governo* democraticamente eleito para um *regime* democrático ou, o que é equivalente, para uma democracia institucionalizada consolidada". Isso significa que há uma sensível diferença entre (*a*) a opção político-institucional pela realização de eleições livres e justas para a escolha de nossos representantes e (*b*) a existência de ações governamentais e legislativas que sejam permeáveis ao conteúdo da democracia, garantindo aquilo o que pode ser considerado seu núcleo fundamental, mas também a inclusão de novas pautas a partir de processos de revitalização representativa. Em outras palavras, *ser* uma democracia não necessariamente significa *estar em* democracia.

Isso, por óbvio, não é nenhuma novidade. Pierre Rosanvallon (2006), desde o seu "La contre-démocratie", publicado na França em 2006, já tematizava a diferença entre duas formas de compreender a democracia, a democracia de acesso (também chamada de autorizada) e a democracia de exercício, estando a primeira relacionada aos mecanismos formais de implementação da democracia, e a segunda, a práticas condicionadas à transparência (ou à visibilidade), à responsabilidade e à reatividade dos representantes, elementos de materialização democrática, na medida em que pressupõem a conexão (ou o diálogo) de instituições formalmente democráticas com a sociedade. Assim, parece evidente que a ambiguidade que pode existir na caracterização de um Estado-Nação como democrático não é assunto inédito, assim como também não o é a identificação de crises de representatividade no Brasil.

Se já sabemos, então, que a maturidade democrática de um país se constitui a partir de um longo e complexo processo que é marcado, também, por momentos de atravessamentos autoritários, e se muito já foi teorizado sobre essa espécie de *descompasso democrático* (que nos permite visualizar a possibilidade de se criar um abismo entre os aspectos formal e material da legitimidade democrática), a pergunta que parece central para o atual estágio da democracia é: o que justifica a proliferação efervescente, no Brasil e no mundo todo, das mais diversas e controversas bibliografias sobre democracia ou crises da democracia na atualidade? Por que isso tomou o centro do debate nas diferentes áreas, especialmente na última década? Mais uma vez, aqui, parece ser acertada a *previsão* de O'Donnell (1991) já nos anos 90: "Nada garante que essa segunda transição será feita: novas democracias podem regredir para o regime autoritário, ou podem atolar-se em uma situação frágil e incerta".

Assim, a democracia volta ao centro do debate acadêmico no contexto daquilo que, no Brasil, Christian Lynch (2022, p. 9) denominou de "processo de crise política e social de proporções inéditas". Essa (nova) crise política agrega velhos, desde sempre e já conhecidos contornos, como os de uma crise de representatividade já identificada como o "desaparecimento de *alternativas reais de escolha*", ou uma "*fantochização* da democracia" (BOLZAN DE MORAIS, 2011, PP.70-73), mas se atualiza para uma "forma de representação que recusa as instituições e os atores que se interpõem entre o povo e o representante". Agregue-se a isso a revisão de expectativas em torno aos impactos das novas tecnologias para a quantificação e qualificação das democracias liberais.

Tudo isso torna a *questão democrática* ainda mais complexa, na medida em que democracias passam a vivenciar uma "queda substantiva de [seus] variados atributos", sem que a transição para o autoritarismo ocorra como verdadeira e explícita ruptura institucional.

Trata-se do que vem sendo chamado de "modelos híbridos" de democracia, isto é, regimes democráticos que se preservam formalmente como tais, mas que conjugam, a partir dessa escolha constituinte, práticas materialmente democráticas com estratégias governamentais – silenciosas ou nem sempre tão perceptíveis – de autocratização; comportamentos que minam a democracia no interior dos próprios arranjos institucionais do Estado de Direito e que se legitimam por narrativas amparadas na regra do "*pedigree* democrático" ou numa espécie de passagem pelo crivo democrático-eleitoral (BRITO e outros, 2022).

Em outras palavras: é a democracia sendo pouco a pouco deteriorada por condutas de atores que podem até possuir legitimidade para ocupar importantes espaços institucionais de decisão política, mas que, em razão dos papeis e das prerrogativas que possuem na arquitetura constitucional, instrumentalizam o Direito – manipulam seus institutos e suas técnicas – em favor de comportamentos que rejeitam, negam e afrontam caracteres fundamentais da democracia, como o respeito ao pluralismo político, ao direito das minorias (e às pautas igualitárias), à autonomia e à independência dos Poderes constituídos.

São, desse modo, posturas que se colocam na contramão de avanços e de conquistas que estabilizam a continuidade de um projeto político democrático ainda em construção e aperfeiçoamento; ou, nas palavras de Marcos Nobre (2022, p. 8), "[u]m movimento que usa a institucionalidade como instrumento, e não como fim, que faz uso da institucionalidade para destruir as instituições democráticas".

Esse cenário de *alerta democrático* tem como pano de fundo uma questão muito cara à formação do Estado Constitucional no Brasil: a relação Direito e Política. De fato, como há

muito tempo já vem sendo retratado pela doutrina brasileira, esse sempre foi um diálogo difícil. E isso pode ser compreendido de diferentes modos. Gabriela Lotta e Pedro Abramovay (2022) vão relembrar, por exemplo, os argumentos apresentados por Edson Nunes (2003) em "A gramática política do Brasil" sobre a existência de "quatro gramáticas políticas" que, ao longo de nossa história, mediaram as dinâmicas entre a sociedade e o Estado, sendo elas: clientelismo, corporativismo (a partir de 1930), insulamento burocrático (a partir do governo de Juscelino Kubitschek) e universalismo de procedimentos (a partir do constitucionalismo de 1988).

Assim, à luz da perspectiva que vincula a relação entre o Direito e a Política com as discussões sobre qualidade democrática, pode-se afirmar que, na história do constitucionalismo brasileiro, o clientelismo e o corporativismo transformaram o que eventualmente poderia ser compreendido como *conquistas* no campo do Direito em *benefícios* políticos individuais (clientelismo) ou coletivos (corporativismo), o que, por sua vez, prejudicava o processo de materialização da democracia como um ideal de igualdade.

É o caso dos direitos trabalhistas no período Vargas, que, como produtos de ações governamentais que pretendiam "esvaziar o conflito", consolidaram estratégias estabilizadoras de tensões via barganhas políticas setoriais (direcionadas apenas a certas corporações), não universalizáveis e, assim, pouco relacionadas com a concepção de política como elemento de transformação social (ABRAMOVAY; LOTTA, 2022, p. 31) Aliás, esse modo de ação política orientada – e, portanto, de articulação entre Política e Direito – é o que caracterizou Vargas como populista, isto é, como um líder carismático (WEBER, 2000) conectado com a massa, que comunicava a partir de discursos conciliatórios e que governava a partir da lógica de concessões de favores. Tratava-se, portanto, de um populismo em sua acepção política.

Por outro lado, a partir de 1988, quando uma série de direitos, inclusive os sociais, passam a constituir o núcleo central do Estado (Liberal) de Direito e, portanto, a compor um projeto político-social com status de norma constitucional, a dinâmica entre o Direito e a Política tensiona as expectativas democráticas a partir de outra dimensão: a de uma crise de efetividade.

Em outras palavras, isso significa que a qualidade da democracia – ou o grau de satisfação democrática – começa a ser discutida, pelo menos, a partir da identificação de um duplo viés: (a) sob a perspectiva de implementação dos direitos já assegurados materialmente pela Constituição de 1988 via processo legislativo ou ação governamental; mas também (b) à luz das demandas sociais de canalização institucional, via representatividade, de novas, diversificadas e, até mesmo, conflituosas pautas. Assim, é considerando principalmente essas

duas frentes de interlocução entre o Direito e a Política que a democracia no Brasil desde sempre representou um grande desafio.

E é justamente nesse espaço da relação Direito e Política que o debate sobre populismo se inflama na contemporaneidade (TASSINARI; COPELLI, 2021), como uma nova forma de compreender a conexão entre representantes e representados. Afinal, as principais e mais atualizadas concepções de populismo estão relacionadas justamente a uma espécie de *urgência de práticas democráticas* ou *de práticas representativas*. Assim, se considerarmos, como já foi demonstrado acima, que o Brasil está desde sempre imerso em uma crise democrática (lida, também, como crise política ou crise de representatividade), é inegável que leituras positivas do fenômeno populismo apostam numa espécie de reaproximação entre povo e poder.

Desse modo, essa nova forma de populismo, que se insere no contexto das "democracias híbridas"[5], não se esquiva da lógica que, reconhecendo contextos de *imperfeições democráticas*, pretende acender a chama da democracia com a finalidade de aproximar representados e representantes. Entretanto, com isso, provoca (intencionalmente) uma grande ruptura no diálogo entre o Direito e a Política, especialmente porque traz em seu bojo uma ideia fundamental: a antipolítica.

A antipolítica pode ser concebida como "[...] a reação à ideia de que instituições e representantes eleitos devem discutir, negociar e processar respostas a temas em debate no país" (AVRITZER, 2019, p. 18). No âmbito da relação Direito, Política e democracia, a antipolítica é a brecha que o (novo) populismo encontra contemporaneamente para a sua inserção em uma agenda institucional que, diferente do que acontecia no período de Vargas, traz a marca da universalização e da constitucionalização de *direitos* (e não mais da *concessão*, pelo governante, de *privilégios ou favores*). Desse modo, "[a] antipolítica constitui uma negação de atributos como a negociação ou a coalizão" (AVRITZER, 2019, p. 18) – e, por isso mesmo, uma negação à pluralidade pressuposta ao diálogo (material e efetivamente) democrático.

Nesse sentido, talvez uma das claras manifestações da antipolítica ocorra no bojo da ascensão do que Alessandro Dal Lago (2017) irá chamar "populismo digital". De fato, em sua relação com a democracia, as transformações digitais possibilitam duas visões do fenômeno: a "otimista", relacionada a um aprofundamento democrático produzido pela ampliação da capacidade de comunicação social, gerando potencial inclusão; e a "cética" (ou "pessimista"),

[5] No Brasil, a expressão "modelos híbridos de democracia" foi tratada pela já referida obra produzida por um conjunto de pesquisadores e pesquisadoras vinculados ao LAUT – Centro de Análise da Liberdade e Autoritarismo (com o título: "O caminho da autocracia"). No âmbito internacional, Mathew Y. H. Wong (2018) problematiza a expressão *hybrid regimes* a partir de diversas perspectivas e autores.

que, para além dos perigos democráticos inerentes ao desconhecimento sobre a forma como ocorrem a captação e o tratamento de dados, reconhece também o surgimento de novas crises, relacionadas ao mau uso das novas tecnologias (BOLZAN DE MORAIS, 2018).

Isso significa que, a um só tempo, as novas tecnologias podem produzir maior alcance informativo, mas também, desinformação (*fake news*), servindo, nesse último caso, à "debilitação da liberdade e do diálogo" (BOLZAN DE MORAIS; LÔBO; NEMER, 2021). Isso se torna ainda mais corrosivo à democracia na medida em que a opinião pública – que desde sempre foi constituída no âmbito da Política – passa ser compreendida como "opinião digital", produzida no ambiente das redes sociais. E, assim, nas palavras de Dal Lago (2017, p. 16), "a prevalência da política digital sobre a política real" pode ser a causa de tamanha imprevisibilidade (e instabilidade – acrescentamos) eleitoral. A redução da opinião pública à opinião digital (numa clara adesão à já tematizada antipolítica), por si só, já causa uma fissura na relação Direito e Política; quando associada a condutas fraudulentas que se propagam em rede, então, isso caracteriza, simultaneamente como causa e efeito, o surgimento do "populismo digital".

O "populismo digital" institui um novo modo de agir governamental, que visa a "difundir o preconceito e excluir a dialética da vida coletiva, em busca da homogeneidade que afasta minorias e enclaves críticos, reforçando o discurso autoritário" (BOLZAN DE MORAIS; LÔBO; NEMER, 2021). Trata-se de um fenômeno polivalente e "*dilagante*" (DAL LAGO, 2017, p. 16), especialmente considerando o seguinte contexto: (1) as relações virtuais facilitam a relação direta – sem o intermédio da Política – entre líderes e seus seguidores (o que significa a constituição de laços *virtuais* de afetividade em detrimento daqueles *institucionais* de representação política); (2) as redes sociais caracterizam-se como espaço multicêntrico de propagação veloz de (des)informação; e (3) por isso mesmo, viabilizam, a partir da inexistência de controle prévio acerca do que é veiculado, a manipulação eleitoral via algoritmos. Em seu conjunto, tudo isso produz, em grande síntese, a abertura de caminhos para a caracterização das chamdas democracias iliberais.

Demandas reprimidas, populismo e ascensão da democracia iliberal

Em 2022, o nível de democracia experimentado no mundo regrediu a taxas parecidas com aquelas encontradas em 1986. O declínio mais dramático ocorreu na Ásia, com níveis próximos àqueles verificados em 1978. Contudo, leste europeu, América Latina e Caribe não ficam atrás. Os níveis verificados pelo *Varieties of Democracy* (2023) são semelhantes aos

da Guerra Fria. Conjugando mais de quatrocentos indicadores diferentes, como as liberdades de imprensa e de opinião política, assim como as do Judiciário e do Legislativo frente ao Executivo, por exemplo, o estudo aponta para duas conclusões consideradas, aqui, mais significativas.

A primeira delas é a de que o processo de deterioração é longo e não reflete imediatismos. A democracia no Brasil, país que no estudo anterior (2021) aproximava-se de autocracias como a Turquia de Erdogan e, ainda, com elevados níveis de polarização, vem se deteriorando aos poucos. A segunda é que o país, assim como as outras nações enredadas nessa espécie de processo de (des)democratização no século XXI, não é uma realidade isolada em um arquetípico mundo que se diz democrático. De acordo com o estudo, desde 1900, esta seria a terceira onda autocrática no globo, iniciada em 1994 e em constante desenvolvimento.

Sobremodo essa segunda conclusão é não apenas surpreendente, desafiando algumas (boas) imagens feitas da política mundial (principalmente no pós-Guerra), como, ainda, instigante ponto de partida para desdobrar o tema a partir de questionamentos bastante específicos. Talvez o principal deles interrogue pelas circunstâncias a impor retrocesso não apenas aqui, mas em tantas nações do globo, mesmo sendo a democracia considerada a forma política que melhor promova simultaneamente liberdade e igualdade[6].

Há algumas possibilidades argumentativas para ensaiar uma resposta, afunilando narrativas em certas promessas democrático-liberais não cumpridas, como diria Bobbio, 2019), com um desfecho mais ou menos geral ao problema proposto. O grande ponto é que, talvez, o nicho pouco explorado da questão dialogue com uma certa imprecisão conceitual do que seja, numa intersubjetiva linguagem pública, *democracia*[7]. Isso permitiria explicar o *descrédito democrático* – se assim podemos chamar –, verificado não apenas por aqui, mas também em países de sistemas moldados por instituições democráticas (liberais-democráticas) amplamente

[6] *A que melhor promove* não significa *a que idealmente promove*, porque não se desconhece, também, a incompatibilidade entre democracia e capitalismo. No mais, daí a necessidade de um importante contraponto, proposto por Luis Felipe Miguel: "[...] há sempre um hiato entre a vontade dos representados e a ação de seus representantes. A representação, assim, introduz por si só uma forma de desigualdade política, na medida em que alguns poucos detêm muito mais poder do que outros. Mas essa desigualdade tende a se combinar com outras, ligadas às estruturas sociais mais amplas. Aristóteles descrevia a democracia como o 'governo dos pobres', e enfatizando o contraste com a oligarquia, assinalava que, nela, os ocupantes do poder distinguiam-se 'pelo baixo nascimento, pela pobreza e pela vulgaridade das profissões'. Nada mais distante dos regimes democráticos contemporâneos. A desigualdade política tende a reproduzir a desigualdade econômica e as outras hierarquias sociais (MIGUEL, 2016, p. 08).

[7] *Grosso modo*, o modelo democrático é compreendido, senso comum, como aquele caracterizado pela defesa da vontade geral, bem refletida nas maiorias (eleitorais) de um povo que, no fim das contas, é *soberano*. Carl Schmitt mesmo, na sua crítica a Weimar, já dizia que a ordem constitucional só poderia ser chamada *democrática* se o povo, como soberano coletivo, pudesse revogar as normas do Estado Democrático de Direito por ele mesmo estabelecidas (BIELEFELDT, 2000).

consolidadas, como a França, por exemplo. É o que mostra o estudo de Brice Teinturier (2018), em evidência na obra de Adam Przeworski (2020, p. 42):

> Nos últimos quarenta anos, a França vivenciou várias alternâncias partidárias no poder, com todos os governos concentrando-se na redução do desemprego, apesar de o índice jamais cair abaixo dos 9%. Como consequência, como informa Teinturier, os eleitores questionam se a política tem qualquer efeito sobre a sua vida. Desde 2013, 75% a 83% dos franceses declaram que "o sistema democrático funciona muito mal na França. Tenho a impressão de que minhas ideias não são bem representadas". Além disso, cerca de dois terços acreditam que "os políticos são, em sua maioria, corruptos", e 83% a 89% acham que "eles atuam acima de tudo em defesa de interesses pessoais". Políticos fazem 40% pensar em decepção, 20% em aversão, 13% em raiva e 9% em indiferença. [...] A maioria das pessoas simplesmente tem aversão aos partidos tradicionais.

Essa *aversão*, como qualifica o professor da Universidade de New York, tem ameaçado o alicerce daquilo que ele mesmo coloca como um *sistema longevo*, a ganhar forma logo após o Primeiro Grande Conflito: a tradicional estrutura partidária que, na velocidade da primeira metade do século XXI, vem apresentando significativa tibieza.

Assim, no correr dos acontecimentos, entre rachas políticos e fusões, o Ocidente – incluindo aí o Brasil, claro – percebe-se enredado na proliferação de novas siglas (MAGLIA, 2020), acompanhada também da migração de parcela do eleitorado às beiradas ideológicas e da formulação de programas reflexivos desse mesmo contexto extremado (PRZEWORSKI, 2020), muito disso influenciado pelas democracias digitais(lizadas) e as externalidades daí produzidas, tais como *fake news, discursos de ódio, anticiência ou antidemocráticos mesmo*.

Pode-se depreender, disso, outras duas conclusões preliminares: a primeira envolve o próprio regime democrático e sua capacidade de reorganizar-se no tempo. Afinal, não apenas novos partidos surgem, como surgem, também, novas ideias, refletidas em programas políticos diferentes daqueles até então mais populares. Diz respeito, portanto, a uma certa plasticidade do regime não em sentido formal, mas em relação a seu próprio conteúdo ideológico. Já a segunda conclusão dialoga com o esvaziamento da arquitetura partidária tradicional e indica, portanto, uma crise: "o velho está morrendo e o novo ainda não nasceu", como vai dizer Przeworski (2020), fazendo lembrar o limbo contido no "não mais" e no "ainda não" do filósofo italiano Giacomo Marramao (2009).

Na esteira desses estudos, contudo, se propuséssemos uma espécie de núcleo para esse estado de coisas, o termo ideal a espelhá-lo seria *polarização*. Afastando o sentido que projeta o conceito como a simples alternância entre opostos no espaço público, associamo-nos à síntese de Francisco Bosco (2022, p. 33): *polarização* "é a instauração de uma dinâmica social político-

afetiva, que diz respeito ao estabelecimento de afetos inconscientes de ódio ao adversário e gozo com o pertencimento a uma identidade política compartilhada".

Em boa medida – adverte-se – determinados paradigmas político-filosóficos projetados na contemporaneidade aderem, propositivamente, ao antagonismo como efetiva forma de desvelar *o político*[8]. É o caso, por exemplo, da politóloga belga Chantal Mouffe. Em sua *democracia agonística*, Mouffe percebe justamente na democracia liberal, sustentada na produção de consensos, o enfraquecimento de alternativas reais na arena política. A condição de possibilidade para reverter essa espécie de *gap* de sentido em regimes que se dizem democráticos é justamente ancorada no contrário do consenso: o conflito. Daí a projeção de Mouffe (2020), sinteticamente, alicerçada no estímulo de antagonismos que levem a uma nova hegemonia. Dessa síntese decorreria não apenas a defesa de um populismo de esquerda, aderente à proposta da cientista política, como, ainda, a defesa de uma razão populista, com Laclau (2005).

Entretanto, como bem observa mais uma vez Bosco (2022, p. 35), "a retórica [do antagonismo] é obtusa na identificação de problemas". Como ~~ele~~ analisa, nossos entraves, em boa medida bem sintetizados em excessos e déficits de liberalismo econômico, hiperburocratização e excessiva (des)regulação a favor da concentração de poder político e econômico, "atravessam práticas de direita e de esquerda e necessitam de remédios egressos da perspectiva de uma e de outra".

De toda sorte, considerada ou não um remédio – como na interessante interlocução do autor d'*O diálogo possível* em relação à obra de Mouffe[9] –, a polarização política figura mesmo como o núcleo duro dessa crise da democracia, não somente no Brasil, como também nos exemplos e na perspectiva de Przeworski.

Muito em função disso, ou seja, dessa polarização compreendida como condição de possibilidade para o esfacelamento das velhas arquiteturas político-partidárias, é que o "estado de espírito geral é populista" (PRZEWORSKI, 2020, p. 115).

[8] Chantal Mouffe observa o *político* como a "dimensão do antagonismo que é inerente a todas as sociedades humanas" (MOUFFE, 2003, 2015).

[9] Uma ressalva: entendemos que embora os termos *polarização* e *antagonismo* – ambos atravessados por afetividades – compartilhem semelhanças, a *democracia radical* de Mouffe projeta o oferecimento de um modelo que reconhece o conflito como algo inerente à humanidade. A principal função da política seria projetar um espaço em que um *eles* – não seja percebido como o inimigo que deve ser destruído, mas como o adversário que, no conflito inerente ao jogo democrático, tem sua posição divergente percebida como legítima (COPELLI, 2018).

Os laços afetivos envolvidos nas beiradas ideológicas, afinal, pressupõem saídas à margem das instituições, acenando a uma característica bastante significativa de democracias iliberais[10]: o abandono ao Estado de Direito após os procedimentos eleitorais.

Mas, para compreender a escalada dessa democracia negativamente adjetivada, conjugada a esses fatores, é preciso desvelar o horizonte de sentido da tradição liberal. Como vai propor Luis Felipe Miguel (2016, p. 29), seu escopo é aquele em "que elementos arbitrários não intervenham na distribuição das vantagens de acordo com os talentos individuais". O objetivo final, portanto, é velar pela autonomia do indivíduo, aceitando, a seu modo, assimetrias no gozo de direitos produzidos no seu próprio contexto. Essa seria a razão, ainda de acordo com esse autor, para a "convivência entre direito igual e condições de vida desiguais [ser] uma marca de sociedades liberais" (MIGUEL, 2016, p. 35).

Faz sentido. Sociedades complexas percebem-se sistematicamente confrontadas com problemas sociais de mesmo nível e, em alguma medida, institucionalmente de difícil solução, maximizados por reformas neoliberais nas estruturas dos Estados Sociais, apesar de seus desenhos institucionais serem mantidos simbolicamente nos textos constitucionais e condicionadas pelas novas "máscaras" do capitalismo contemporâneo (AVELÃS NUNES, 2021) – do financeiro ao digital.

Embora esse antagonismo entre liberdade e igualdade não estivesse nos momentos seminais do liberalismo (ROSANVALLON, 2012), são aceitos – com ele e contemporaneamente – alargados níveis de incerteza e insegurança entre os participantes dessa mesma comunidade política, inclusive, em relação à concretização de direitos. Por todos, pensemos nos direitos sociais, por exemplo, ameaçados não apenas por um bem definido catálogo de crises já consolidadas (BOLZAN DE MORAIS, 2011) como, ainda, por uma série de desdobramentos em relação ao financiamento do Estado Fiscal, associados à sociedade do trabalho (COPELLI, 2018) e, reitere-se, à nova economia digital e seus desdobramentos e externalidades não só no mundo do trabalho, como também, na gestão do acesso a direitos e na produção de desigualdades.

Como se pode depreender, *grosso modo*, a defesa dessa *pretensão de autonomia* – que não deixa de ser um avanço em relação à gênese da estatalidade ou a formas ainda mais antigas de organização social e política no Ocidente – tem um preço justificado na tradição liberal: a

[10] "Regimes democraticamente eleitos, com frequência aqueles que foram reeleitos ou confirmados no poder por meio de referendos, têm ignorado rotineiramente os limites constitucionais a seus poderes e destituído seus cidadãos de garantias e direitos fundamentais. Do Peru à Autoridade Palestina, de Serra Leoa à Eslováquia, vemos a emergência de um fenômeno preocupante na cena internacional - a democracia iliberal" (ZAKARIA *apud* SMITH; ZIEGLER, 2009, p. 357).

desigualdade, reflexiva da "recusa a qualquer forma de paternalismo, potencialmente autoritário" (MIGUEL, 2016, p. 30). Ocorre que, no limite, a condição a afastar, através dessa espécie de paradigma dominante nas sociedades democráticas (LAVAL; DARDOT, 2015), associa-se a um componente de dominação, instituindo, a nosso ver, um paradoxo.

Explicamos. Por um lado, a arquitetura institucional advinda das tradições liberais – como sinteticamente observado – pressupõe um componente de indeterminação, atualmente absorvido em níveis percebidos socialmente como insuportáveis. É o que acena, ao menos, a percepção dos franceses, como anteriormente visto no exemplo de Adam Przeworski. O descrédito do sistema político-partidário seria o reflexo mais evidente desse cenário. Contudo, como o lugar do poder jamais é um lugar vazio (LEFORT, 1991), após eleições consideradas livres e justas, polarizadas ou percebidas com indiferença, abre-se espaço para a "refutação sistemática de garantias constitucionais" (SMITH; ZIEGLER, 2009). E essa associação (eleições + posterior predação do Estado de Direito) acena não apenas ao conceito de *democracia iliberal* em sua característica mais significativa, mas, mais que isso, ao paradoxo de seu desdobramento: se suas raízes estão justamente no horizonte de compreensão do escopo das tradições liberais (evitar um paternalismo que, no limite, é autoritário), seus reflexos dizem muito sobre justamente aquilo que se quer evitar.

Há aí, claro, um evidente ponto de diálogo entre Direito e Política – ajudando, como esperamos, a compreender os enlaces que levam a contextos polarizados e de democracia considerada iliberal –, mas também uma significativa interlocução entre o populismo, como fenômeno político-social, e sua pertinência como objeto de estudo também em Direito. Afinal, como visto nas linhas que conduzem esse argumento até aqui, é a partir de demandas reprimidas, do clima de insegurança e insatisfação de direitos, além das "externalidades" produzidas pela Revolução da Internet, que se busca saída à margem das instituições democráticas.

Essa é a fórmula do populismo que, em nome do povo – sempre no singular, como unidade absoluta –, procura estabelecer ligação direta na satisfação de demandas populares institucionalmente reprimidas, seja por um contexto de crises limitantes ou, mesmo, por uma série contrapesos contra maiorias eventuais, próprios de uma espécie de *ethos* democrático. Ocorre que, no limite, essa projeção pressupõe ignorar garantias constitucionais, aproximando o populismo, como fenômeno político-social – com implicações jurídicas –, à democracia iliberal. O primeiro é, assim, condição de possibilidade para a segunda.

Esse encadeamento de ideias – como se verá, caro aos *aspectos finais* desse estudo – encontra reflexos muito semelhantes às conclusões de Cristóbal Bellolio (2020), ao debruçar-

se à especificidade chilena e o paralelismo entre populismo e democracias iliberais. Ao inventariar características mais ou menos gerais sobre ambos, vai lembrar que muitos autores, entre eles Takis Pappas (2016), por exemplo, observam um e outro como sinônimos. Muito disso decorreria do fato de que a satisfação de demandas populares, anteriormente referida, ocorreria erradicando os remédios contra maiorias eventuais, fazendo do *eu autorizo* entoado pela direita brasileira a melhor síntese dessas questões[11].

Não por acaso, outros estudiosos do tema, como Yascha Mounk (2018) – vai lembrar Bellolio –, referem-se ao populismo como democracia sem direitos, compreendidos como garantias individuais. Faz sentido. Se há uma ligação direta entre *demos* e poder a caracterizar o populismo – refutando intermédios, sobretudo, institucionais –, no limite, busca-se eliminar qualquer forma de *accountability*.

Aspectos finais

O artigo buscou reconstruir os elos entre democracias iliberais e o surgimento de (novos populismos). Para tanto, tomou como ponto de partida a democracia e o desde sempre desafio representativo que se impõe a partir da *escolha por governos democráticos*. Concebendo a democracia como um projeto em construção – e, portanto, imperfeito –, foi possível visualizar os impactos da forma de compreender a relação Direito e Política para a ascensão de (novos) populismos.

Afinal, com um projeto de universalização de direitos e garantias institucionalizado pela Constituição de 1988, o populismo, concebido como fenômeno exclusivo do campo da Política, destinado a canalizar institucionalmente favores e concessões setoriais (oscilando como produtos do clientelismo ou do corporativismo), já não faria mais sentido.

Assim, os (novos) populismos surgem diante de fissuras na relação entre o Direito e Política de um modo diferenciado, a partir de demandas asseguradas normativamente com *status* constitucional, porém reprimidas (ou não efetivadas). E isso fica mais claro a partir da ideia de antipolítica – uma negação à Política como refutação ao debate, à pluralidade

[11] Eu autorizo? "Dependiendo de si se ubica en la izquierda o en la derecha, el reclamo populista se dirige contra las agencias gubernamentales (que presumen operar con criterios estrictamente técnicos), los bancos centrales autónomos (que resisten las presiones de expansión fiscal), las cortes constitucionales (que limitan la voluntad del pueblo), los foros multilaterales y tratados internacionales (que reducen la soberanía nacional) e incluso contra los tribunales de justicia (que se apartan del veredicto popular)" (BELLOLIO, 2020, p. 45).

pressuposta ao diálogo democrático, à inclusão e à institucionalidade que alberga, dá perenidade e estabilidade a conquistas sociais em nome da democracia.

Nesse sentido, uma das formas de manifestação da antipolítica é fenômeno que vem sendo chamado de "populismo digital". Se o *locus* da opinião pública passa a ser a rede social, e, se o ambiente virtual é um espaço suscetível a fraudes e manipulações, então isso traz graves impactos às democracias, que passam a ser caracterizadas como iliberais, isto é, democracias que se mantêm *pro forma*, mas que, no contexto de polarizadas relações sociais, se degeneram institucionalmente. Tudo isso em nome de uma pretensa representatividade. Eis o desafio democrático: a capacidade de, mesmo percebendo suas imperfeições, ser capaz de preservar suas instituições ao bom e ao mau tempo.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro; LOTTA, Gabriela S. **Democracia equilibrista**: políticos e burocratas no Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 2022. Edição do Kindle.

AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica**: a crise do governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2019. Edição do Kindle.

BELLOLIO, Cristóbal. Populismo como democracia iliberal: Una hipótesis sobre el estallido social chileno. **Revista de Sociología**, 35 (1), p. 43-55, 2020. Disponível em: https://auroradechile.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/58106/61773. Acesso em: 19 jul. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 18. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2019.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Fundamentos de um ethos de liberdade universal. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. As crises do Estado contemporâneo. *In*: VENTURA, L. **América Latina**: Cidadania, desenvolvimento e Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN de MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. Coleção Estado e Constituição – 1. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O estado de direito "confrontado" pela "revolução da internet"! **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 13, n. 3, pp. 876-903. 2018.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; LÔBO, Edilene; NEMER, David. Democracia em perigo: compreendendo as ameaças das milícias digitais no Brasil. **Revista de Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 8-380, jul./dez. 2021.

BOSCO, Francisco. **O diálogo possível**. São Paulo: Todavia, 2022.

BRITO, A. S.; MENDES, C. H.; SALES, F. R.; AMARAL, M. C. S.; BARRETO, M. S. **O caminho da autocracia**: estratégias atuais de erosão democrática. São Paulo: Centro de Análise da Liberdade e do Autoritarismo (LAUT), 2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Entre direito e política, o mal-entendido democrático e o fantasma do populismo. *In*: TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo Montagner. **Pensando o populismo através de partir de ensaios e perspectivas diversas**. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado**: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil. Tese de Doutorado. São Leopoldo, 2018. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7345. Acesso em: 21 jul. 2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. É preciso desmistificar conceitos e "desinflamar" o debate. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-09/diario-classe-preciso-desmistificar-conceitos-desinflamar-debate. Acesso em: 21 jul. 2022.

DAL LAGO, Alessandro. **Populismo digitale**: la crisi, al rete e la nuova destra. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2017.

LACLAU, Ernesto. **On Populist Reason**. Londres: Verso, 2005.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **Común**: Ensayo sobre la revolución em siglo XXI. Barcelona: Editorial Gedisa, 2015.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

LYNCH, Christian; CASSIMIRO, Paulo Henrique. **O populismo reacionário**: ascensão e legado do bolsonarismo. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MAGLIA, Cristiana. **Novos partidos de direita no Brasil (1990-2018):** ideologia, estrutura institucional e mercado eleitoral. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/222944/001126877.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 21 jul. 2022.

MARRAMAO, Giacomo. Dopo babele. Per un cosmopolitismo della differenza. *In:* **Eikasia:** revista de filosofía, n. 25, p. 39-56, 2009. Disponível em: http://revistadefilosofia.com/25-05.pdf. Acesso em: 10 mai. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. O liberalismo e o desafio das desigualdades. *In*: MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia:** o debate da teoria política. São Paulo: Unesp, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. Igualdade e democracia no pensamento político. *In*: MIGUEL, Luis Felipe. **Desigualdades e democracia:** o debate da teoria política. São Paulo: Unesp, 2016.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política & Sociedade**, v. 2, n. 3, p. 11-26, 2003. Disponível em: http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/31137981/2015-5733-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1495808761&Signature=kqFWsZVhSfuvV3jJuXbWQToYjEQ%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDemocracia_cidadania_ea_questao_do_plura.pdf. Acesso em: 22 mai. 2017.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. Autonomia Literária, 2020.

MOUNK, Yascha. The people vs. democracy. In: **The People vs. Democracy**. Harvard University Press, 2018.

NOBRE, Marcos. **Limites da democracia**: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2022. Edição do Kindle.

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos**, São Paulo, n. 31. p. 25-40. 1991.

PAPPAS, Takis S. Modern populism: Research advances, conceptual and methodological pitfalls, and the minimal definition. **Oxford research encyclopedia of politics**, 2016.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de iguales**. Buenos Aires: Manantial, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-démocratie**: la politique à l'âge de la défiance. Paris: Seuil, 2006.

SMITH, Peter; ZIEGLER, Melissa. Democracias liberal e iliberal na América Latina. **Opinião Pública**, v. 15, p. 356-385, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/op/a/sNFrn4hvx8HNcXqTJqL3PZn/?lang=pt. Acesso em: 20 jul. 2022.

TASSINARI, Clarissa; COPELLI, Giancarlo. **Pensando o populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

TEINTURIER, Brice. Perceptions de la politique et vote: ce qui a changé. **Cahiers français**, v. 404, p. 62-71, mai/jun. 2018.

Varieties of Democracy (V-dem). Disponível em: https://www.v-dem.net/. Acesso em: 17 jun. 2023.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. 4ª ed. Brasília: ed. Da UnB. 2009.

WONG, Mathew Y. H. Selectorate Theory in Hybrid Regimes: Comparing Hong Kong and Singapore, Cambridge, **Government and Opposition**, Volume 53, Issue 4, October 2018, pp. 707-734.

ZAKARIA, Fareed *apud* SMITH, Peter; ZIEGLER, Melissa. Democracias liberal e iliberal na América Latina. **Opinião Pública**, v. 15, p. 356-385, 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/op/a/sNFrn4hvx8HNcXqTJqL3PZn/?lang=pt. Acesso em: 20 jul. 2022.

ZAKARIA, Fareed. **The future of freedom**: iliberal democracy at home and abroad. New York: Norton & Company, 2007.

Submissão: 14/11/2023. Aprovação: 20/12/2023.

O DISCURSO JURÍDICO E A RECONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL A PARTIR DO MODELO DE DELIBERAÇÃO PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS E DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

THE LEGAL DISCOURSE AND THE RECONSTRUCTION OF THE DUE LEGAL PROCESS BASED ON JÜRGEN HABERMAS' MODEL OF PROCEDURAL DELIBERATION AND THE PROCEDURAL COOPERATION

Carlos André Maciel Pinheiro Pereira[1]
Universidade Federal de Pernambuco

Resumo:
O presente artigo intenta reconstruir o devido processo legal, considerando a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e a introdução de um paradigma processual baseado no Código de Processo Civil de 2015. Recorre aos métodos indutivo e reconstrutivo, com base em análise bibliográfica e documental, para realizar uma pesquisa exploratória e normativa. Entende que a legislação processual vigente atende aos requisitos estabelecidos por Habermas para a produção de decisões corretas e consistentes, as quais exigem um procedimento argumentativo e regulamentado. Visualiza que é possível reconstruir o devido processo legal, compreendido como o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, que é concretizado, infraconstitucionalmente, pela cooperação processual, o que conduz a identificação de potenciais emancipatórios. Compreende que a decisão judicial deverá ser uma construção polifônica, o que permite assegurar a legitimidade democrática do precedente formado, contribuindo para formação democrática do direito. Ainda, identifica que é necessária a construção de uma regra de argumentação para os juízos colegiados, com a substituição do modelo *seriatim* puro pelo *per curiam* deliberativo. Por fim, propõe que seja realizado o *accountability* da decisão judicial pela sociedade civil e pela dogmática jurídica como formas de controlar as figuras de perversão do direito.
Palavras-chave:
Devido Processo Legal. Cooperação Processual. Teoria do Agir Comunicativo.

Abstract:
This article aims to reconstruct tje due process of law, considering Jürgen Habermas's theory of communicative action and the introduction of a procedural paradigm based on the 2015 Code of Civil Procedure. It employs the inductive and reconstructive methods, based on bibliographical analysis in order to develop an exploratory and normative research. It understands that the current procedural legislation meets the requirements demanded by Habermas for the production of correct and consistent decisions, with an argumentative and regulated procedure. It visualizes that it is possible to reconstruct the due process of law, understood as the pragmatic budget of legal argumentation, which is implemented, infraconstitutionally, by procedural cooperation, which leads to the identification of emancipatory potentials. It understands that the judicial decision must be a polyphonic construction, which allows to ensure the democracy of the formed precedent, guaranteed for the democratic formation of the law. Still, it identifies that it is necessary to build an argumentation rule for collegiate judgments, with the replacement of the pure *seriatim* model by the deliberative *per curiam*. Finally, it proposes the accountability of the judicial decision by civil society and legal dogmatics as ways of controlling the figures of perversion of law.
Keywords:
Due Process of Law. Procedural Cooperation. Theory of Communicative Action.

[1] Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Advogado. Professor Universitário. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

1 INTRODUÇÃO

A garantia do devido processo legal é um dos princípios fundamentais do sistema jurídico, assegurando que os litígios sejam resolvidos de maneira justa e imparcial. No entanto, à medida que a sociedade evolui e os desafios contemporâneos surgem, torna-se essencial analisar e reexaminar os fundamentos e as práticas processuais, a fim de garantir sua eficácia e sua coerência com os valores democráticos.

Nesse contexto, a teoria do agir comunicativo proposta por Jürgen Habermas emerge como uma abordagem relevante para a reconstrução do devido processo legal. O modelo de deliberação procedimental habermasiano, baseado na interação comunicativa e na busca do consenso racional, oferece uma estrutura teórica sólida para repensar o direito processual e a produção democrática de decisões jurídicas.

O presente artigo tem como objetivo analisar a intersecção entre o discurso jurídico e a teoria do agir comunicativo, a partir da reconstrução do devido processual legal, o que é feito com esteio na positivação da cooperação processual, enquanto norma fundamental, pelo Código de Processo Civil de 2015. Através dessa perspectiva interdisciplinar, busca-se compreender como a incorporação de um paradigma procedimental, baseado na deliberação argumentativa e na cooperação processual, pode fortalecer a legitimidade e a efetividade do processo judicial.

Ao reconstruir o devido processo legal com base no modelo de deliberação procedimental, de Habermas, e na cooperação processual, espera-se identificar potenciais emancipatórios que oportunizem o aprimoramento da legitimidade do direito produzido a partir do processo judicial. Essa abordagem pode contribuir para a construção de decisões fundamentadas na polifonia das vozes envolvidas, fortalecendo a legitimidade democrática, a otimização do direito vigente e o controle social das decisões.

Assim, serão explorados os requisitos estabelecidos por Habermas para a produção de decisões corretas e consistentes, destacando a importância do procedimento argumentativo e da regulação adequada dos ritos processuais. Dito isso, a pesquisa tem como objetivo geral analisar a interação entre o discurso jurídico, a reconstrução do devido processo legal com base no modelo de deliberação procedimental de Jürgen Habermas e o desenvolvimento de potenciais emancipatórios. Como objetivos específicos, pretende:

a) identificar os elementos exigidos pela teoria de Jürgen Habermas para o direito processual na construção de decisões judiciais alinhadas ao paradigma procedimental;

b) verificar se o direito processual civil brasileiro cumpre os requisitos assinalados por Habermas, a partir do princípio do devido processo legal e do Código de Processo Civil de 2015;

c) compreender o devido processo legal como pressuposto pragmático da argumentação jurídica, cuja realização se dá a partir da cooperação processual;

d) reconstruir, a partir da teoria do agir comunicativo, o devido processo legal para identificar os potenciais emancipatórios que podem ser obtidos na formação de decisões corretas e consistentes.

Para alcançar os objetivos pretendidos, a pesquisa terá um viés normativo e exploratório, empregando os métodos indutivos e reconstrutivo – indutivo, tendo em vista a perspectiva interdisciplinar adotada, e reconstrutivo, considerando a busca de potenciais emancipatórios e a possível interface entre a teoria habermasiana e o direito processual. Terá como objeto de análise bibliográfica as obras de Jürgen Habermas, seus comentadores, bem como produções sobre filosofia do direito, direito constitucional e direito processual civil. Será dada ênfase na Escola Mineira de Processo, tendo em mira que seus pesquisadores formam o estado da arte da pesquisa sobre o diálogo entre teoria habermasiana e o direito brasileiro.

Em termos de seções, a primeira estará ocupada com a explicação do direito processual procedimental em Habermas, ao passo que a segunda estará debruçada no direito processual civil brasileiro e a aplicação do paradigma procedimental. Já a terceira seção tratará da interface entre o direito processual brasileiro e a teoria do agir comunicativo. Ao cabo, a última seção abordará a reconstrução do devido processo legal e suas consequências quanto à identificação de potenciais emancipatórios.

2 A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DO DIREITO PROCESSUAL PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

Para a primeira etapa da presente pesquisa, faz-se necessário analisar o desenho realizado por Jürgen Habermas, com esteio na teoria do agir comunicativo[2], para a aplicação

[2] Habermas (2004, p. 118-129) trabalha com três conceitos essenciais, em sua teoria, os quais compreendem o agir comunicativo, o agir estratégico e o mundo da vida. Na ação comunicativa, a linguagem é utilizada como um mecanismo de integração social, a partir da qual os agentes podem chegar a um consenso sobre algo e definir como seus planos de ação. Já no agir estratégico, a linguagem é um simples mecanismo para transmitir informações, e, ao invés de haver formação de um acordo racional, empregam-se artifícios para coibir a capacidade interpretativa do outro, pois cada agente visa seu próprio sucesso. De seu turno, o mundo da vida é o repositório argumentativo no qual os agentes encontram o fundamento para os posicionamentos que assumem na ação comunicativa, sendo um verdadeiro pano de fundo comunicativo que é composto pela cultura, pelas relações sociais e pela personalidade dos sujeitos (HABERMAS, 2016, p. 218-228).

do direito no âmbito do poder judiciário. Ou seja, neste momento, o objetivo será de compreender o paradigma procedimental do direito e quais seus possíveis reflexos para uma teoria da decisão que leve em conta uma legitimidade cunhada a partir do procedimento deliberativo.

A leitura habermasiana parte de uma análise dos paradigmas ideológicos do direito[3], no afã de compreender a relação entre legalidade e legitimidade, a partir da qual se dará a validade do direito positivo (BÔAS FILHO, 2008, p. 147-167). A despeito de reconhecer os paradigmas liberal e social, Habermas (2020, p. 516) optará pela ênfase no viés procedimental, partindo da percepção que os dois primeiros são insuficientes – o liberalismo por não perceber a isenção do poder e o estado de bem-estar social pela sobrecarga de poder na consecução da igualdade.

O ponto de partida, para Habermas (2020, p. 517-528), está na formação de um modelo jurídico e político que lance mão da circulação do poder comunicativo como forma de garantir a legitimidade do direito produzido. A principal ênfase do frankfurtiano está no fator democrático, objetivando, com a discussão, atender as expectativas da sociedade que são incapazes de serem satisfeitas tanto por um direito exclusivamente privado quanto pela pura e simples concretização de direitos sociais. Desta feita, valerá, na obra de Habermas, uma dimensão de *status activus processualis*[4] para os direitos políticos, englobando o direito à participação do cidadão nos processos comunicativos com o Estado que são voltados à elaboração de atos legislativos e de políticas públicas[5].

O direito procedimental encontra sua base na institucionalização dos processos discursivos de comunicação, os quais devem se dar em condições argumentativas minimamente aceitáveis[6]. Enquanto ferramenta de integração social, o direito tem sua legitimidade atrelada a

[3] O direito tem o papel de absorver os dissensos que ocorrem na sociedade e é encarado como uma ferramenta de integração social que ora se volta para o mundo da vida, estimulando o agir comunicativo e limitando o agir estratégico, e ora se volta para os sistemas do poder e dinheiro. Para o filósofo frankfurtiano, o direito tem como nascedouro está a autonomia política do cidadão e deverá ser construído de forma procedimental, a partir dos influxos comunicativos entre sociedade e Estado, (HABERMAS, 2020, p. 95-96).

[4] Trata-se de um termo desenvolvido por Peter Häberle (2019, p. 82-86) que compreende o direito fundamental do cidadão participar dos processos e procedimentos de formação de consenso no âmbito estatal. Essa perspectiva procedimental dos direitos fundamentais é o que possibilita a Häberle (2002, p. 15-40) instrumentalizar o conceito de uma sociedade aberta de intérpretes que, enquanto destinatários das normas constitucionais, atuam como pré-intérpretes junto aos tribunais constitucionais. Dessa maneira há a efetivação de uma verdadeira soberania do cidadão, cujo objetivo é a máxima concretização dos direitos fundamentais.

[5] O modelo de circulação do poder comunicativo é realizado pelas esferas públicas, estruturas presentes na sociedade, que formam as opiniões públicas e permitem o intercâmbio entre Estado e cidadão. Desta forma, as necessidades normativas, expressas a partir do poder comunicativo, serão convertidas no poder administrativo estatal, influenciando na produção legislativa (HABERMAS, 2020, p. 517-520).

[6] Em outras palavras, são incorporados ao direito institutos e mecanismos que permitam o diálogo entre o poder público com o cidadão, a exemplo das audiências públicas. No caso do direito brasileiro, a teoria de Habermas é engatada, nessa perspectiva, ao instituto do *amicus curiae* como forma de trazer ganhos de legitimidade para o exercício da jurisdição (PEREIRA, 2018, p. 177-182; PEREIRA; GÓES, 2019, p. 11-16; PEREIRA; OLIVEIRA; GÓES, 2022, p. 12-14).

uma origem democrática, o que engloba todas as decisões coletivas tomadas pelo Estado. Desta maneira, o projeto procedimental pressupõe um deslocamento da tecnocracia estatal para o debate público (HABERMAS, 2020, p. 541-552).

Ao poder judiciário caberá a salvaguarda do procedimento discursivo e democrático, além de produzir discursos argumentativos quando estiver diante das zonas cinzentas, nas quais não existe legislação. Como inexiste norma aplicável, nessas situações, deverá o judiciário, através do uso público da razão, atuar como um co-legislador. Com efeito, é necessário que haja robustez na argumentação desenvolvida pelo judiciário, bem como uma abertura procedimental para os destinatários da decisão, ante a necessidade de uma justificativa pública perante os espaços jurídicos (HABERMAS, 1998, p. 151-154).

De acordo com Habermas (2020, p. 258-259), a aplicação do direito, através da jurisdição, espelha a tensão entre facticidade e validade[7] encontrada no próprio direito, pois há, a partir da função de integração social, uma tensão entre a aceitabilidade racional das decisões e a segurança jurídica. A aplicação do direito é realizada através dos juízes, cujo compromisso reside na produção imparcial de decisões racionalmente fundamentadas, o que condiciona a sua aceitabilidade. De outro lado, é necessário que os juízes respeitem a tradição institucional do direito, consubstanciada pela segurança jurídica. Na ótica habermasiana, a decisão deverá atender a ambos os requisitos.

Para encontrar uma resposta adequada à tensão mencionada, Habermas irá recorrer a uma reconstrução da teoria dos direitos de Ronald Dworkin, a partir da teoria do agir comunicativo, contando com o auxílio de Klaus Günther e Aulis Aarnio. Como justificativa para opção pela teoria dworkiana, Habermas (2020, p. 259-264) sustenta a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação, adotados pela hermenêutica filosófica, pelo positivismo jurídico e pelo realismo jurídico. Ademais, Habermas também pontua o fato de Dworkin, com sua teoria, conseguir atender, simultaneamente, aos requisitos da aceitabilidade racional e da segurança jurídica.

Habermas (2020, p. 264) irá absorver a concepção de princípios e sua aplicabilidade, através do juiz Hércules, nas decisões judiciais, bem como a estrutura do romance em cadeia, ambos conceitos trabalhados pela teoria dworkiana. Portanto, assim como o jurista americano, Habermas adotará a perspectiva de que, para um caso concreto, somente uma única decisão é

[7] A tensão entre facticidade e validade do direito reside no papel do direito enquanto agente da integração social, e reputa a existência de um sistema que fornece uma estabilização de conduta par ao entendimento dos atores sociais. A facticidade decorre de coercitibilidade do direito, a partir do recurso às sanções, ao passo que a validade está no eixo da legitimidade das normas jurídicas (HABERMAS, 2020, p. 59-62).

correta, contudo, sua ênfase se dará no viés procedimental. Logo, a referida decisão somente será "correta" se for construída procedimentalmente.

Para combater os vícios do positivismo jurídico, em especial os relacionados à produção discricionária de decisões judiciais[8], Dworkin passa a enxergar o direito como uma estrutura composta por regras, princípios e políticas. Isso repercute, em um primeiro nível, na reaproximação entre direito e moral, enquanto elementos complementares entre si, pois o primeiro decorre da moral política. Em um segundo plano, os princípios são tratados como trunfos políticos do cidadão, na forma de preceitos abstratos, de cunho moral e que contemplam ideais de justiça. São os princípios que serão empregados, como fonte argumentativa, para solução dos casos difíceis, que ocorrem quando não há norma jurídica, seja por insuficiência ou inexistência, apta à resolução da situação em análise pelo juízo[9] (DWORKIN, 2002, p. 27-34; DWORKIN, 2014, p. 612-621).

Assim, o juiz Hércules e o romance em cadeia são conceitos criados, por Dworkin, para manejar a resolução principiológica – e não política – dos casos difíceis, pois, diferentemente dos legisladores, os juízes não possuem legitimidade conferida pelo voto. A legitimidade dos juízes é argumentativa e deverá, nos casos difíceis, ser baseada sempre em princípios. Afinal, decisões baseadas em política, que visam melhorias sociais, são restritas ao legislador. Ao judiciário, nos casos difíceis, caberá se antecipar a uma possível postura do legislador, buscando fundamentos nos princípios e na própria tradição histórica na qual estão inseridos. Isso é o que permite a proteção do cidadão contra decisões discricionárias, nas quais o querer político do magistrado prepondera sobre a sociedade (DWORKIN, 2002, p. 129-133).

Competirá ao juiz Hércules elaborar uma teoria política para resolver cada caso, preenchendo o conteúdo normativo dos princípios e realizando o seu sopesamento. Ao determinar o princípio aplicável, a partir da história social, Hércules deverá alcançar a melhor interpretação que for possível a partir da comunidade na qual está inserido (DWORKIN, 2002, p. 164-170; DWORKIN, 1999, p. 404-410). De outro giro, o romance em cadeia servirá para garantir o postulado da segurança jurídica, de tal sorte que o juiz Hércules deverá reconstruir os precedentes judiciais, anteriores à sua decisão, enfrentando-os argumentativamente para

[8] Ainda que Dworkin objetive preservar a coerência e a integridade do direito, é nítido que o juiz Hércules se mostra muito mais como um elemento externo à comunidade na qual está inserido, do que, necessariamente, um membro efetivo dela. Trata-se de um juiz que aparenta ser distante da realidade e que atua como mero observador, o que se torna problemático na medida em que a representatividade do cidadão e a sua autonomia política são deslocadas para um segundo plano (PEREIRA, 2018, p. 136-137).

[9] Com efeito, o próprio Dworkin (2002, p. 41-45) considera problemática a distinção entre regras e princípios diante do caso concreto, pois é necessário identificar qual o comportamento da norma. De toda maneira, existe uma independência entre regras e princípios, a despeito de ocorrerem situações em que a primeira espécie depende da segunda.

justificar a pertinência da decisão principiológica produzida com o direito vigente (DWORKIN, 1999, p. 275-308).

Esses elementos são absorvidos de forma crítica por Habermas (2020, p. 266-280), ainda que considere os méritos da teoria dworkiana, cuja aplicação se dará, pelo frankfurtiano, como um construto teórico provisório.[10] Dworkin fornecerá para Habermas as chaves para justificação interna e externa das decisões judiciais, a primeira obtida do recurso aos princípios e a segunda, do romance em cadeia. A questão que se coloca é o grau de abstração que existe no juiz Hércules e sua sobrecarga argumentativa, pois se trata, em última análise, de um mítico julgador solipsista. Daí a necessidade de Habermas recorrer a Klaus Günther para reparar os pontos conflitantes de Dworkin e, somente assim, conseguir fechar a coerência procedimental do direito (DUTRA, 2006, p. 23-29).

Com Günther, Habermas percebe a divisão entre os discursos de aplicação e de fundamentação das normas, de modo que os primeiros tratam da adequação e os segundos tratam da validade[11]. Inicialmente, Günther (1995, p. 35-53) compreende que a jurisdição deve ser pautada por regras procedimentais que permitam o exercício da autonomia política do cidadão, garantindo a tutela de sua liberdade e de sua igualdade. Para tanto, a aplicação dos discursos de adequação se dá através de um terceiro imparcial, que é o juiz, retratado enquanto o representando do Estado, cujo dever é fundamentar sua decisão com supedâneo na participação de todos os destinatários potenciais do caso concreto.

Os discursos de fundamentação ancoram a validade das normas e são produzidos pelo legislador, enquanto os discursos de aplicação envolvem a escolha da norma mais adequada ao caso concreto, dentro do universo de normas aplicáveis *prima facie*. Esse universo é trazido ao

[10] Habermas (2020, p. 287-290) compreende que Dworkin oscila entre as perspectivas do cidadão e a de um juiz ideal, cujo privilégio cognitivo o direciona para uma solidão monológica. Por Dworkin considerar o direito como uma ferramenta de integração social, assim como próprio Habermas, é que haverá o recurso à teoria do agir comunicativo. Somente assim será possível deslocar o solipsismo de Hércules para uma perspectiva democrática da decisão judicial. Nesse ponto, inclusive, Habermas encontra eco nas críticas de Frank Michelman à teoria dworkiana, que considera Hércules demasiadamente heroico e incapaz de dialogar com outra pessoa além de si mesmo e dos seus livros. Essa perspectiva solipsista se torna problemática na medida em que a própria sociedade civil é deixada de lado no processo decisório, já que Hércules será responsável por interpretar, como um observador paternalista, aquilo que deveria ser objeto de discussão pela opinião pública.

[11] Günther (1989, p. 157) justifica a necessidade de separar os discursos, consoante explicado, pois não existem normas perfeitas, já que não há tempo suficiente para que haja uma ampla e universal justificação quanto a todas as possíveis circunstâncias de aplicação de uma norma dentro de um processo judicial. Assim, o poder judiciário trabalha com normas válidas – produzidas pelo legislador –, sendo a discussão direcionada para identificar qual a norma mais adequada ao caso concreto sob análise. Ademais, essa divisão de discursos é reforçada, em especial, no âmbito dos casos difíceis, pois o judiciário praticará, efetivamente, um discurso de fundamentação, razão pela qual, além da ampla participação procedimental, faz-se necessária a produção de uma argumentação jurídica robusta, pelo julgador, para convencer as esferas públicas (HABERMAS, 2020, p. 555). Por fim, vale destacar que Habermas não adota integralmente a teoria de Günther, pois entende que não se pode deslocar, totalmente, a problemática da aplicação do direito para os casos concretos, sob pena de violar a segurança jurídica (DUTRA, 2006, p. 26).

processo mediante a argumentação jurídica desempenhada pelos destinatários da decisão, considerando todas as circunstâncias e particularidades do caso concreto. É essa a solução encontrada por Günther (2011, p. 407-421) para resolver a indeterminação do direito.

Assim, ancorado em Dworkin e em Günther, o frankfurtiano finda em um modelo de decisão no qual a tensão entre facticidade e validade é solucionada nos processos de aplicação do direito. Essa tensão é desdobrada na necessidade das decisões serem corretas e consistentes, no sentido de atenderem tanto à legitimidade, pela participação dos seus destinatários, quanto pela satisfação da segurança jurídica. Com efeito, Habermas usará da teoria de Günther para propor que a única decisão possível, tratada por Dworkin, é aquela que é construída procedimentalmente através do processo judicial[12] (DUTRA, 2006, p. 18-19; SIMIONI, 2007, p. 200-203).

Pela reconstrução engrenada pelo frankfurtiano, o juiz Hércules de Dworkin se colocará ao diálogo, abandonando sua postura solipsista. A ideia de Habermas é utilizar do conceito de *status activus processualis* de Häberle para sinalizar uma abertura argumentativa do poder judiciário. Logo, considerando o uso público da razão no âmbito do direito processual, todos os destinatários da decisão judicial deverão participar, procedimentalmente, da sua construção. A intenção é assegurar a aceitação racional da decisão judicial, que será produzida pela vitória do melhor argumento, o que pode ser controlado através da fundamentação da decisão, enquanto condição inexorável do discurso jurídico[13] (HABERMAS, 2020, p. 289-295).

Dessa maneira, Habermas (2020, p. 302-306) propugna que o conteúdo das decisões judiciais seja proveniente dos atores processuais, os quais veiculam argumentos que englobam elementos sociais, temporais, objetivos e institucionais. De outro lado, essa argumentação deverá ser livre de influências discursivas externas ao processo judicial. Levando em conta esses elementos, o frankfurtiano conclui que as decisões judiciais deverão atender a dois postulados. No primeiro, as decisões judiciais devem ser corretas, o que se dá pela sua construção argumentativa em parceria com os seus destinatários, conferindo legitimidade ao

[12] Isso se dará pela aplicação do princípio do discurso como forma de superar a indeterminação do direito, garantindo a justificação interna da decisão pelo romance em cadeia, o que possibilita, de outro giro, na perspectiva externa, a avaliação da coerência dos argumentos empregados. Nesse momento, Habermas empregará a teoria de Günther para solucionar o alto grau de abstração do juiz Hércules de Dworkin, chegando na ideia de que a única decisão correta é aquela produzida procedimentalmente (HABERMAS, p. 266-282)

[13] Habermas absorve essa perspectiva de Aulis Aarnio, fazendo um contraponto com a obra de Owen Fiss. Aarnio (1987, p. 186-192) traz a perspectiva da fundamentação da decisão judicial como um elemento essencial e redunda na legitimidade da interpretação judicial. De seu turno, Fiss (2007, p. 201-226) sustenta que a legitimidade decorre dos *standards* decisórios, enquanto padrões empregados pelos juízes. Ademais, a opção teórica adotada por Habermas implica na refutação da tese do caso especial de Robert Alexy (DUTRA, 2006, p. 27-30).

julgado. No segundo, as decisões judiciais devem ser consistentes, pois necessitam ter um nexo de pertinência com o ordenamento jurídico, o que configura a segurança jurídica.

Ao trazer à baila esses dois itens, Habermas (2020, p. 303-305) exige elementos do direito processual a satisfação simultânea da legitimidade e da segurança jurídica. Se, no nível da decisão, a validade tensiona a correção, no nível do processo judicial, será necessária a garantia de um procedimento argumentativo. Já a facticidade, no nível da decisão, envolve a consistência e a segurança jurídica, logo, o processo civil deverá ser um procedimento regulado, mediante a institucionalização do discurso jurídico, o que se dá pela definição dos ritos processuais. Por fim, a decisão produzida poderá ser objeto de autorreflexão, que nada mais que é o manejo da via recursal, devolvendo a questão para análise nas instâncias superiores.[14]

Com a satisfação das exigências mencionadas para o direito processual, o exercício da jurisdição passa a ser amparado na soberania popular, em uma ótica democrática, tendo como seu representante a figura do magistrado, que atua na condição de terceiro imparcial. O papel do direito processual está na institucionalização dos procedimentos para verificação dos fatos e para valoração das prova produzidas. Ao cabo, a decisão judicial também pode ser objeto de análise, a partir de sua fundamentação, pelas esferas públicas que compõem a sociedade civil (HABERMAS, 2020, p. 302-306; GÜNTHER, 1995, p. 51-52).

Satisfeita essa etapa inicial, com uma breve análise da teoria da decisão de Habermas, o próximo passo será analisar como o direito processual civil brasileiro cumpre os requisitos tracejados pelo frankfurtiano. Assim, será possível realizar uma reconstrução do próprio processo civil por intermédio dos postulados da teoria do agir comunicativo, sem que isso redunde em uma eticização do processo[15].

3 A INTERFACE ENTRE O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS

[14] Ainda que Habermas (2020, p. 159) visualize a aplicação do direito como uma forma de discurso jurídico institucionalizado, cumpre salientar que o frankfurtiano não realiza aprofundamentos sobre sua teoria da decisão. Se olhado em uma perspectiva simplista, Habermas nada mais faz do que reconstruir a teoria da integridade de Dworkin através do agir comunicativo (COELHO, 2013, p. 338-339), o que, de maneira alguma, prejudica o recurso teórico ao que foi produzido pelo frankfurtiano. Por ter se dedicado aos estudos sobre o estado pós-nacional e as relações internacionais, Habermas (1998, p. 170-171) acaba deixando os escritos sobre filosofia do direito em segundo plano, o que justifica uma ausência de continuidade quanto à teoria de decisão procedimental.

[15] A despeito de não mencionar expressamente a eticização processual, Habermas reconhece que, no processo judicial, existem espaços para atuação estratégica das partes. A grande questão é identificar quais são os tipos de agir estratégico que são tolerados e quais são aqueles que devem ser combatidos.

Dando prosseguimento ao objetivo de reconstruir o devido processo legal, com suporte do projeto habermasiano, a presente seção estará ocupada de analisar o instituto jurídico mencionado, em conexão com as diretrizes sobre decisão judicial descritas acima. No percurso adotado, será feita uma passagem nos estudos da Escola Mineira de Processo, enquanto representante do estado da arte na interface entre o direito brasileiro e a obra de Habermas. Cumpre salientar que, nessa seção, serão discutidos, de forma incipiente, institutos do direito processual civil, na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015. Não será feito um aprofundamento mais detalhado dos institutos processuais, consoante não ser o objeto direto desta pesquisa.

O devido processo legal corresponde a um princípio constitucional, contido no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e orienta como se dará, de um lado, o processo legislativo e, de outro, como será a aplicação do direito no âmbito da jurisdição – daí se falar na figura de um devido processo constitucional[16] (CAVALCANTI, 2019, p. 383-385). Ao ser aplicado no exercício jurisdicional, o devido processo legal tem como conteúdo o mínimo de elementos para o exercício de um processo justo, que é um direito do cidadão (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 765-772). Essa percepção gera uma série de institutos, como a cooperação processual, a boa-fé processual[17] e o contraditório substancial[18], orientando a maneira de agir na sistemática processual[19].

---

[16] Tratam-se das duas dimensões do devido processo legal, a primeira processual e a segunda substantiva. Na dimensão do processo, é necessário aplicar o devido processo legal a todos os atos realizados, sejam eles legislativos, administrativos ou judiciais, garantindo que as formas de execução e procedimentos adotados estejam em conformidade com as leis. Em outra perspectiva, na dimensão substantiva, quando aplicada no poder judiciário, há a necessidade de garantir que o exercício da jurisdição esteja em conformidade com a Constituição, protegendo efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos contra qualquer violação (SILVEIRA, 2019, p. 198-202).

[17] A boa-fé processual é um princípio fundamental que fornece o pressuposto ético e direciona a conduta dos sujeitos processuais, sendo uma consequência do devido processo legal. Com previsão no art. 5º do Código de Processo Civil, a boa-fé processual conduz a uma rede de obrigações recíprocas de lealdade, com punição a prática de atos desleais. É esse princípio que guia o processo para alcançar a verdade possível, dentro dos limites da produção probatória, contribuindo para a segurança jurídica ao coibir comportamentos dolosos e estabelecer deveres cooperativos entre as partes do processo. Sua aplicação é flexível e suas consequências podem variar, dependendo do caso em análise pelo juiz. Quando há violação da boa-fé processual, é possível que sejam cominadas sanções como a preclusão de poderes processuais, indenização por danos causados, medidas inibitórias, medidas disciplinares ou até mesmo a nulidade do ato praticado. (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 135-139; MAZZOLA, 2017, p. 73-75; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 467-470).

[18] O princípio do contraditório se divide em duas dimensões: a primeira, de ordem formal, envolve o direito de participar de todos os atos processuais, enquanto a segunda, de ordem substancial diz respeito ao direito de influenciar a formação da decisão judicial. Ademais, o princípio do contraditório está associado à divisão do ônus probatório, que deve ser adequada à situação do direito material, permitindo que a produção de provas seja adaptada ao caso em questão, o que modifica o dever de provar as alegações em juízo (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 91-92).

[19] Além dos institutos mencionados, também podem ser associados à cooperação processual e o devido processo legal a figura da carga dinâmica do ônus da prova, os deveres cooperativos do magistrado e o saneamento compartilhado (PEREIRA, 2018, p. 161-170). Como explicado outrora, não será feito nenhum aprofundamento sobre os institutos, ante o espaço limitado e por fugirem à problemática da pesquisa. Todavia, não se pode duvidar

Afinal, para que o devido processo legal seja concretizado, é essencial que haja cooperação e boa-fé processual entre todas as partes envolvidas no processo, incluindo magistrados, tribunais e terceiros. A boa-fé processual estabelece um conjunto mínimo de condutas que devem ser adotadas para garantir que o processo cumpra sua finalidade de produzir uma decisão justa e adequada, sem exigir comportamentos processuais improváveis das partes e sem impor uma eticização do processo.

De outro giro, o princípio do contraditório está situado no art. 7º do Código de Processo e se baseia no ideário democrático que deve animar o processo jurídico. Trata-se da garantia de influência na formação da decisão judicial, que substitui a bilateralidade de participação em audiência no princípio do contraditório, tornando a relação processual argumentativa, isonômica e igualitária. Aliada à igualdade de armas, ao ser adotada como viga mestra no debate entre partes, julgador e terceiros, essa perspectiva confere a possibilidade da parte influenciar a decisão do julgador, o que impede decisões surpresas – que são vedadas pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil[20] – e garante a cooperação processual e o devido processo legal. Dessa maneira, o contraditório, na modalidade substancial, requer que o magistrado aja em diálogo com as partes, discutindo a condução do processo e as questões fáticas e jurídicas relevantes para a formação da decisão (NUNES, 2008, p. 224-249).

A fundamentação da decisão, enquanto direito fundamental do cidadão decorrente do devido processo legal, é o mecanismo de controle e de garantia do contraditório substancial, já que viabiliza a compreensão de como cada elemento processual foi valorado pelo julgador (MOTTA, 2015, p. 156-158; DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 471-472). Nesses termos, há o dever do poder judiciário de apresentar argumentos sólidos para as partes e para a sociedade. Afinal, a legitimidade[21] de uma decisão judicial depende do controle exercido por meio da exposição de fundamentos, que devem ser construídos de forma comparticipativa junto às partes, o que

que todos esses institutos contribuem para que o processo civil brasileiro, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, cumpra os requisitos habermasianos de um procedimento argumentativo e regulado.

[20] Decisões surpresa são aquelas proferidas sem a prévia manifestação das partes, também denominadas de decisões por emboscada. Caso sejam produzidas, essas decisões violam a cooperação processual, em especial, os deveres de consulta e esclarecimento judicial do julgador, que deve submeter as questões processuais e materiais para análise das partes antes de decidir. (NUNES, 2008, p. 224-229)

[21] A própria racionalidade da decisão judicial baseia-se na relação entre arbitrariedade e justificação, utilizando como referência o ordenamento jurídico e permitindo uma análise cuidadosa do caso, com o reconhecimento de todos os atos processuais realizados e argumentos veiculados pelas partes, os quais devem ser enfrentados pelo julgador. Logo, para fornecer uma fundamentação adequada, o juiz deve identificar e aplicar individualmente as normas pertinentes com base nos fundamentos jurídicos trazidos pelas partes, analisar as alegações de fato de acordo com o que foi apresentado e atribuir uma qualificação jurídica ao conjunto fático. Em seguida, o julgador deve apresentar as consequências decorrentes dessa qualificação, considerando o contexto da relação entre implicação e coerência e, finalmente, justificar os enunciados com base nos critérios identificados ao longo do processo, confrontando-os com as informações expostas pelas partes (KOCHEM, 2016, p. 481-484).

diminui o risco de arbitrariedades. Através da fundamentação, evita-se a possibilidade de tomadas de decisão baseadas em critérios subjetivos e se busca construir uma resposta adequada por meio do diálogo entre as partes envolvidas e o julgador (SCHMITZ, 2016, p. 411-418).

Em uma leitura procedimental[22], a cumulação do devido processo legal com a cooperação processual e seus institutos enseja o cumprimento dos requisitos da teoria de Habermas, conduzindo para a produção comparticipativa de decisões judiciais coerentes, consistentes e imparciais. A cooperação processual equilibra a relação processual, através da divisão de trabalho entre todos os atores processuais, promovendo um processo justo e cooperativo. Nesse policentrismo, não há predominância de um sujeito processual, pois todos devem cooperar com o processo, dentro de seus papéis (PEREIRA, 2018, p. 155-160; NUNES, 2008, p. 215-217).

A interface entre a teoria de Habermas e o direito processual brasileiro, tomando o devido processo legal como base, encontra guarida na Escola Mineira de Processo, notadamente nos trabalhos de Marcelo Cattoni, Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron[23]. Trata-se de uma corrente teórica que busca uma leitura constitucional e procedimental do processo civil, com ênfase na construção dialógica da decisão judicial. A Escola Mineira de Processo também é conhecida como Escola Habermasiana de Processo e representa uma nova visão da dogmática processual (JOBIM, 2014, p. 91-92).

Marcelo Cattoni (2016, p. 167-168) alinha a argumentação jurídica com o contraditório comparticipativo, pois os destinatários do processo judicial tem a garantia de participação na formação da decisão[24]. De seu turno, essa garantia é o que forma as condições mínimas de

[22] Trata-se de uma terceira dimensão do devido processo legal, que é estudada por Marcelo Cattoni, a partir de uma lente habaermasiana, e que se refere ao procedimento adotado pelo ente público na produção de decisões vinculantes. Nessa abordagem, o devido processo procedimental vai além de uma perspectiva formal, atuando tanto como um limite para o poder jurisdicional quanto como um instrumento processual para o exercício da jurisdição de forma justa e adequada (OLIVEIRA, 2019, p. 151-167). Com efeito, ao pensar na teoria do direito processual, a cooperação processual é vista como uma terceira via para além dos modelos dispositivo e adversarial, permitindo, enquanto instrumento de concretização do devido processo legal, sua associação ao modelo procedimental habermasiano (PEREIRA; BARROS, 2021, p. 530-532). Daí que se justifica a percepção de que o procedimentalismo, enquanto terceira via proposta por Habermas aos paradigmas de Estado liberal e social, encontra uma inserção no âmbito processual por intermédio da cooperação.

[23] A Escola Mineira de Processo tem sua origem está nos programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e apresenta outros integrantes além daqueles mencionados. Esse movimento tem sua origem com Aroldo Plínio Gonçalves, cujos estudos de direito processual fornecem uma perspectiva próxima daquilo que se entende por contraditório por influência. Todavia Marcelo Cattoni e Flaviane Magalhães são os responsáveis pela inserção da teoria habermasiana nos estudos da Escola. Por fim, Rosemiro Pereira Leal abre divergência com os demais membros da Escola, pois abandona a matriz habermasiana, passando a empregar a obra de Karl Popper como fundamento filosófico.

[24] Cattoni (2016, p. 166-167) adota uma concepção que não faz uma distinção teleológica entre processo e procedimento, nem considera o primeiro como uma relação jurídica ou o segundo como uma forma. A escolha é por uma abordagem habermasiana, entendendo o procedimento como uma categoria mais ampla e o processo como uma subcategoria. Os procedimentos abrangem os atos preparatórios que são vinculantes para o Estado e têm o

aceitabilidade racional para o processo judicial, que deverá ser um procedimento discursivo. Trata-se de uma leitura procedimental[25], pois o direito, como prática social, ultrapassa os elementos herméticos dos paradigmas jurídico e liberal, exigindo uma nova compreensão da legitimidade das decisões judiciais. Assim, o devido processo legal assegura, a partir de uma série de direitos e garantias fundamentais, dele decorrentes, a construção argumentativa da decisão judicial, o que afirma tanto a coerência normativa da decisão quanto sua aplicabilidade ao caso em análise (OLIVEIRA, 2016, p. 151-152).

Dando prosseguimento aos estudos sobre o exercício do contraditório, Dierle Nunes resgata as questões lançadas no início da Escola Mineira de Processo, em especial, avançando na análise daquele instituto como cooperação processual ou comparticipação. Sua abordagem parte da abertura do processo civil para repensar o exercício da jurisdição com base na teoria do direito, no direito constitucional e na filosofia do direito. A ideia é garantir um maior lastro democrático às decisões produzidas pelo poder judiciário, além de permitir a proteção de minorias, o que desenha uma função contramajoritária para o exercício jurisdicional.

Nunes (2008, p. 254-258) argumenta, dentro da perspectiva procedimental habermasiana, que os princípios constitucionais fornecem uma base normativa e corretiva. Isso permite que todos os participantes do processo exerçam as autonomias pública e privada, independentemente de sua parcialidade, uma vez que os argumentos normativos apresentados no espaço do processo podem servir como fundamentos para as decisões. Essa visão conduz a um modelo processual policêntrico, alinhado ao princípio democrático de Habermas, que prevê a participação de diversos protagonistas na produção das decisões judiciais, desde que atuem de forma técnica, racional e responsável, como sujeitos processuais.

De acordo com Alexandre Bahia (2012, p. 103-104), a inserção do construto procedimental é imbricada na figura do Estado Democrático de Direito[26], dado que a

poder de gerar efeitos jurídicos, incluindo provimentos legislativos, judiciais e administrativos. Por outro lado, o processo é um procedimento que envolve a participação dos interessados, que são os seus destinatários, na elaboração dessas provisões. De outro giro, Cattoni (2014, p. 207-214) elenca os direitos fundamentais como condicionantes da formação do consenso racional na gênese democrática do Direito, por intermédio da institucionalização de normas de agir, os quais são garantidos através do exercício da jurisdição.

[25] Cattoni emprega a teoria do discurso para abordar a tensão entre facticidade e validade dentro do contexto da integração social promovida pelo direito. Ele utiliza esse conceito como um norte para discutir, em última instância, a legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis. O uso de Habermas é justificado pela compatibilidade de sua proposta procedimental com os princípios do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA, 2016, p. 208-212).

[26] O Estado Democrático de Direito possui pressupostos distintos daqueles adotados pelo Estado de Direito que o precedeu, sendo possível analisá-lo sob os paradigmas social e liberal previamente descritos por Habermas. No entanto, o Estado Democrático de Direito enfrenta desafios específicos, como o risco de fechamentos tecnocráticos e a presença de diferentes concepções de vida que, por vezes, revelam-se incompatíveis entre devido ao pluralismo. Nesse contexto, é necessário redefinir conceitos como Estado, soberania popular, democracia, cidadania, público e privado. Isso motiva a importância de defender a existência de direitos individuais, cujo reconhecimento e

Constituição Federal de 1988, sob a influência dos constitucionalismos português e espanhol, se projeta para além dos paradigmas liberal e social, fazendo uma releitura de ambos. Isso demonstra a escolha do constituinte em equilibrar os princípios liberais e republicanos, com a intenção de consolidar a opção democrática[27]. Daí a viabilidade da proposta de Cattoni (2016, p,159-164), pela adoção de uma teoria discursiva da Constituição, no direito brasileiro, com o afã de equilibrar os direitos fundamentais e a soberania popular, nos sentidos constitucional e jurisdicional, de implementar um modelo dialógico de construção da decisão.

Dito isso, mesmo que o Brasil não adote um modelo de democracia deliberativa[28], é incontestável que as contribuições de Habermas podem contribuir para repensar criticamente o direito brasileiro, dada sua natureza normativa. Nesse sentido, o paradigma procedimental desenvolvido por Habermas oferece uma base teórica que permite ponderar a forma como a legitimidade deve ser abordada, especialmente na construção de consensos entre os cidadãos, um elemento essencial no contexto do pluralismo jurídico. Por esse motivo, há evidências de que pelo menos parte do arcabouço conceitual de Habermas pode estabelecer um diálogo com o direito brasileiro.

O único cuidado que se deve ter com a proposta habermasiana diz respeito a uma possível eticização do processo, já que não se pode esperar que as partes ajam comunicativamente entre si. A cooperação processual se espraia em diversos institutos acima mencionados, os quais contemplam um elemento discursivo, impondo deveres e ônus comparticipativos entre os sujeitos processuais. Ainda que sejam criadas esferas de limitação ao agir estratégico e de estímulo ao agir comunicativo[29], não se pode perder de mira que existem interesses colidentes, dado que o processo é baseado na existência de uma lide.

---

efetivação são fundamentais para garantir a construção das autonomias privada e pública dos cidadãos (BAHIA, 2004, p. 314-315).

[27] O processo de redemocratização exige a utilização de um modelo que garanta os direitos próprios do republicanismo, ao mesmo tempo em que defende vigorosamente as liberdades individuais que foram anteriormente restringidas durante o período militar. No entanto, é importante ressaltar que o próprio sistema jurídico brasileiro anterior era carente dessas manifestações, o que não implica necessariamente na existência de um abismo entre os paradigmas mencionados anteriormente ou em sua completa abolição no contexto atual.

[28] Insta salientar que, a despeito do trabalho identificar a potencial aproximação e interface entre a teoria habermasiana e o direito brasileiro, existem, na doutrina, críticas quanto a viabilidade dessa empreitada, ante a suposta incompatibilidade do pensamento habermasiano com os contextos jurídico, social, político e econômico do Brasil. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2008, p. 252-253) sintetiza esses elementos, respondendo que a realidade brasileira não gera qualquer impedimento para a concepção de unversalidade trabalhada por Habermas, consoante sua teoria trazer condições ideias. Se os elementos teóricos que Habermas adota fossem tomados como algo transcendental, sua teoria seria inaplicável em qualquer lugar do mundo. Não obstante, existem pessoas em condições de hipossuficiência e minorias mesmo em países desenvolvidos. A aposta no emprego de Habermas está nos potenciais críticos e cognitivos que a sua teoria pode trazer ao direito brasileiro, notadamente, quanto à melhoria das instituições, na ampliação da democracia e na redução das marginalizações sociais.

[29] De um lado, o contraditório substancial, o saneamento compartilhado e os meios adequados de resolução de conflitos são exemplos de estímulos do agir comunicativo, sem que se prenda a uma eticização processual. De outro lado, são exemplos de limitação ao agir estratégico a vedação às decisões por emboscada, as regras de

Inclusive, o próprio Habermas (2020, p. 306) admite que o processo judicial abre certa margem, ainda que limitada, para o agir estratégico.[30] Na realidade, a cooperação processual deverá ser da comunidade de trabalho com o próprio processo e não das partes, necessariamente, entre si, ou obrigatoriamente com o juízo, no sentido de deveres ou condutas que devem ser exigidas, a partir de suas posições, em relação aos outros, no processo. O critério deverá ser a posição subjetiva, pela qual se pode valorar, a partir das próprias regras processuais, as condutas das partes (FERNANDES; PEDRON, 2007, p. 51-52). Deverá ocorrer, no âmbito do processo policêntrico e comparticipativo, um compromisso das partes, dos terceiros e do julgador com o processo civil, nos termos de uma boa-fé controlada normativamente (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 299).

Ou seja, todas as práticas, ainda que configurem agir estratégico, caso não incorram no exercício abusivo de direitos ou acarretem prejuízos, podem ser realizadas – caso seja configurada uma prática dolosa e abusiva do respectivo sujeito, lhe será imposta a sanção correspondente, prevista pela legislação processual. Na realidade, Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 467) associam a eticização processual a uma patologia característica do superdimensionamento da instrumentalidade processual, deslocando o eixo procedimental para uma cariz inquisitorial, tornando o juiz um verdadeiro censor do comportamento das partes[31]. Com efeito, o processo deve ser um espaço para prevalência de teses jurídicas e não para a produção de prejuízos para as partes, já que o próprio procedimento processual é, por si só, um ponto de consenso (RANGEL, 2016, p. 294).

Em síntese, para que as partes possam contribuir argumentativamente na construção da decisão em conjunto com o juiz e exercer o contraditório de forma efetiva, é necessário que atentem para a cooperação processual. É por meio das questões levantadas pelas partes que a legitimidade procedimental da decisão de mérito é estabelecida, e a participação nesse jogo

suspeição e impedimento do juiz, a decretação de nulidade das decisões não fundamentadas, as sanções por litigância de má-fé e condenação dano processual, o abuso de direito, as tentativas de fraudar a execução e a multa por interposição de recurso meramente protelatórios.

[30] Habermas (2020, p. 295-299) reforça esse argumento ao criticar a tese do caso especial de Robert Alexy e defender que, na realidade, o processo deve ser efetivado como um procedimento argumentativo no qual ocorre a busca cooperativa pela verdade. Afinal, a decisão é construída pelas contribuições discursivas das partes, as quais são direcionadas ao juízo imparcial do julgador – encarado, nesse item, não como sujeito processual, mas sim como estado-juiz, já que a jurisdição é exercida a partir do devido processo legal.

[31] Ronaldo Brêtas Dias (2018, p. 227) afirma que a cooperação processual não pode ser vista como um companherismo processual e nem o juiz deve ser visto como um terapeuta social, sendo exigido, minimanete, um comportamento adequado à resolução das controvérsias em análise. De igual maneira, Nunes, Bahia e Pedron (2020, p. 300) também são críticos de uma romantização da cooperação processual, enquanto uma solidariedade processual utópica, pois, na realidade, as partes desejam ganhar, ao passo que o juiz deseja diminuir o número de processos pendentes de julgamento. Os referidos juristas também criticam o viés puramente colaborativo, no qual a cooperação é resumida à simples cooperação das partes com o magistrado.

argumentativo pressupõe o cumprimento do devido processo legal como um requisito pragmático do processo civil. Além disso, existem evidências de que a busca cooperativa pela verdade, mencionada por Habermas ao abordar o discurso jurídico, guarda semelhanças com aquela definida pelo Código de Processo Civil. Dito isso, a próxima etapa da pesquisa estará debruçada sobre a reconstrução da cooperação processual a partir dos elementos teóricos do agir comunicativo.

4 O DISCURSO JURÍDICO INSTITUCIONALIZADO E A RECONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRESSUPOSTO PRAGMÁTICO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A compreensão de uma teoria discursiva e procedimental do processo precisará, sob um julgo habermasiano, satisfazer dois requisitos distintos, um direcionado para a fundamentação interna da decisão e outro para a fundamentação externa. O primeiro advém da formação procedimental do direito, ao passo que o segundo consiste na vitória do melhor argumento perante um juízo imparcial. Empregando o procedimentalismo habermasiano no direito processual, é possível visualizar o processo como um ambiente favorável à argumentação jurídica, de modo que as normas processuais se comportam como normas procedimentais em um sentido discursivo (BAHIA, 2004, p. 349).

Na visão de Habermas (2020, p. 303), o direito processual ordena e programa o jogo argumentativo que é desempenhado na formação da sentença. O direito processual civil é tanto imanente quanto transcendente, pois tem como função compensar a incerteza das relações comunicativas, por intermédio de regras e princípios que concedem legitimidade aos discursos de validade e de aplicação das normas (BAHIA, 2004, p. 350-352). A decisão produzida procedimentalmente pode trazer melhorias para o próprio direito, ante a sistemática de precedentes judiciais[32] – a qual, no direito brasileiro, decorre do Código de Processo Civil de 2015.

Para efetivar a programação dos jogos argumentativos, Habermas (1989, p. 118-120) recorre a um conceito denominado de pressuposto pragmático da argumentação, que serve de

[32] Há uma aproximação, nesse ponto, com o pressuposto da coerência habermasiano, a partir do qual "as interpretações dos casos particulares, cumpridas à luz de um sistema coerente de normas, dependem da forma de comunicação de um discurso cuja constituição sócio-ontológica permite que a perspectiva dos participantes e a perspectiva dos parceiros do direito não implicados, representadas por um juiz imparcial, possa se transformar uma na outra. Essa circunstância explica também por que o conceito de coerência, exigido para as interpretações construtivas, não se deixa abarcar por caracterizações puramente semânticas, remetendo-nos a pressupostos pragmáticos de argumentação" (HABERMAS, 2020, p. 296-297).

fundamento para a ética do discurso, entregando as regras mínimas para a atividade discursiva. Essas regras embasam as fundamentações das normas de ação formuladas, pois orientam a argumentação, sem interferir no seu conteúdo e são aceitas pelos participantes, pois o próprio ato argumentativo já implica, automaticamente, a sua aceitação.

No âmbito do direito processual, o pressuposto pragmático da argumentação jurídica é o devido processo legal, que, consoante já explicado anteriormente, é o médium linguístico-jurídico que fundamenta, procedimentalmente, os processos judicial, legislativo e administrativo. Isto posto, a aplicação democrática do direito deverá ser pautada pelo devido processo legal, enquanto pressuposto de coerência, e pelos instrumentos dialógicos dele decorrentes, a exemplo da cooperação processual e do contraditório substancial.

Quando a discussão em tela é trazida para o direito brasileiro, o que se verifica é uma constitucionalização e democratização do direito processual civil, que se reflete tanto como uma garantia quanto como um instrumento de participação ativa do cidadão. Ou seja, o devido processo legal, enquanto direito fundamental, é um princípio a serviço da soberania popular. E, com efeito, cabe ao direito processual civil concretizar as normas constitucionais, fornecendo os instrumentos para efetivação do devido processo legal (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 122-123; DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 159-160).

Todos esses elementos apontam para uma identidade do direito processual com o princípio do discurso[33] de Habermas. As instituições participativas do processo, que surgem do devido processo legal e são materializadas pela cooperação processual, garantem o cumprimento dos requisitos necessários para a produção de decisões corretas, coerentes e que permitem uma argumentação livre dentro dos princípios e regras processuais estabelecidas[34]. Ademais, o devido processo legal é, por si só, um dos direitos fundamentais previstos por

[33] O princípio do discurso fundamenta as normas de ação com base em condições mútuas de reconhecimento comunicativo, e corresponde, na realidade, ao próprio princípio moral. Isso implica que, na estrutura semântica do princípio do discurso, estão incluídas todas as proposições normativas e expectativas de comportamento generalizadas que têm o poder de regular condutas com base no entendimento mútuo. O desenvolvimento do princípio do discurso ocorre de forma argumentativa por intermédio das obrigações ilocucionárias recíprocas. Trata-se de uma reconstrução do imperativo categórico de Kant, não sendo visto apenas como uma máxima de ação, mas sim como um fundamento para normas que possuem legitimidade universal. Há uma distinção entre as normas que todos podem desejar e aquelas que são indesejáveis (HABERMAS, 2020, p. 156-159). Habermas (2020, p. 155) expressa esse princípio da seguinte maneira: "São válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais".

[34] Em outras palavras, é por meio dessa linguagem reflexiva, derivada do devido processo legal, que o processo civil se torna um espaço para a reconstrução e reafirmação do direito, consoante o princípio do discurso ter uma neutralidade deontológica, decorrente da procedimentalidade do contraditório, da isonomia e da ampla defesa (LEAL, 2017, p. 149-172).

Habermas, como consectários da consideração da pessoa como sujeito de direito e realização da autonomia política[35].

Em síntese, o devido processo legal, como pressuposto pragmático da argumentação jurídica e alicerce fundamental do processo civil, desempenha o papel crucial de estabelecer as condições procedimentais mínimas para o discurso jurídico, que se desenvolve como um discurso institucionalizado[36]. Isso possibilita a reconstrução[37] do modelo processual brasileiro, a partir dos elementos da teoria do agir comunicativo. Em outras palavras, a cooperação processual, enquanto instrumentalização infraconstitucional do devido processo legal, pode ser considerada como uma potência emancipatória.

A cooperação processual, como norma fundamental, direciona a condução do processo civil, tanto no aspecto comportamental da comunidade de trabalho quanto na aplicação dos demais institutos processuais. Portanto, cabe aos sujeitos processuais colaborar com o processo, a fim de buscar a "verdade" ou a "resposta correta" que será expressa por meio de uma decisão judicial construída de forma procedimental. Nesse sentido, é necessário discutir as

[35] O devido processo legal se enquadrada na terceira das cinco categorias de direitos fundamentais descritas por Habermas e que permitem ao direito ser o médium da integração social, a partir da tensão entre direitos humanos e soberania popular. A primeira categoria de direitos garante a maior medida que for possível de liberdades subjetivas de ação. A segunda categoria confere ao cidadão o papel de um parceiro do direito na construção das normas jurídicas. A terceira categoria compreende os direitos de postulação jurisdicional de direitos e proteção judicial. A quarta categoria trata dos direitos de participação no processo de formação de opinião na criação do direito. A quinta e última categoria trata dos direitos necessários à satisfação do mínimo existencial nos níveis social, técnico e ecológico (HABERMAS, 2020, p. 171-173).

[36] Como nas relações discursivas em que há um conflito de interesses entre os participantes, é necessário estabelecer um consenso mínimo em relação à vontade, daí a necessidade de institucionalização do discurso, o que ocorre precisamente nos discursos jurídicos. Por meio da institucionalização, são estabelecidas as regras procedimentais que permitem o desenvolvimento do discurso de acordo com a ação comunicativa (HABERMAS, 1993, p. 15-17). A institucionalização discursiva também é uma característica da reconstrução procedimental do sistema de direitos, que enfatiza a igualdade de oportunidades de expressão no discurso institucionalizado, sob o princípio da democracia. Internamente, a argumentação no discurso institucional é guiada pelo princípio moral do discurso (HABERMAS, 2020, p. 159). Dessa forma, o processo judicial de Habermas pode ser considerado uma forma de discurso institucionalizado, no qual os interesses conflitantes das partes litigantes são reconciliados por meio do sistema jurídico, baseado em princípios constitucionais. Procedimentalmente, o processo judicial tem o potencial de se aproximar, idealmente e por meio das regras institucionalizadas, de uma situação ideal de fala. Afinal, as regras procedimentais geram um grau zero de equidade argumentativa entre os participantes.

[37] A reconstrução é o método empregado por Habermas no desenvolvimento de suas pesquisas. A aplicação da dita metodologia ocorre em duas etapas, começando pela reconstrução do conhecimento intuitivo daqueles que participam das interações sociais. Esse conhecimento deve ser abordado a partir da perspectiva do participante e ser transformado em um conhecimento teórico que busca a verdade e pode ser testado empiricamente. Na segunda etapa, são elaboradas teorias gerais que explicam a lógica interna e a dinâmica histórica dos padrões de racionalidade previamente identificados. A reconstrução da Teoria Crítica analisa os processos sociais mais amplos em suas dimensões social e racional, buscando identificar possíveis elementos emancipatórios para lidar com os fatores coercitivos presentes nas sociedades capitalistas. A ideia de emancipação, nesse contexto, está ligada à necessidade de autonomia no processo discursivo, fundamentado na racionalidade comunicativa, que se apresenta como um potencial real de transformação com base no que é possível no presente. Trata-se, portanto, de uma emancipação que busca uma comunicação livre de qualquer elemento coercitivo, seja externo ou interno, interpessoal ou intrapsíquico, entre os interlocutores (REPA, 2008, p. 178-180; NOBRE; REPA, 2012, p. 18; REPA, 2021, p. 28-30).

consequências dessa abordagem discursivo-comunicativa da teoria processual para a situação atual do processo civil brasileiro, especialmente em relação aos possíveis benefícios em termos de legitimidade das decisões judiciais.

Afinal, o processo judicial é uma manifestação da racionalidade coletiva, em que a decisão é alcançada por meio de um intercâmbio argumentativo e cooperativo, pelo qual se dá um amplo debate das questões fáticas e jurídicas. Ao final do processo, cabe ao julgador tomar uma decisão com base nas premissas apresentadas por cada uma das partes, chegando a uma conclusão materializada na decisão final de mérito. Essa abordagem discursiva e cooperativa do processo está em consonância com as exigências do Estado Democrático de Direito, no qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas em uma legitimidade que surge a partir da participação integral de todos os interessados nos procedimentos deliberativos (GÓES, 2013, p. 217-220).

Os destinatários da decisão têm a oportunidade de contribuir discursivamente, de maneira cooperativa, com sua visão sobre o assunto, o que se torna ainda mais relevante em demandas coletivas, ações de controle de constitucionalidade ou casos difíceis. Somente dessa forma é possível alcançar, para os membros da comunidade de trabalho, uma decisão correta, consistente e procedimentalmente adequada, conforme preconizado pelo paradigma de Habermas.

A formulação de uma jurisdição procedimentalmente democrática exige uma revisão na forma de fundamentar as decisões, que não podem mais ser vistas como uma estrutura silogística que liga a conclusão contida no dispositivo à sua fundamentação. Nesse sentido, a jurisdição precisa tanto ser convencida pela comunidade de trabalho quanto convencer os jurisdicionados e os cidadãos em geral. A fundamentação decisória permite que a discussão argumentativa desenvolvida ao longo do processo seja concretizada pragmaticamente na realidade fática (GÓES, 2013, p. 251).

A racionalidade da decisão está intrinsecamente ligada aos fundamentos apresentados pela comunidade de trabalho, o que permite controlar as decisões dos órgãos jurisdicionais e, em um primeiro nível, impedir arbitrariedades por meio dos recursos disponíveis. Dessa forma, a questão é devolvida ao tribunal para reavaliar os argumentos e as questões pertinentes ao caso concreto, seguindo as regras processuais e procedimentais aplicáveis. Assim, o dever de fundamentação é considerado uma garantia fundamental para o jurisdicionado e um direito fundamental do cidadão.

Retomando a ideia de que o devido processo é o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, o dever de justificar as decisões, no âmbito interno do processo, pode

ser considerado como um encargo argumentativo e ilocucionário do magistrado, que precisa convencer a comunidade de trabalho sobre o resultado alcançado por meio da busca cooperativa pela decisão. Através da fundamentação, os participantes do processo terão a oportunidade de confrontar os atos ilocucionários, que realizaram ao longo do processo judicial, com o desfecho decisório. Daí a fundamentação das decisões ser retradada, pela Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão.

O debate acima está alinhado à dupla dimensão da fundamentação das decisões, uma de natureza interna ao processo e outra de natureza externa. A primeira visa convencer as partes envolvidas no litígio, enquanto a segunda se destina a toda a sociedade. Com efeito, o julgador terá que persuadir tanto a comunidade de trabalho quanto os membros da sociedade civil sobre a decisão proferida, especialmente considerando que essa decisão pode servir como precedente em casos futuros. Essa percepção permite encerrar a presente seção e ingressar na subsequente, na qual serão estudadas as consequências da reconstrução aqui desenvolvida.

5 AS CONSEQUÊNCIAS EMANCIPATÓRIAS PARA UMA APLICAÇÃO DEMOCRÁTICA E PROCEDIMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

As consequências emancipatórias da reconstrução do devido processual legal e da cooperação processual – pensada como instrumento de concretização do devido processo legal que, de seu turno, fornece o pressuposto pragmático da argumentação jurídica – podem ser pensadas em duas categorias: endoprocessuais e exoprocessuais. Esses dois itens são trabalhados a partir da argumentação jurídica e da fundamentação, de modo que o primeiro é direcionado às partes litigantes, ao passo que o segundo se projeta para fora do processo, sendo direcionado para a sociedade civil (PEREIRA, 2018, p. 168-169).

Na perspectiva endoprocessual, a decisão judicial deve ser um texto construído pelas diferentes vozes dos envolvidos no processo e deve fazer referência aos argumentos apresentados ao longo do processo. Isso busca garantir a legitimidade do processo cooperativo, conforme proposto por Habermas. A polifonia, ou seja, a presença de múltiplas vozes, é especialmente importante em processos coletivos, nos quais a sociedade civil participa como *amicus curiae*. Nesses casos, as decisões obtêm sua legitimidade a partir da consideração de todos os argumentos trazidos pelos *amicii curiae,* cujas vozes devem ser incorporada à decisão. Além de viabilizar a deliberação interna da decisão, esse mecanismo permite considerar os efeitos da deliberação externa, isto é, a cooperação processual além dos limites do processo.

Em resumo, a decisão judicial, enquanto discurso polifônico, deve incluir as vozes de todos os envolvidos no processo, considerando a consciência de cada um e respeitando todos os argumentos apresentados. Embora o juiz seja o responsável final, sua conclusão deve enfrentar todas essas vozes e identificar o melhor argumento, justificando a base da decisão. Dessa forma, encerra-se o processo de convencimento endoprocessual da jurisdição, respeitando a liberdade e a igualdade comunicativas exigidas pelo devido processo legal.

Já os desdobramentos exoprocessuais são dois, o primeiro corresponde aos ganhos, para o direito, dos precedentes judiciais construídos comunicativamente e o segundo diz respeito ao controle social da decisão judicial, considerando o *accountability* da decisão. A primeira parte dessa análise envolve a sistemática de precedentes judiciais decorrentes do Código de Processo Civil de 2015, ainda que o legislador confundido os termos precedente, súmula e jurisprudência[38]. De outro giro, a segunda parte envolverá o controle das figuras de perversão do direito e a crítica da sociedade civil às decisões judiciais.

A relação entre a argumentação jurídica e a formação do precedente judicial contribui para fortalecer sua legitimidade. Inicialmente, os precedentes são seguidos por terem sido estabelecidos por uma fonte específica, independentemente do mérito de sua argumentação, que pode variar entre argumentos sólidos e fundamentados ou argumentos frágeis. No direito brasileiro, o cumprimento dos precedentes é determinado pela legislação, seguindo a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil. Isso difere do uso de precedentes no sistema jurídico dos Estados Unidos, onde sua formação e utilização são baseadas na resolução de casos e possuem um peso persuasivo que pode influenciar os juízes em decisões futuras (VIANA; NUNES, 2018, p. 161-172).

O uso de precedentes requer que o ônus argumentativo que recai sobre o juiz – assim como aquele que é depositado nos ombros de Hércules – seja mitigado, logo, a tese jurídica a ser construída deverá ser fundamentada com a participação dos sujeitos processuais e destinatários da decisão (VIANA; NUNES, 2018, p. 357-359). A via discursiva aproxima o precedente produzido, em termos de legitimidade, às normas emanadas do poder legislativo, o que se torna ainda mais importante quando se está diante de um caso difícil que requer a construção jurisdicional da norma aplicável (GÓES, 2013, p. 252-253).

[38] O precedente surge da interpretação normativa do sistema jurídico em um caso específico. Por outro lado, a jurisprudência é composta por decisões repetidas de um tribunal, que estabelecem critérios de julgamento para a corte. Por fim, as súmulas são resumos de uma série de decisões que formam a jurisprudência, consolidando precedentes com o mesmo entendimento (PEREIRA, 2016, p. 688-669).

A noção de precedentes construídos dialogicamente contribui para dar uma nova dimensão ao princípio da colegialidade, de modo que se pressupõe, também, uma cooperação entre os próprios julgadores do órgão colegiado, que necessitam debater a tese deliberada. A ideia aqui é superar o agir estratégico que reside na chamada pseudocolegialidade, que consiste na adoção integral do voto monocrático, sem qualquer debate ou questionamento (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 690). De outro giro, a reconstrução da cooperação processual também fornece subsídios para tratar da racionalidade coletiva dos julgamentos colegiados, mormente a problemática em como decidir, adequadamente, o processo quando há mais de um julgador[39].

A cooperação processual entre os julgadores de órgão colegiado, com o processo, se dará no campo da deliberação interna[40], necessária para que haja a construção de uma decisão correta e consistente. É necessário um consenso primário sobre as questões fáticas e jurídicas, trazidas pela comunidade de trabalho processual, de modo a formar o consenso a respeito das premissas que serão adotadas – aplica-se aqui, de forma analógica, a sistemática do saneamento compartilhado. Pensando nessa regra de argumentação, a decisão será construída a partir do consenso primário, com nova deliberação e votação sobre os resultados possíveis do julgamento, ante as premissas adotadas, o que permite a otimização do direito e a construção de precedentes verdadeiramente democráticos.

Na prática, será exigida uma mudança do modelo decisório, deslocando o formato *seriatim*, aplicado no Brasil, para o formato *per curiam*. No modelo de votação *seriatim*, cada um dos julgadores oferece uma decisão, independentemente de comunicação com os pares – *seriatim* puro – ou mediante uma deliberação incipiente – *seriatim* deliberativo. Já no modelo *per curiam*, a tese jurídica é proferida pelo próprio tribunal, seja sem a presença de votos dissidentes ou deliberação interna – *per curiam* não-deliberativo – ou com possibilidade de ampla deliberação e publicação das dissidências – *per curiam* deliberativo (MENDES, 2013, p. 112-113). O modelo cooperativo proposto requer, portanto, a adoção de um modelo *per curiam* deliberativo pelos tribunais brasileiros.

[39] O problema de agregar diferentes julgamentos envolve a ordem de preferência de cada um dos julgadores, de modo que é preciso, para assegurar a legitimidade procedimental, que a decisão decorra do conjunto formado e não da preferência particular de um ou outro magistrado. Ademais, a própria concepção de maioria é problemática, eis que podem ocorrer tanto nas premissas individuais quanto nas conclusões do processo decisório, sendo impossível ocorrer, simultaneamente, em ambas situações (LIST; PETTIT, 2002, p. 92-104).

[40] A deliberação interna é aquela desenvolvida, argumentativamente, entre os membros de um mesmo grupo, que objetivam persuadir os demais sobre a decisão a ser tomada. Dessa forma, há oitiva de todos os membros, com oferta e enfretamento de argumentos sobre a solução da situação sob análise (VALE, 2013, p. 331).

Por fim, a última consequência da reconstrução empreitada na presente pesquisa está na análise da fundamentação da decisão pela sociedade civil, enquanto deliberação externa do tribunal. Esse *accountability*[41] da decisão judicial, realizado pelas esferas públicas e pela dogmática jurídica, permite o combate de ações estratégicas, consubstanciadas nas figuras de perversão do direito. Com efeito, Habermas (2020, p. 648) prevê uma responsabilidade democrática para ações do poder estatal, remetendo, ainda que sem usar esse termo, ao que se entende por *accountability* – ou como responsabilidade democrática e imputabilidade institucional, nos dizeres do frankfurtiano[42].

A transparência do poder judiciário está vinculada ao dever de fundamentação das decisões, pois é um mecanismo que permite combater a discricionariedade do julgador. A sociedade civil forma o auditório externo, que poderá promover a crítica da decisão a partir dos fundamentos apresentados, levando em conta, também, todo o procedimento empregado no âmbito processual (COHEN, 2015, p. 506-511). Na realidade, o *accountability* é uma exigência das democracias contemporâneas, pois o poder judiciário deve informar e convencer a opinião pública (SHETREET; TURENNE, 2013, p. 9-14; GÓES, 2013, p. 275). Essas exigências, no direito brasileiro, podem ser satisfeitas se a cooperação processual for devidamente respeitada e levada a sério pelos tribunais[43].

No campo da dogmática jurídica, a análise de decisões judiciais, através da pesquisa empírica, pode ser um mecanismo para combater as chamadas figuras de perversão do direito, como explica José Rodrigo Rodriguez[44]. Essas figuras envolvem o uso patológico do direito

[41] Não existe, no vernáculo português, uma palavra ou expressão que traduza a expressão *accountabilit*y, sendo" prestação de contas" a mais aproximada.

[42] Com efeito, Habermas (2002, p. 354) sustenta que quanto mais o poder judiciário reciclar o direito, mais deverá se justificar perante a opinião pública formada tanto por especialistas quanto pela sociedade civil. Ademais, a ideia de responsabilização e imputação também se faz presente, na teoria de Habermas (2001, p. 101-104), no eixo discursivo, consoante a ética do discurso exigir a mútua transparência dos atores, no afã de verificar a validade do que é proferido. Desta feita, como se trabalha a ideia do processo judicial comunicativo, essa exigência de transparência pode ser cobrada de toda a comunidade de trabalho, inclusive do próprio poder judiciário, até porque a transparência, na conversão do poder comunicativo em administrativo, se faz necessária para concretizar o ideal emancipatório (REPA, 2021, p. 205-210). Para o judiciário, isso significa, como explica Habermas (2003, p. 153), uma espécie de assédio discursivo, a ser feito por uma opinião pública provocativa, pela interlocução das cortes com o espaço público.

[43] A mitigação do ônus argumentativo no processo comunicativo, a partir da cooperação processual, pode ser complementada pelo uso do *amicus curiae*, permitindo a intervenção de setores da sociedade afetados pela decisão. Além disso, a ideia de *accountability* é reforçada ao justificar as decisões judiciais, especialmente em demandas coletivas, controle de constitucionalidade abstrato, julgamento de recursos repetitivos pelos tribunais superiores e incidentes de demandas repetitivas ou assunção de competência. Isso implica dizer que o juiz deve cooperar não apenas com as partes ou com o processo, mas também com a sociedade civil (PEREIRA, 2018, p. 122-124).

[44] Apesar de não ser habermasiano, Rodriguez (2016, p. 101-103) emprega como base a teoria de Franz Neumann, que é um jurista alemão vinculado à Teoria Crítica, para debater a justificativa racional das decisões tomadas pelo poder estatal, considerando a legitimidade a partir da vinculação, do que é decidido, com as necessidades de todos os cidadãos. Rodriguez (2019, p. 212-214) identifica três formas de perversão do direito, as quais denomina de fuga do direito, de falsa legalidade e de zona de autarquia. A primeira perversão visa neutralizar o poder social ao

para produção e execução de normas ilegítimas e arbitrárias, as quais se afastam da soberania popular e se aproximam do querer de grupos de interesse (RODRIGUEZ, 2019, p. 212).

Trazendo para uma visão habermasiana, as figuras de perversão do direito surgem quando o sistema de poder e dinheiro contamina o direito, buscando restringir as potenciais oportunidades emancipatórias que surgem da ação comunicativa. Quando grupos de interesse subvertem a ordem jurídica para satisfazer suas próprias vontades, o direito perde sua natureza democrática e se torna um mero instrumento que perpetua uma irracionalidade autoritária.

O *accountability* da decisão judicial serve de fomento à pesquisa empírica do direito, que, ao observar na prática a aplicação dos institutos jurídicos, tem o condão de identificar e neutralizar as figuras de perversão, a partir de uma análise crítica, que denuncia a ocorrência de tais práticas e oferece soluções emancipatórias (RODRIGUEZ, 2012, p. 75-78). Trata-se de gerar um constrangimento para aqueles que agem estrategicamente, pois interesses que não podem ser defendidos publicamente não podem ser justificados, de modo que devem ser testados ética e moralmente pelas esferas públicas (REPA, 2021, p. 223).

Assim, o controle das figuras de perversão do direito é fundamental para identificar e neutralizar ações estratégicas que ameaçam a ordem democrática, sendo realizado por meio da transparência nas decisões judiciais, a qual é expressa na ideia de *accountability*. Além disso, é importante quando decisões corretas e coerentes são criticadas por grupos de interesse que buscam subverter ou enganar o espaço público. Daí encarar a cooperação processual, por todas as suas consequências, como um instrumento capaz de atender às necessidades de legitimidade no sistema jurídico e na sociedade civil.

6 CONCLUSÕES

O presente artigo teve como objetivo promover a reconstrução do devido processo legal considerando a teoria do agir comunicativa de Jürgen Habermas e a inserção de um paradigma processual a partir do Código de Processo Civil de 2015. Ao longo do trabalho, foi verificado que a legislação processual vigente cumpre os requisitos, trazidos por Habermas, para a produção de decisões corretas e consistentes, o que exige um procedimento argumentativo e regulamentado. Essa concretização se dá, no prisma constitucional, por intermédio do devido

conter os avanços de pautas de interesse alheais ao poder dominante. A segunda perversão envolve a criação de normas aparentemente legais, mas que geram discriminação de um grupo, tido por perigoso. Por fim, a terceira perversão trata da aplicação do direito de forma arbitrária pelo poder público.

processo legal e, na seara infraconstitucional, pela cooperação processual e os institutos dela decorrentes.

Ademais, verificou-se, consoante já afirmado pela Escola Mineira de Processo, que há uma aproximação entre o paradigma procedimental habermasiano, o modelo de Estado de Direito Democrático da Constituição Federal e a opção de uma terceira via, pela legislação processual, com a cooperação processual. Com isso, identificou-se que o devido processo legal é o pressuposto pragmático da argumentação jurídica, que rege a condução do processo judicial, o que é concretizado pela cooperação processual e pelos institutos dela decorrentes. É a partir desse grau zero de consenso, contido nas regras processuais, que a argumentação é desenvolvida, cooperativamente, nos discursos jurídicos.

Ressalta-se que a cooperação é entendida como um dever da comunidade de trabalho com o processo, de modo que são rechaçadas tentativas de eticização processual ou romantizações quanto a uma obrigatoriedade das partes agirem comunicativamente entre si. Como consequências da reconstrução realizada, foi possível perceber três potenciais emancipatórios, que estão associados à cooperação processual e ao devido processo legal, um de ordem endoprocessual, com efeitos no próprio processo, e dois de ordem exoprocessual, com efeitos para além do processo.

A consequência endoprocessual é a decisão ser construída a partir da polifonia, com a soma de todas as vozes dos destinatários do processo que participaram de sua elaboração, o que pode ser verificado através da fundamentação empregada. Obrigatoriamente, deverá o julgador trazer todas essas vozes e o que elas veicularam e enfrentar cada um dos argumentos deduzidos. Dessa maneira, é assegurada a legitimidade democrática da decisão judicial, abrindo alas para discutir a dimensão argumentativa do aceso à justiça.

De ordem exoprocessual, foram abordadas duas questões, a primeira diz respeito à construção comunicativa e dialógica dos precedentes judiciais, o que permite otimizar o direito vigente. Para efetivação do que foi proposto, verificou-se que é necessária a formação de uma regra de argumentação para sanar os problemas da racionalidade coletiva, acabando por resolver, em via transversa, a questão da pseudocolegialidade. Ademais, o paradigma procedimental requer uma mudança da sistemática decisória dos órgãos colegiados, substituindo o modelo *seriatim* puro adotado no Brasil pelo *per curiam* deliberativo. A segunda consequência envolve o *accountabilit*y da decisão, pela sociedade civil, enquanto auditório universal e pela dogmática jurídica, enquanto esfera pública especializada, apta ao controle das figuras de perversão do direito, a partir da pesquisa empírica.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel, 1987.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria de Jürgen Habermas. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. *In*: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In*: NOBRE, Marcos Severino; TERRA, Ricardo Ribeiro. (Orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-172.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março 2015: Institui o Código de Processo Civil.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Constituição & processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

COELHO, André Luiz Souza. Facticidade e validade no processo judicial. *In*: **Anais do 9º Colóquio Habermas**, 2013, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Salute, 2014. p. 335-350.

COHEN, Mathilde. When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach. **Washington and Lee Law Review**. Lexington, v. 72, n. 2, p. 483-571, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Cooperação processual não é "companherismo processual". *In*: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Orgs.). **Teoria Crítica do processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 225-236.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas**. Porto Alegre, v. 51, n. 1, p. 18-41 mar. 2006.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco espinho**: justiça e valor**.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Trad. Esteben Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. **Ratio Juris**. v. 2, n. 2, July 1989, p. 155-166.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. **European Journal of Philosophy**. v. 3, n. 1. April, 1995. p. 36-54.

GÜNTHER, Klaus. The pragmatic and functional indeterminacy of law. **German Law Journal**. v. 12, n. 1, January, 2011, p. 407-429.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Los derechos fundamentales em el Estado prestacional**. Trad. Jorge Luis León Vásquez. Lima: Palestra, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soerthe. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. Discurso de agradecimento. *In*: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos**: direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 329-339.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Soares Melo. São Paulo: UNESP, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Justification and application**: remarks on discourse ethics. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: MIT, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **On the pragmatics of social interaction**: preliminary studies in the theory of communicative action. Trad. Barbara Fultner. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Volume II. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2014.

LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating sets of judgements: an impossibility result. **Economics And Philosophy**, Cambridge, v. 18, p. 89-110, 2002.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 475-496.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford Univeristy, 2013.

MOTTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação do precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso. *In:* NOBRE, Marcos Severino; REPA, Luiz Sérgio. (Orgs.). **Habermas e a reconstrução**: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana. Campinas: Papirus, 2012. p. 13-42.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria geral do processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Processo constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. A cooperação processual e o paradigma procedimental da argumentação jurídica no código de processo civil. **Revista FIDES**, v. 12, n. 1, p. 528-547, jan./jul. 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo Tinoco de. A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro: aspectos filosóficos, históricos e processuais. **Revista Direito Mackenzie**, v. 13, n. 1, p. 1-17, abr./jun. 2019.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; OLIVEIRA, Lívio Alves Araújo de; GÓES, Ricardo Tinoco de. A manifestação das esferas públicas como direito fundamental de *status activus processualis* através das audiências públicas. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 2, n. 16, p. 1-17, maio/ago. 2022.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. A fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. MACÊDO, Lucas Buril. (Orgs). **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 663 - 680.

RANGEL, Rafael Calmon. O agir comunicativo em J. Habermas como premissa para a compreensão do saneamento e organização do processo no CPC/2015. *In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: procedimento comum. Volume II. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 283-298.

REPA, Luiz Sérgio. **A transformação da filosofia em Jürgen Habermas**: os papéis de reconstrução, interpretação e crítica. São Paulo: Singular, 2008.

REPA, Luiz Sérgio. **Reconstrução e emancipação**: método e política em Jürgen Habermas. São Paulo: UNESP, 2021.

REPA, Luiz Sérgio. Jürgen Habermas e o modelo reconstrutivo de Teoria Crítica. *In:* NOBRE, Marcos Severino. (Org.). **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008. p. 161-182.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. *In*: RODRIGUES, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Orgs.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 75-88

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, n. 19, v. 37, 99-124, 2016.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormativiade. São Paulo: LiberArs, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Porque fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. (Orgs.). **Coleção grandes temas do novo CPC:** normas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 411-450.

SHETREET, Shimon; TURENNE, Sophie. **Judges on tria**l: the independence and accountability of the english judiciary. 2. ed. Cambridge: Cambridge Univeristy, 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal – due process of law**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: ensaio sobre alguns problemas. *In*: FELLET, *André* Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 329-348.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Submissão: 21/09/2023. Aprovação: 11/12/2023.

CRIMINE E INSICUREZZA AI TEMPI DELLA PANDEMIA

CRIME E INSEGURANÇA NOS TEMPO DA PANDEMIA

Giovanna Truda[1]
Università degli studi di Salerno

Riassunto:
Le dinamiche economiche e sociali legate alla pandemia hanno rimarcato le differenze sociali contribuendo ad alimentare le dinamiche dell'odio e si sono avvalse della rete e dei social come strumento di odio. Il sentimento di insicurezza dei cittadini ha alimentato la paura e incitato al crimine d'odio. Gli hate crime hanno come obiettivo l'altro, diverso da me e la comunità a cui appartiene. Colpire il singolo simbolicamente significa colpire un gruppo. Sono crimini sorretti dal pregiudizio che incidono sulla coesione della società e minano i valori fondamentali delle moderne società democratiche caratterizzate dalla multiculturalità.
Parole chiave:
Crimine, altro, pregiudizio, odio, pandemia.

Resumo: A dinâmica econômica e social ligada à pandemia enfatizou as diferenças sociais, ajudando a alimentar a dinâmica do ódio por meio de ferramentas como a Internet e as mídias sociais. Os sentimentos de insegurança dos cidadãos alimentaram o medo e incitaram os crimes de ódio. Os crimes de ódio têm como alvo o outro, diferente de mim e da comunidade à que pertence. Atingir o indivíduo significa, simbolicamente, atingir um grupo. São crimes apoiados por preconceitos que afetam a coesão da sociedade e minam os valores fundamentais das sociedades democráticas modernas caracterizadas pelo multiculturalismo.
Palavras-chave:
crime, outro, preconceito, ódio, pandemia.

INTRODUZIONE

Agli inizi del 2020 furono individuate strane polmoniti causate da una forma sconosciuta di coronavirus. In breve tempo quello che sembrava una situazione localizzata divenne mondiale e la vita di tutti cominciò a cambiare.

La vita e le abitudini cambiarono repentinamente in molti paesi del mondo ma soprattutto in Italia, uno dei primi paesi ad essere fortemente colpito, quando il governo in carica decise di attivare il coprifuoco o *lockdown*, termine inglese con il quale poi si è abitualmente indicato.

Il termine "coprifuoco", tornato di attualità con l'evento pandemico è stato considerato uno degli strumenti di contrasto più efficiente contro la pandemia soprattutto nella prima fase. Si tratta di un divieto le cui origini risalgono al medioevo quando a una determinata ora della sera, si segnalava agli abitanti di una città, col rintocco di una campana o lo squillare di una tromba, l'obbligo per tutti di spegnere il fuoco coprendolo con la cenere per non fare fumo, presumibilmente per evitare incendi. Lo stesso termine in epoca moderna è stato utilizzato

[1] Dipartimento di Scienze politiche e della comunicazione – DISPC. Università degli studi di Salerno (Italy).

durante le guerre, per indicare una delle strategie adottate per fronteggiare i momenti di pericolo in caso di bombardamenti. Oggi è utilizzato soprattutto per motivi di ordine pubblico ed è disposto dalle autorità (Vocabolario Treccani on line).

La pandemia ha sconvolto la nostra vita e le nostre abitudini e i risvolti sociali di tali mutamenti sono stati molteplici e hanno riguardato ogni ambito della vita pubblica e privata. Vi è stato un crollo del sistema economico in generale, ad eccezione del settore agroalimentare che ha visto, al contrario, espandere le richieste a dismisura. La crisi economica come conseguenza della pandemia è stata veramente globale e anche la criminalità in tutte le sue espressioni ha dovuto adeguarsi; i divieti a spostarsi, il lockdown hanno bloccato anche le reti criminali e i loro affari.

1 COVID 19: LE DINAMICHE ECONOMICHE, GIURIDICHE E SOCIALI

La diffusione della pandemia COVID-19, e le sue implicazioni derivanti dal virus si sono estese oltre la salute fisica ed hanno esacerbato odio, pregiudizio e potenzialmente xenofobia.

Al momento non esistono connessioni sull'entità e la natura dei pregiudizi e dei crimini ispirati dall'odio durante la pandemia che non siano discutibili, tuttavia le dinamiche economiche e sociali legate al Covid 19, hanno evidenziato differenze sociali ed hanno contribuito ad alimentare le dinamiche dell'odio, che si sono avvalse dei social network, strumento ormai a disposizione di tutti e che ha reso più facile la loro diffusione.

Müller e Schwarz nel loro saggio "Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime" indagano circa il legame tra social media e crimini d'odio e i loro "risultati suggeriscono che i social media possono fungere da meccanismo di propagazione di crimini violenti consentendo la diffusione di punti di vista estremi" (Müller, Schwarz 2021).

In ambito giuridico, lo scoppio della pandemia ha decretato in tutti gli Stati (chi prima, chi dopo) una deroga ai controlli costituzionali e la limitazione di fatto dei diritti e delle libertà dei cittadini, residenti e stranieri in virtù di una necessità superiore di sicurezza. Il senso della pericolosità dell'ambiente esterno, dice Luhmann, pone in secondo piano l'analisi delle opportunità rispetto alla richiesta di sicurezza [Luhmann 1996].

I rischi moderni, data l'impossibilità di tenerli sotto controllo, coltivano nelle persone le piccole superstizioni e potrebbero alimentare sentimenti violenti, tuttavia gli studi sulla vittimizzazione rilevano un legame tra sentimento di insicurezza e violenza oggettiva generalmente molto debole.

2 SENTIMENTO DI INSICUREZZA E CRIMINE

Molti studiosi, europei e extraeuropei, si sono sforzati di comprendere le ragioni del crimine e hanno cercato di dare una spiegazione agli atti criminali. Le ricerche condotte tra gli anni ‘70 e ‘80 sulla relazione tra crimine e paura partono tutte dal concetto che il sentimento di insicurezza dei cittadini sia legato strettamente al crimine e alla delinquenza, in una specie di rapporto di causa ed effetto. Tuttavia, non è possibile una spiegazione secondo uno schema causa effetto. Dice Luhmann, se si pretende di spiegare un fenomeno sociale in base a un rapporto lineare causa-effetto si finisce per ricadere in una concezione deterministica e ontologico-metafisica dell’ordine sociale e propone una nuova impostazione che abbandona quello che egli stesso definisce “causalismo ontologico”. Nei sistemi sociali, non solo nessuna causa è sufficiente a produrre un determinato effetto, ma nessuna causa o pluralità di cause produce un solo effetto. Più pertinente all’analisi sociologica è invece il concetto di funzione, che designa uno “schema regolativo dotato di senso, che organizza un ambito comparativo fra prestazioni equivalenti” (Luhmann 1983, p.14)

Pertanto, la paura del crimine può essere letta come un ulteriore elemento che si aggiunge ad una insicurezza personale. In generale, il crimine, richiama il rischio, ossia la contingenza nelle azioni, difatti l’accettazione di un rischio dipende anche dall’aver scelto di stare in situazioni pericolose per propria volontà o se si ritiene di avere sotto controllo le conseguenze del proprio comportamento; in questo caso è più semplice tralasciare i pericoli.

Il mondo, privo di sicurezza, di fiducia e di opportunità, così come si è prospettato con l’avvento della pandemia, genera la paura che non è quasi mai una conseguenza razionale di una decisione. Nella dimensione quotidiana molte reazioni al crimine sono di carattere emotivo e socialmente influenzate, indotte, nella società in cui viviamo, sovente da un panico generato dai media e che considera il crimine come elemento che scaturisce da una relazione tra alto tasso di criminalità e paura. Siamo di fronte a una sostanziale irrazionalità dei comportamenti soggettivi individuali.

Il mutamento repentino a seguito della pandemia, in breve tempo ha creato un clima ostile alla democrazia e molto pericoloso rispetto allo Stato di diritto nel quale anche i diritti umani sono più soggetti a essere violati. Tale inconsueta situazione ovviamente non può trasformare gli agenti statali e le società in violatori dei diritti umani, ma indubbiamente mostra in modo più chiaro problemi preesistenti e tensioni sociali. Non è lontano il ricordo di quei primi giorni quando quotidianamente al telegiornale erano riportati tra le notizie di cronaca

crimini d'odio, sia in Italia che in altri paesi del mondo nei confronti di gruppi di minoranza, e quando tutti si scagliarono contro i cittadini di origine cinese considerati rei del contagio, untori moderni.

Il Covid-19, in un certo senso, ha esacerbato l'odio, che si è diffuso a livello globale e ha dato origine a fantastiche teorie del complotto sulla responsabilità delle élite, dei cinesi o degli americani e ha creato nuovi capri espiatori come gli anziani o i malati.

Uno studio del Centro di ricerca in psicologia dei consumi e della salute dell'Università Cattolica di Cremona (Italia) su un campione rappresentativo di 5000 adulti ha mostrato che in Italia che il 22% degli intervistati pensano che sia abbastanza sicuro che ci siano organizzazioni segrete che esercitano un'importante influenza sulle decisioni politiche, e il 13% condivide l'affermazione che la diffusione del covid19 sia legata alla diffusione del 5G [Centro di ricerca in psicologia dei consumi e della salute 2021].

Le prove scientifiche contrastanti contraddistinguono il mondo postmoderno, ma l'insicurezza che ne deriva, unita alle informazioni nascoste dagli Stati, invita alla virulenza delle voci e delle notizie false, che offrono un terreno fertile per il capro espiatorio. Il capro espiatorio durante le epidemie non rappresenta una novità. Storicamente medici e infermieri venivano accusati di non essere in grado di fermare la peste; xenofobia e pregiudizio razziale sono stati associati a epidemie di malattie infettive in Europa e in Asia già nel 1500, quando ogni paese colpito ha accusato i paesi vicini o nemici per il loro focolaio. Durante la pandemia, l'odio è aumentato in maniera sproporzionata e si è registrato un incremento dei casi di molestie e di aggressioni, rafforzando di fatto i problemi esistenti e colpendo più duramente le minoranze.

Costruire il nemico dice Eco "*non è l'individuazione di un nemico, ma il processo di produzione e demonizzazione del nemico*", " *avere un nemico è importante non solo per definire la nostra identità ma anche per procurarci un ostacolo rispetto al quale misurare il nostro sistema di valori e mostrare, nell'affrontarlo, il valore nostro*" [Eco 2020, p.10]. Il nemico è colui che è diverso da noi, che sin dall'inizio è costruito tale non perché ci minaccia direttamente, ma perché riteniamo minacciosa la sua diversità.

Non è la natura dell'atto criminale in sé che determina la reazione sociale, dice Durkheim, ma l'atto criminale quando urta certi sentimenti collettivi profondamente radicati: "non bisogna dire che un atto urta la coscienza comune perché è criminale, ma che è criminale perché urta la coscienza comune. Non lo biasimiamo perché è un reato, ma è un reato perché lo biasimiamo" [Durkheim 1962, p. 96].

3 IL CRIMINE

Il crimine fa riferimento a un delitto grave; il diritto penale italiano, difatti, considera delitto e crimine alla stessa maniera e della stessa gravità. È possibile distinguere diversi tipi di crimine: di guerra, politico, contro l'umanità a secondo del contesto e del momento storico, ma in generale, quando parliamo di criminalità ci riferiamo a comportamenti che violano l'ordinamento giuridico.

Lo studio dei comportamenti criminali è stato affrontato da diverse teorie, biologiche, piscologiche e anche sociologiche. Queste ultime sono quelle che ci interessano maggiormente. Secondo Durkheim, il concetto di crimine corrisponde a una diversa gestione culturale dei processi giuridici, lo definì come fatto sociale, ovvero un fenomeno generale, che si può verificare in tutte le società di qualunque tipo e in tutti gli stadi del loro sviluppo, non soltanto nelle società più progredite ed evolute. Non essendovi, inoltre, segni di declino o remissione dei delitti, il crimine, pertanto, dovrebbe essere accettato e considerato come un fatto sociale, come parte integrante della società non eliminabile attraverso un semplice atto di volontà [Durkheim 1969]. Tuttavia, dice Durkheim, la società non avrebbe potuto funzionare senza il crimine, in quanto senza le deviazioni, concepite come fattori sociali, non ci sarebbe né la possibilità di adattamenti, né di mutamenti, né di progressi, con l'impossibilità quindi per la società di eterogeneità morale, il che è inconciliabile con la stessa esistenza della società.

4 TEORIE SOCIOLOGICHE SUL CRIMINE

L'approccio sociologico si è affermato alla fine degli anni 20 negli Stati Uniti. Le teorie sociologiche si sono raggruppate secondo due filoni principali: le teorie inclini al conflitto e quelle del consenso. Per le prime, le regole imposte da una maggioranza al potere non sono condivise da tutti, per le seconde la devianza è considerata un'eccezione.

Tra le teorie conflittuali ritroviamo quella criminale, radicale e infine quella critica. La teoria della criminologia radicale si sviluppò alla fine degli anni Sessanta in America grazie alla School of Criminology dell'Università di Berkeley in California. Il concetto di crimine a cui essi si riferivano si discostava da quello di devianza perché considerava il crimine una violazione dei diritti umani a discapito di una classe sociale ovvero di classi considerate inferiori rispetto a quella dominante. La scuola non accettata dalle autorità accademiche fu chiusa alla fine degli anni Settanta.

La criminologia critica, chiaramente di stampo marxista, invece considera il crimine una risposta alle ingiustizie della società, tra gli autori che si rifanno a questa teoria troviamo anche alcuni studiosi italiani, ma il più importante esponente in Italia di tale scuola fu senza dubbio Alessandro Baratta che introdusse la distinzione tra *sociologia criminale* e *sociologia giuridico-penale* [Baratta 2019]. La sociologia criminale studia "*il comportamento deviante avente rilevanza penale, la sua genesi, la sua funzione all'interno della struttura sociale data*.", la sociologia giuridico-penale indaga, "*invece propriamente quei comportamenti che rappresentano una reazione al comportamento deviante, i fattori condizionanti e gli effetti di questa reazione, nonché le implicazioni funzionali di essa con la struttura sociale complessiva. Essa studia cioè [...] tanto le reazioni istituzionali degli organi ufficiali del controllo sociale della devianza (considerate anche nei loro fattori condizionanti e nei loro effetti) quanto le reazioni non-istituzionali."* (Baratta 2019, p. 46)

5 I CRIMINI D'ODIO

Tra i crimini si distinguono gli *hate crime; si tratta di* un particolare tipo di crimine che ha come obiettivo l'altro, diverso da me e la comunità a cui appartiene. Colpire il singolo simbolicamente significa colpire un gruppo. Sono crimini sorretti dal pregiudizio che incidono sulla coesione della società e minano i valori fondamentali delle moderne società democratiche caratterizzate dalla multiculturalità. I crimini di odio hanno caratteristiche specifiche che li distinguono da altri tipi di crimini e che li identificano come tali. Un crimine d'odio è tale perché è un atto che costituisce un crimine ai sensi del diritto penale ordinario. Si tratta di reati tra i quali rientra qualsiasi reato che vada contro persone o cose o la pace pubblica, inclusi omicidio colposo, aggressione, molestie, danni alla proprietà, teppismo, ecc. Affinché un crimine possa essere definito d'odio non è rilevante la sua gravità; i crimini d'odio possono assumere difatti la forma di reati minori. Una seconda caratteristica che definisce tale un crimine è la ragione per cui l'atto criminale è commesso, che si collega quasi sempre a un pregiudizio. È proprio questo elemento, ovvero una motivazione legata al pregiudizio che differenzia i crimini d'odio dai crimini ordinari. È il pregiudizio che indirizza l'autore del crimine nei confronti del bersaglio. Le vittime o il bersaglio del reato vengono *selezionati* in base alla loro connessione, attaccamento, affiliazione, sostegno o appartenenza a un gruppo protetto, reale o percepito. I crimini d'odio hanno un impatto sociale differente sulla comunità di appartenenza della vittima e del reo, considerevolmente maggiore rispetto ai crimini ordinari sulle vittime dirette, sulla comunità della vittima e sulla società e poiché le vittime di crimini d'odio sono spesso prese di

mira per una caratteristica immutabile, o che costituisce il nucleo della propria identità, l'impatto del crimine, la sensazione di vulnerabilità, l'impotenza e la disperazione da parte della vittima diretta, possono essere particolarmente gravi.

L'atto ha un grave impatto anche sulla comunità più ampia, il gruppo mirato, che tipicamente è storicamente svantaggiato. I crimini d'odio possono intaccare la coesione sociale, rafforzare le tensioni sociali, e innescare ritorsioni che sfociano in un circolo vizioso di violenza.

Durante la pandemia e in particolare nei mesi in cui vigeva il coprifuoco sono stati numerosi gli esempi che hanno riguardato intere comunità: la comunità LGBTI +, i cui membri sono stati costretti a svolgere la quarantena nella propria famiglia che spesso non li accettano o peggio abusano di loro; le persone con disabilità fisiche, che in alcuni casi sono state incolpate per aver preso risorse sanitarie che erano considerate necessarie per affrontare la pandemia; gruppi di minoranza etnica o migranti, rifugiati che soffrono la pandemia più degli altri a causa di situazioni gravi già esistenti come la povertà, gli alloggi sovraffollati, la mancanza di condizioni igieniche e di attrezzature per l'apprendimento a distanza, la violenza domestica; e le donne, ancora una volta vittime dell'odio e di crimini soprattutto perché costrette a convivere con i propri aguzzini.

In Francia, durante questo periodo si è diffuso un movimento hashtag #JeNeSuisPasUnVirus (Non sono un virus), un movimento che si sta diffondendo in tutta Europa e che riflette la crescente frustrazione dei cittadini che costituiscono gruppi di minoranze, vittime di pregiudizi, di incitamento all'odio e di crimini dettati dal pregiudizio. Tuttavia, i crimini d'odio non sono un fenomeno tipico dei tempi che viviamo, la battaglia contro di essi si perde nel tempo, incidono sulla coesione della società e minano i valori fondamentali delle moderne società democratiche caratterizzate dalla multiculturalità. L'incitamento all'odio può essere dannoso per la democrazia quando mina l'uguaglianza sociale e scuote la fiducia che i membri della minoranza dovrebbero avere nello Stato e all'interno della società. È ancora più grave quando il discrimine è perpetuato da agenti statali, da personaggi pubblici e persone influenti in una società [Portelli 2020]. Michael Sierra-Arévalo, sociologo all'Università del Texas studia i comportamenti della polizia nei confronti delle minoranze; negli Stati uniti si tratta di un fenomeno di grande rilevanza giuridica e sociale [Sierra-Arévalo 2020]. Siamo di fronte a una contraddizione tra libertà politica e di parola e i danni che l'incitamento all'odio causano quando sono espressi da politici e altre persone influenti, eppure è una modalità molto d'uso tra i leader populisti ed è veicolata all'elettorato attraverso i social media; la mancanza di filtraggio e della critica della stampa indipendente, può favorire lo

sviluppo di narrazioni alternative della realtà. Le culture sociali sono costruite su narrazioni, storie raccontate sulla storia, i valori e le scelte che le persone hanno fatto in varie situazioni. I leader populisti fanno un grande sforzo per definire e cambiare la narrativa sociale, attraverso la propria presenza sui social media, la distorsione dei fatti, la propaganda e altre forme di marketing politico. I politici populisti sembrano "rivelare la verità" e offrono al pubblico di percepirsi come la maggioranza di "persone pure" [Mudde, Rovira Kaltsasser 2020]. La retorica populistica definisce tipicamente due gruppi opposti, l'outgroup che si contrappone all'ingroup in cui il politico s'identifica come capo. Tutto ciò incita alla discriminazione, all'odio e al populismo xenofobo ed è più potente quando sostenuto da potere, autorità o minaccia. Amnesty International durante la campagna elettorale del 2019 in Italia organizzò un programma di monitoraggio dei media; furono segnalati 787 episodi di incitamento all'odio in 23 giorni, di cui il 43,5% attribuibili ai leader, il 50% ai candidati parlamentari. Tra questi, il 51% ai candidati della Lega. Il 91% dei messaggi erano rivolti a migranti e immigrati.

In un sondaggio simile, durante la campagna elettorale del 2018, Amnesty International ha identificato più di 200 post o commenti di odio o discriminatori in due settimane, formulati da leader politici e candidati, tutti erano riconducibili all'alleanza di centrodestra, e più della metà alla Lega, già guidata da Salvini. Tuttora, in ambito politico e durante i dibattiti pubblici, anche da parte dei membri del governo al potere, l'incitamento all'odio è ancora banalizzato e gli atti xenofobi sono tollerati, nonostante lo Stato italiano abbia compiuti tanti sforzi per combattere il razzismo, come dimostrano il Piano d'azione nazionale contro il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza (2013-2016), e altre azioni positive, che sono state riconosciute dall'OSCE e dall'ECRI.

Esistono pratiche consolidate considerate *best practice* affinché aumenti la fiducia nelle autorità, s'incoraggia a segnalare, smascherare i motivi di pregiudizio e prevenire ulteriori danni alla vittima dovuti alla vittimizzazione secondaria che si affiancano ai cosiddetti indicatori di pregiudizi, ovvero un elenco di elementi, indizi che devono essere considerati dalle autorità investigative nel determinare un motivo di pregiudizio. Un indicatore di per sé, certamente non prova che si sia verificato un crimine d'odio, ma dovrebbe indurre la polizia o i pubblici ministeri a considerare questa possibilità e avviare un'indagine efficace sulla questione.

Secondo i dati registrati dalla polizia in Italia (SDI)) e in base alle informazioni raccolte dall'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti di discriminazione (OSCAD) in questo ultimo decennio, i crimini sono commessi per diverse motivazioni: razza e colore, etnia; nazionalità; linguaggio; antisemitismo; e molti hanno come riferimento pregiudizi contro rom e sinti, i musulmani; membri di altre religioni; contro soggetti con orientamento sessuale differenti e

identità transgender; soggetti con disabilità, in ogni caso si tratta di crimini ispirati dall'odio e sono reati commessi con un motivo di pregiudizio (Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) e l'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti umani (ODIHR)).

CONCLUSIONE: LA VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA

I crimini d'odio prendono di mira le persone per le loro caratteristiche innate, immutabili o di altro tipo, che fanno parte della loro identità. Caratteristiche che possono essere collegate all'emarginazione, alla vulnerabilità, alla sessualità o ad altri aspetti sensibili della vita che le persone non desiderano divulgare o affrontare affatto, e certamente non davanti alle autorità statali. Erica Antonini (2021) in *Passione, senso di responsabilità, lungimiranza": la lezione weberiana sulla leadership politica nell'epoca della semplificazione populista*, quando analizza i tratti idealtipici e le dinamiche politiche, sociali e culturali dei populismi contemporanei, afferma che "la crescente diffusione di istanze di respiro antipolitico e populista costituisce un evidente sintomo della crisi in cui versano le democrazie contemporanee, per quanto tali fenomeni siano soliti autorappresentarsi in termini di "rimedi" alle principali criticità della politica stessa". Tra i tratti idealtipici più diffusi propri dei movimenti populisti contemporanei ne elenca una serie, ma quello che è interessante ai fini del nostro ragionamento è in particolare quello che fa riferimento alla *Cultural Backlash theory*, di Pippa Norris e Ronald Inglehart; gli autori pubblicano, nel 2019, un volume dal titolo "*Cultural backlash. Trump, Brexit, and the rise of authoritarian – populism*". Il saggio pur analizzando il concetto di autoritarismo e le nuove forme del populismo, risulta, a nostro avviso, molto interessante quando i due autori mostrano come negli anni '70 ci sia stata una svolta culturale. Essi mostrano che "ricerche approfondite indicano che, dal 1970 circa, le società occidentali sviluppate hanno sperimentato una crescente enfasi su valori quali post-materialismo e autorealizzazione da parte delle coorti più giovani della popolazione e degli strati più istruiti della società". Da un lato, ciò ha comportato la focalizzazione dell'attenzione "su questioni quali la protezione dell'ambiente, una maggiore accettazione delle diversità etniche e di genere e dell'eguaglianza di diritti per la comunità LGBT, dall'altro questo cambiamento culturale ha favorito la diffusione di una maggiore tolleranza sociale verso diversi stili di vita, religioni e culture, multiculturalismo, cooperazione internazionale, governance democratica e protezione delle libertà fondamentali e dei diritti umani. I movimenti sociali sostenitori di tali valori hanno portato al centro dell'agenda politica politiche pubbliche incentrate sulla protezione dell'ambiente, sul

matrimonio omosessuale e sull'eguaglianza di genere nella sfera pubblica, distogliendo l'attenzione dalle classiche questioni di redistribuzione economica" (Norris, Inglehart 2016, pp. 29-31). D'altro canto, tale diffusione di valori progressisti ha anche stimolato "un contraccolpo culturale tra coloro che si sono sentiti minacciati da questi sviluppi. Cittadini meno istruiti e più anziani, in particolare maschi bianchi, che costituivano fino a poco tempo fa la maggioranza privilegiata nelle società occidentali, appaiono risentiti nel sentirsi dire che i valori tradizionali sono "politicamente scorretti" e si sentono emarginati all'interno dei loro paesi". Quindi, concludono gli autori, "le evidenze empiriche di questo studio suggeriscono che l'ascesa dei partiti populisti riflette soprattutto una reazione contro un'ampia gamma di rapidi cambiamenti culturali che sembrano erodere i valori e i costumi di base delle società occidentali" [Norris, Inglehart 2016, pp. 29-31].

La rivoluzione silenziosa post-guerra ha portato a un cambiamento nei valori culturali intergenerazionale tra i cittadini occidentali senza precedenti che ha attraversato la seconda metà del ventesimo secolo, trasformando le culture in società post-industriali [Norris, Inglehart 2016, pp. 1188-1189]. Questo cambiamento ha eroso i valori materialisti che enfatizzavano soprattutto la sicurezza economica e fisica dando priorità alla libera scelta individuale e all'autoespressione e autosufficienza, ma sul piano delle dinamiche culturali, secondo Inglehart e Norris (2016) i neopopulismi contemporanei (soprattutto in ambito europeo e nordamericano) sarebbero imputabili non tanto alle crescenti diseguaglianze economiche quanto a una reazione culturale (*cultural backlash*) nei confronti delle profonde trasformazioni nella cultura politica promosse dalle forze progressiste e dalla visione multiculturale e cosmopolitica ad esse associata. Tale reazione sarebbe all'origine di nuove linee di contrapposizione. In un contesto storico politico in trasformazione così come indicato dalla teoria del backlash, e complice la crisi economica, s'innescano condotte d'odio emergenti durante la pandemia che, a nostro avviso, attivano e moltiplicano nuove e differenti dinamiche socio-politiche.

BIBLIOGRAFIA:

Antonini, E. (2021) *"Passione, senso di responsabilità, lungimiranza": la lezione weberiana sulla leadership politica nell'epoca della semplificazione populista* in Max Weber: politica e società (a cura di) Fruncillo, D., Viviani, L., Milano, Franco Angeli, p. 138.

Baratta, A. (2019). *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Milano, Meltemi.
Centro di ricerca in psicologia dei consumi e della salute (2021) *Report "COVID 19 E LA MARATONA PANDEMICA. La gestione della prevenzione*, Università Cattolica di Cremona.

Durkheim, É. (1969). *Le regole del metodo sociologico*. Edizioni Comunità, Milano.

Durkheim, É. (1962). *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Milano.

Eco, U. (2020). *Costruire il nemico*, La nave di Teseo editore.

Inglehart, R.F., Norris, P. (2016). *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, HKS Working Paper No. RWP16-026, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2818659.

Luhmann, N. (1983). *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore.

Luhmann, N. (1977). Sociologia del diritto, Laterza.

Mudde, C., Rovira Kaltsasser C. (2020). *Populismo. Una breve introduzione*, Mimesis.

Taylor, I., Walton, P., Young, J. (2013). *The new criminology: for a social theory of deviance*, Routledge.

Mudde, C., Rovira Kaltsasser C. (2020). *Populismo. Una breve introduzione*, Mimesis.

Müller K., Schwarz, C. (2021). *Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime*, Journal of the European Economic Association, Volume 19, Issue 4, August, pp. 2131–2167.

Portelli, A. (2020). *Il ginocchio sul collo. L'America, il razzismo, la violenza tra presente, storia e immaginari*, edizione Saggine.

Sierra-Arévalo, M. (2020). *Danger and "Officer Safety" Shape Police Socialization, Practice and Policy*, JURIST, Academic Commentary, June 23, https://www.jurist.org/commentary/2020/06/sierra-arévalo-police-training/.

Vocabolario Treccani online (2021). Coprifuoco, in Treccani.it, Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

Submissão: 21/09/2023. Aprovação: 11/12/2023.

ENSAIO SOBRE HISTÓRIA DOS CONCEITOS E REPUBLICANISMO NO CONTEXTO DA CONJURAÇÃO MINEIRA: MEMÓRIA, SOBERANIA E AUTOGOVRENO

SAGGIO SULLA STORIA DEI CONCETTI E DEL REPUBBLICANESIMO NELLA COSPIRAZIONE MINEIRA: MEMORIA, SOVRANITÀ E AUTOGOVERNO

Lucas de Alvarenga Gontijo[1]

Resumo:
O presente artigo investiga a instauração da subjetividade republicana durante a vigência do *Antigo Regime* português, na *Capitania de Minas Gerais*, a perscrutar conceitos utilizados pelos sediciosos envolvidos no episódio da *Conjuração Mineira*. O ensaio se vale da perspectiva da *história dos conceitos* para examinar eventuais conexões entre o *humanismo cívico* italiano dos séculos XIV e XV (mais especificamente *Petrarca* e *Salutati*) e o ideário dos Conjurados mineiros, no século XVIII. Para cumprimento de tal objetivo foi necessário reconstruir matrizes greco-romanas usadas pelos intelectuais florentinos para analisar sua receptação, ressignificação e adequação, tanto no contexto florentino como no contexto da sedição republicana mineira. O artigo reflete, nessa perspectiva, sob inspiração de Raffaele De Giorgi, como as seleções de memória operam para construir identidades a cabo de sustentar postulados políticos, como soberania e autogoverno. A sugestão metodológica do ensaio partiu do livro *Ser Republicano no Brasil Colônia* de Heloisa Starling, incrementado com estudos sobre o *humanismo cívico* e proposições acerca do *ethos* republicano segundo Michel Foucault, ao dissecar conceitos das lavras de *Políbio* e *Cícero*, como *parresia* e *isegoria*.
Palavras-chave:
História dos Conceitos; Memória; Republicanismo; Soberania; Autogoverno; Humanismo cívico; Conjuração Mineira.

Riassunto:
Il presente articolo indaga l'instaurazione della soggettività repubblicana durante la vigenza dell'Antico Regime portoghese, nella Capitania di Minas Gerais, esaminando i concetti utilizzati dai sediziosi coinvolti nell'episodio della Cospirazione Mineira. Il saggio utilizza la prospettiva della *storia dei concetti* per esaminare le eventuali connessioni tra l'*umanesimo civico* italiano del XIV e del XV secolo (in particolare Petrarca e Salutati) e l'ideale dei Congiurati di Minas Gerais nel XVIII secolo. Per raggiungere questo obiettivo, è stato necessario ricostruire le matrici greco-romane utilizzate dagli intellettuali fiorentini per analizzarne la ricezione, la risignificazione e l'adattamento sia nel contesto fiorentino sia più tardi nel contesto della sedizione repubblicana nel Minas Gerais. L'articolo riflette, in questa prospettiva, sotto l'ispirazione di Raffaele De Giorgi, su come le selezioni della memoria operino per costruire delle identità al fine di sostenere postulati politici, come la sovranità e l'autogoverno. Il suggerimento metodologico di questo saggio proviene dal libro *Ser Republicano no Brasil Colônia* di Heloisa Starling, integrato agli studi sull'*umanesimo civico* e alle proposizioni sull'*ethos* repubblicano secondo Michel Foucault, quando si sviscerano concetti tratti dalle opere di Polibio e Cicerone, come *paresis* e *isegoria*.
Parole chiavi:
Storia dei concetti; Memoria; Repubblicanesimo; Sovranità; Autogoverno; Umanesimo civico; Cospirazione Mineira.

1 INTRODUÇÃO: SELEÇÕES DE MEMÓRIA DO *DAVID* DE MICHELANGELO E OS *DOZE PROFETAS* DE ANTÔNIO FRANCISCO LISBOA

[1] Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da PUC Minas e professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC.

Em setembro de 1504 era inaugurada publicamente uma das mais significativas obras do renascentismo italiano, a escultura *David*, de Michelangelo. A monumental obra podia ser vista pelos florentinos na entrada do *Palazzo della Signoria*.[2] O herói bíblico era muito significativo às temáticas florentinas, à época; Havia, ao menos, outras duas reconhecidas referências feitas em bronze, uma por *Donatello* e outra por *Verrocchio*. Em ambas *David* figura vitorioso sobre o guerreiro filisteu *Goliat*, tendo sua cabeça decepada aos pés de *David*. Michelangelo inova e impressiona a perspectivar *David* antes da batalha com *Goliat*. O herói hebreu exibe um semblante apreensivo, o olhar a mirar um alvo. Pupilas dilatadas nucleiam um olhar concentrado, composto pela testa marcada por rugas verticais entre as sobrancelhas. Mas toda a tensão é facilmente captada como domínio do momento e direcionamento do pensamento para a ação. *David* parece planejar o golpe que desferirá valendo-se tão semente de uma *funda*, a sua atiradeira de pedras. O enredo da passagem bíblica é bem conhecido (Samuel, 17): O gigantesco *Goliat* havia desafiado qualquer guerreiro israelense ao combate pessoal e postulava que aquele que morresse teria seu povo subjugado à escravidão.[3] As fileiras israelenses estavam intimidadas, temiam o experiente e desproporcional guerreiro filisteu. *David*, que nem mesmo era um soldado, aceita o desafio prontificando-se ao combate. O rei Saul, sem alternativa, o envia. O jovem pastor se adianta à peleja e alveja com uma pedra a testa de *Goliat*, desfalecendo-o. *David* toma a espada adversário e lhe decepa a cabeça; liberta seu povo do domínio inimigo.

A obra de Michelangelo detinha um feixe de simbolismos ligados ao renascentismo. Sobretudo pelo fato de que o herói encarnava uma espécie de síntese do domínio da razão sobre as circunstâncias adversas, a *fortuna*[4]. A postura de *David* apresenta-se como reverbero do *vir virtus* clássico e renascentista. Noutra mão, a escultura representava o tema da liberdade que caracterizava a república de Florença. Numa perspectiva muito difundida à época, o olhar de *David*, com semblante sério e cauteloso, se direcionava à Roma, a ameaça do império à soberania florentina. Se de um lado o momento heroico tematizado por Michelangelo

[2] Embora estivesse previsto que a escultura decoraria a entrada da *Catedral de Santa Maria del Fiore*, pois havia sido encomendada para composição de esculturas bíblicas utilizadas para decorar a parte externa do sitio religioso (atualmente *Duomo di Firenze*), o simbolismo político republicano que manifestava a trouxe para um espaço governamental, pois a república acabava se ser restaurada na cidade-Estado florentina. Só em 1873 a escultura foi transferida para o interior da *Galleria dell'Accademia di Firenze* (*Galleria degli Uffizi*), enquanto a *Plazza* recebeu uma réplica para ficar exposta ao tempo.

[3] O episódio bíblico não poderia ser mais ilustrativo à temática da liberdade: "Escolhei um homem e que ele desça par junto de mim! Se ele for bastante forte para lutar comigo e me vencer, nós seremos vossos escravos. Se eu for mais forte que ele e o vencer, vós sereis nossos escravos e nos servireis" (SAMUEL, 17, 8-9).

[4] No entendimento do humanismo cívico cabe ao humano, em sua excelência (*virtù*), contornar e se sobrepor às adversidades que a vida eventualmente lhe traz. As adversidades, os infortúnios, eram representados, na Roma Antiga, pela deusa *Fortuna*, a simbolizar o acaso, o destino.

congregava o expoente humano a jogar-se em peleja para derrotar a fortuna, de outro a perfeição física da obra provava a magnitude do criativo humano. O tema da luta contra a tirania, a *signoria*, permeava de modo visceral o universo ideológico do *humanismo cívico*, do qual o escultor florentino era herdeiro e expoente.

Certamente a escultura representa uma série de seleções de memória. Talvez se supusesse uma reminiscência da religião capitaneada pelos romanos, a coragem de um herói, o *ethos* renascentista, o gênio de Michelangelo, o republicanismo florentino, a prerrogativa da *virtù*. A memória opera sempre através de uma distinção do observador. Toda memória tem dois lados: recordar é um, esquecer é o outro.

Raffaele De Giorgi, no texto *Roma Como Memória da Evolução*,[5] disserta sobre a relação entre memória e identidade. Para que haja uma identidade é preciso que haja uma memória. Ao refletir sobre Roma, sobre a memória de Roma, o mestre de Lecce dispõe que "por meio da sua memória, a cidade atualiza continuamente a própria identidade, ou seja, reproduz initerruptamente a própria diferença" (DE GIORGI, 2006, p. 79). Reconhecer a sua própria identidade é poder se distinguir. *David* é um mito identitário hebreu, um mito bíblico. Mas o *David* de Michelangelo é um mito que tanto pode servir ao ideal republicano quanto ao ideal de *virtù* renascentista e esses ideias podem se confundir para uns e não se confundir para outros. Paralelamente, a refletir sobre o mito Roma – que bem caberia ao mito de Florença -, De Giorgi escreve:

> A cidade constrói para si mesma uma mitologia da origem e se representa como uma cópia da ordem do mundo. Depois, as mitologias da origem se multiplicarão, se diferenciarão e continuarão por toda a Idade Média e pelo Renascimento e, quando o domínio político procurar num direito o fundamento para o poder, construirá este direito por meio de uma atualização de uma daquelas mitologias (DE GIORGI, 2006, pp. 79-80).

Três séculos depois da consolidação das ideias do humanismo cívico a fundadas em Florença, uma conjuração de poetas a moda das sociedades de letrados (*Republica litterarum*), inspirados em Petrarca e Salutati, foi desbaratada em Minas Gerais. As memórias dos ideais republicanos, como autogoverno, igualdade, liberdade, foram, quando não assassinadas, trancafiadas em calabouços escuros para que ali aguardassem a morte lenta.

Em *terra de fronteira*[6], nos confins do Império Português, na América do Sul, na vila

[5] O artigo faz uso da tradução de Guilherme Leite Gonçalves, publicada no livro Direito, Tempo e Memória, editado pela Quartier Latin do Brasil, em 2006. O texto foi originalmente publicado como *Rom als Gedächtnis der Evolution* (In): Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Plank-instituts für europäische Rechtgeschichte 4 (2004), pp. 142-161.

[6] *Terra de Fronteira* era a expressão vocabular do século XVIII em língua portuguesa para determinar espaços de baixa institucionalização política. De alto risco em decorrência da escassa disposição de policiamento e

de Congonhas do Campo, sete anos depois do enforcamento e esquartejamento de Tiradentes e degredo perpétuo dos conjurados mineiros para a África, o arquiteto e escultor *Antônio Francisco Lisboa*, cognominado *Aleijadinho*[7], dava início às esculturas dos *Doze Profetas* a compor o adro do *Santuário do Bom Jesus de Matosinhos*. A composição propondo profetas do *Antigo Testamento* em posições prenunciativas, sugere o triunfo da justiça divina sobre os ímpios. Os profetas são aqueles que predizem o futuro, mas predizem um futuro que já é, que está fora do tempo. A profecia pertence ao tempo sem início e que também não termina. Os profetas escolhidos por Francisco Lisboa representam a voz dos oprimidos frente aos tiranos que haveriam de ver pesar sobre si mesmos a justiça divina[8]. Abaixo do adro, encontram-se ainda seis capelas a abrigar uma singular coleção de esculturas em cedro policromado encenando o martírio da Paixão, o sofrimento de Cristo e demais personagens ligados a ele são acompanhados pela vileza dos centuriões romanos. As composições insinuam tensão entre crueldade e dor, soberba e desespero, ocupando os estreitos cenários de cada capela.

Esse conjunto artístico hoje amplamente celebrado e reconhecido como uma das relíquias do barroco mineiro permaneceu à sombra da memória por mais de um século até ser redescoberto no século XX. O conjunto arquitetônico e suas esculturas constituem um dos mais relevantes patrimônios do barroco universal, sendo que a igreja foi elevada à condição de Basílica Menor pelo Vaticano. E em 1985, a UNESCO declarou o santuário Patrimônio da Humanidade.

As belas artes mineiras foram fundadas a partir desse momento excepcional de sua história. E seu maior nome nascera do ventre de uma mulher escrava, Isabel. Liberta somente após o batismo de seu filho[9]. A arte do período colonial mineiro permaneceu como não-memória, ignorada. A composição dos Profetas e as Capelas era vista como desimportante e disforme. Os poucos críticos que lhe dispensaram alguma menção, no século XIX, lhe criticavam a falta de proporção, os corpos por demais espessos e curtos, cinzelados toscamente.[10] Havia dificuldade para compreendê-la. Os significados das deformidades, seu singular e precoce expressionismo, não podiam ser lidos porque faltava cognição aos

precariedade generalizada de serviços públicos. Terra de fronteira pode ser parcialmente traduzido pela expressão norte americana *far West*.

[7] O escultor preto desenvolveu uma doença que lhe atrofiara os dedos das mãos, fazendo com que as ferramentas tivessem que lhe ser atadas aos punhos para que pudesse trabalhar.

[8] Os profetas são: Joel, Amós, Oséias, Malaquias, Abdias, Jonas, Baruc, Naum, Sofonias, Habacuc, Ageu e Zacarias.

[9] Antônio Francisco Lisboa nasceu em 1730, em Ouro Preto. Filho do senhor de sua mãe, o arquiteto português Manuel Francisco da Costa Lisboa (ANASTASIA, 1997, p. 47).

[10] Ricardo Giannetti, em um preciso trabalho de reconstrução das impressões captadas sobre o adro dos profetas de Congonhas, constrói essa narrativa: a arte barroca mineira foi desconsiderada durante todo o século XIX, com parcas e discretas exceções.

interpretes. Em 1924, um grupo de intelectuais paulistas que se auto nominavam modernistas vieram à Minas conhecer o patrimônio barroco setecentista. O grupo era liderado por Mário de Andrade. E esses passaram a recuperar fragmentos de uma memória-identidade perdida (GIANNETTI, 2022, pp. 75 *et ss*.)[11].

O artífice do conjunto da *Basílica Menor de Congonhas* imprimia emoções em seus personagens de maneira que não há segundo no Barroco Mineiro. Dirigia, com destreza, signos ao povo para qual operava sua arte, sua comunidade política. Como observara Pietro Maria Bardi, a arte desse solitário mestre é verdadeiramente antológica. Francisco Lisboa revela "o próprio pensar e expressar: é o escultor do Brasil, fundador de intimidade de modos populares devotos da Cristandade. (BARDI, p. 24)[12].

O contraste que este artigo propõe são as condições de possibilidade das seleções de memórias do contexto renascentista e o contexto pós desmantelamento das esperanças republicanas nas Minas setecentistas, ainda sob a égide do Antigo Regime colonial brasileiro. De um lado, melancolia e impotência dos personagens de Francisco Lisboa e, de outro, a pertinácia e segurança de si do *David* de Michelangelo. Restava ao artista mineiro os presságios proféticos, um não presente. Restava à Minas as curvas oblíquas do barroco e a memória da flagelação de um Deus torturado pelo Império Romano.

O presente artigo busca dar continuidade a recuperação desses fragmentos a perscrutar conexões entre o ideal republicano desenvolvido pelo humanismo cívico italiano, no século XIV, e sua receptação pelos poetas que foram designados como *inconfidentes* pelos Autos da Devassa, no século XVIII. Essas conexões foram sugeridas pela investigação feita pela autora Heloisa Starling sobre como os conceitos políticos fluem no tempo, sendo ressignificados, inventados, descobertos, seguindo as investigações propostas no livro *Ser Republicano no Brasil Colona*.

2 SELEÇÕES DE MEMÓRIA, REMINISCÊNCIAS E SOCIEDADES DE POETAS: A EURÍSTICA DOS CONCEITOS DO HUMANIMSO CÍVICO A INPIRAR SEDIÇÃO NAS MINAS SETECENTISTAS

[11] Nesse sentido, confira também: IGLÉSIAS, Francisco. Modernismo: Uma reverificaçâo da inteligência nacional (*In:*) PAULA, João Antônio (org.) História e Literatura: Ensaios para uma História das Ideias no Brasil, São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Cedeplar-FACE-UFMG, 2009.

[12] Pietro Maria Barbi registra um interessante elogio à genialidade de Franciso Lisboa: "O Aleijadinho era pouco discutido na época do seu surpreendente surgimento, sua obra tida como um desenvolvimento natural do Barroco: fato totalmente popular. O solitário mestre, independente no seu operar, representa hoje a verdadeira genialidade do período mais excepcional da arte brasileira" (BARDI, 1989, p. 12)

Como as palavras fluem no tempo? Como os conceitos são inventados e transmitidos a diferentes contextos históricos, políticos e sociais? Que poder têm as palavras para insuflar revoluções? A proposta desta seção se insere numa investigação típica da história dos conceitos. A sugestão vem das lavras de Starling, que pode ser sintetizada na seguinte passagem:

> Eles não optaram, porém, pela simples importação de ideias. Os conjurados mineiros recorreram a esse repertório como um conjunto de ferramentas e recursos intelectuais que poderiam ser mobilizados, selecionais e reelaborados confirme suas possibilidades de explicar e intervir na conjuntura em que estavam vivendo (STARLING, 2018, p. 133).

Nesta segunda parte do artigo, portanto, buscar-se-á estabelecer relações que conectam o mundo renascentista florentino ao universo subjetivo da sociedade de poetas setecentistas da Capitania das Minas Gerais. Com efeito, reminiscências do mundo clássico precisarão ser reconstruídas, isto é, far-se-ão seleções de memória, escolhas por continuidades possíveis nesta tradição republicana. Não obstante, o texto também valer-se-á, para tal propósito, de estruturas de raciocínios indicadas por Michel Foucault, ao analisar a postura pró ativa da cidadania republicana greco-romana.

Na terceira e última parte do artigo, levantar-se-ão hipóteses sobre o contraste do auto empoderamento autoconfiante da escultura de Michelangelo e o momento de retração qual as esculturas de Francisco Lisboa foram talhadas. O propósito não é propriamente dissecar as seleções de memória de cada um dos artistas para expressar suas mundividências, mas refletir sobre seus contextos e sobretudo acerca da linha subjetiva que eventualmente os conecta.

2.1 A memória da Florença republicana

Ao pensar na cidade-estado que abrigava a monumental escultura de Michelangelo, a Florença do início do século XVI, há que se fazer algumas seleções de memória para inferir que sua comunidade política havia consolidado um denso e vasto arcabouço teórico de postulados tanto morais quanto políticos a fundamentar o autogoverno republicano. Essa tradição político-moral vinha se consolidando desde meados do século XIV. E essa subjetividade ideológica era permeada por dois referenciais ideológicos: primeiro a filosofia moral que conduzia a educação ao ideal de *virtù*[13]. Em segundo, o comprometimento com a liberdade política, isto é, o direito à igualdade política para exercício da vida pública. A

[13] Não se traduz a expressão italiana *virtú* e nem mesmo a expressão latina que lhe deu origem, *virtus*, para as demais línguas como *virtude*, porque guardam um significado específico, no contexto em que foram instrumentalizadas. Ambas, seja em italiano florentino, seja em latim, se referem à busca pela plenitude das faculdades humanas, pressupondo, portanto, a ideia de *vir* (homem).

liberdade, nesse sentido, não era tematizada sob a perspectiva individual, mas coletiva: ser livre para participar das decisões em âmbito da pólis.

A reconstruir um pouco dos comprometimentos ideológicos do humanismo cívico, vê-se que o *David* de Michelangelo representa uma espécie de coroamento, já na virada para o *cinquecento*, de um processo político de longa duração, que tem raízes na Antiguidade Clássica, mas que, em sua temporalização específica, dá vasão às filosofias morais tanto de *Francesco Petrarca* (1304-1374), como de *Coluccio Salutati* (1331-1406), passando pelos demais teóricos do humanismo cívico. Dentre eles, deve-se destacar, ao menos, *Leonardo Bruni* (1369-1444), *Paolo Vergerio* (1370-1444), *Poggio Bracciolini* (1380-1459). Seguidos de perto pela chamada segunda geração, quando se reconhece *Giannozzo Manetti* (1396-1459), *Leon Battista Alberti* (1402-1472) e *Matteo Palmieri* (1406-1475)[14].

Usualmente não se inclui, entre os autores renascentistas, a figura de *Petrarca*, mas sua obra é a mais incisiva no propósito de restauração da memória republicana romana. Foi esse autor e poeta o principal responsável pela reintrodução da obra de Cícero para fundamentação de caminhos políticos que, para além de Florença, angariou uma constelação de cidades do norte da Itália a postular em defesa de seus respectivos autogovernos. Ao retomar os estudos da retórica e das filosofias morais-políticas clássicas, Petrarca restaura processos de educação para a vida republicana e para o autogoverno que se estruturariam a partir de uma busca interior pela excelência humana[15]. Cícero considerava fundamental uma educação fundada na combinação entre retórica e filosofia. Cultivar a *virtus* significa expandir a capacidade de compreensão filosófica e moral humana. O meio para que tal objetivo seja atingido é pelo esclarecimento cognitivo do indivíduo, processo que é desencadeado pela prática retórica. Para o político e autor romano, a palavra *vir* (homem) se intersecciona com a palavra *virtus*, apontando para o objetivo de toda educação cívica, que por sua vez consistiria em desenvolver o *vir virtutis* a busca pela excelência humana, entendida como aperfeiçoamento do caráter, da moral e da dignidade humana.

Seguindo a historiadora Heloisa Starling, quando analisa a trajetória ideológica dos conjurados mineiros, apreende-se que Petrarca exerceu prima influência sobre eles, sobretudo

[14] A Renascença foi talvez o mais esplendoroso e otimista movimento intelectual da humanidade. Mais que o iluminismo, as convergências dos ideais políticos do humanismo cívico conjugados com a arte renascentista teve um potencial sem comparação na subjetividade ocidental. "A racionalidade acarretada por esse amálgama pretende edificar uma nova visão antropológica perante o cosmo, pois trazem em si algo muito especial, uma reversão metodológica assaz revolucionária: o ser humano e suas estruturas sociais seriam susceptíveis de aperfeiçoamento. Destarte, esse entusiasmo é uma formidável roldana de movimentação, pois gera uma era na qual tudo se prima pelo futuro" (GONTIJO, 2023, p. 68).

[15] É preciso esclarecer que Petrarca elegeu a monarquia como melhor governo, seguindo a tradição tomista. Contudo, o efeito geral de sua obra vem a corroborar os regimes republicanos.

com referência à Cláudio Manuel da Costa. Saí exatamente das lavras de Petrarca o mais estreito elo que conectaria o humanismo cívico à sedição republicana mineira do século XVIII. (STARLING, 2018, pp. 86 *et* ss.). Petrarca também alimenta outras insurreições republicanas na América, com especial ênfase para a Norte Americana[16].

Petrarca constituiu a porta de entrada para o humanismo cívico permear na sociedade de poetas que constitui a comunidade dos intelectuais mineiros. Daí se estabelece uma cadeia de elos entre sociedades de poetas arqueada desde Cícero, Virgílio, Horácio, passando pelos poetas do *quatrocento* italiano, a chegar ao arcadismo mineiro, no século XVIII. Nessa cadeia, ao focar *Salutati*, por sua vez, deve-se render créditos à própria *Ars Dictaminis* bolonhesa, anterior ao momento intelectual renascentista. Mas segundo Newton Bignotto, o pensamento de *Salutati* delimita precisamente a transição do medievo ao humanismo cívico (BIGNOTTO, 1991, p. 27). Fato que, com esse autor, se constitui o núcleo duro sobre o qual o humanismo cívico se estruturou: (1) Elogio da liberdade e da *vita civile*, (2) a condenação da tirania, (3) o amor aos clássicos, (4) a associação da retórica à vida política (BIGNOTTO, 1991, p. 21). A partir de *Salutati* se postula a liberdade como efeito da vontade e da razão.

Pois bem, a partir da obra *De oratore* de Cícero, o autêntico *vir* deve, antes de mais nada ser um sábio. Com efeito, o acuro da *filosofia moral* é essencial para formação do caráter. Logo, há um imbricamento da formação pessoal, a vida pública e a necessária participação dos cidadãos nos assuntos de suas respectivas comunidades políticas. A realização humana não se dá no plano individual, mas no coletivo no exercício da cidadania. A associação entre vida pública e filosofia moral pressupõe se fazer o bom uso da retórica[17], de modo que o exercício da vida pública se dá pelo uso da palavra[18], ação dos cidadãos em suas comunidades políticas. Forma-se assim um *ethos* republicano. A expressão que se torna eixo dessa postura se traduz por *vita activa*, isto é, a participação na vida pública, a deixar de lado a vida contemplativa. É possível ler então que a formação de um grupo de *litterati* nas minas setecentistas, isto é,

[16] Cf. SELLERS, M. N. S., ***The sacred fire of liberty***: republicanism, liberalism and the law, MacMillan Press LTD, London: 1998.

[17] Sobre o uso da retórica como mecanismo capaz de se conquistar a lucidez, isto é, a retórica sob a perspectiva de Aristóteles e toda a tradição decorrente do pressuposto que a verdade é mais forte que seus contrários e que o caminho para se encontrar a verdade é justamente a prática retórica, conferir: GONTIJO, Lucas de Alvarenga; SOUSA, Marco Antônio Alves de. *The Ethic Ground of Juridical Practice Under an Aristotelian Prism: a study on argumentative rationality and its uses in law practice*, v. 20 n. 39, Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2017 (disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2017v20n39p134

[18] As melhores armas que uma sociedade de letrados como a mineira poderia escolher. De fato, eram hábeis com o manejo da retórica, haja vista três dentre eles terem sido apontados como os mais importantes referenciais poéticos do período colonial brasileiro na celebre seleção *Antologia dos Poetas Brasileiros da Fase Colonial* de Sérgio Buarque de Hollanda (1952).

"homens cultos, preparados para o poder, ávidos por adquirir conhecimento e por debater e aplicar o que haviam apreendido com estudo e reflexão" (STARLING, 2018, p. 87). Starling em seu *Ser Republicano no Brasil Colônia* expõe detalhadamente os fios dessa conexão entre poetas, sobretudo sob a coordenação e empenho de Cláudio Manoel da Costa. A inclinação para se dedicar à ação política, constituíra uma das premissas dos conjurados mineiros. É sustentável, portanto, que chegou às Minas Gerais setecentistas a latência conceitual ciceroniana de *virtus*: a busca do mais alto nível de excelência, *i.é,* a busca da melhor preparação possível para o ingresso na vida política.

Contudo, os poetas mineiros estavam inseridos numa sociedade caracterizada pelo *ethos* nobiliárquico, hierárquico, estruturado pela vassalagem, pela submissão e pelas teias do sistema das mercês. O universo do príncipe não é compatível com a fala franca, com a arguta prática retórica, mas com a bajulação, com os interditos, com a mecânica de inclusões e exclusões segundo critérios discricionários da coroa e seus prepostos. O curso da história conduziu os conjurados mineiros a se colocaram em rota de colisão com a ordem política colonial. O afeto qual os arrastou à sedição foi o patriotismo, cultivado gradativamente, à medida que se davam conta de sua identidade, selecionando suas próprias memórias.

Como se estrutura o conceito de pátria sob a perspectiva do humanismo cívico? Newton Bignotto ilumina o cominho: Petrarca, na obra *De sua ignorancia*, dispõe sobre o dever de se cultivar as virtudes para que o indivíduo possa servir à sua comunidade política. Pressupõe-se, para isso, a volta ao modelo clássico de educação: *studia humanitatis,* em suas palavras. Nesse sentido, acompanhando o poeta florentino, ao se dar valor aos textos do passado, afirma-se concomitantemente o caráter social da humanidade. Conclui que é preciso que os homens se mantenham coesos e isso se atinge através da devoção à pátria (BIGNOTTO, 1991, p. 11). O patriotismo florentino era incentivado pelos humanistas, sobretudo por Leonardo Bruni, para que se garantisse, mesmo que via gládio, a sobrevivência da autonomia política das sempre ameaçadas cidades-estado do norte da Itália, por impérios estrangeiros invasores. Ora, o vocábulo pátria havia se aninhado nas discussões dos conjurados, como nos revela Starling, ilustrando seu ponto de vista através de diversas citações de poemas dos conjurados e descrevendo a latência patriótica de Tiradentes, por exemplo.[19] O conceito de pátria "expressava a responsabilidade do indivíduo por uma comunidade limitada e se traduzia, naturalmente, na lealdade à República que provê e reproduz o bem comum. Pátria, nessa

[19] Nesse sentido, confira também: FIGUEIREDO, Lucas. ***O Tiradentes***: uma biografia de Joaquim José da Silva Xavier, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

acepção, é uma instituição moral e política que pode - ou não - estar associada às exigências de uma terra natal". STARLING, 2018, p. 108).

Esse afeto fez com que os conjurados, em algum momento, fizessem um pacto de sangue. Talvez num dos muitos serões em que celebravam a *philia*, comovidos pela poesia, pela música, talvez algumas garrafas de vinho, mas aconteceu: cruzaram a linha e se comprometeram em libertar Minas Gerais do julgo imperial, fundariam uma república. A partir desse dia, se viram como *Davids* de Michelangelo, escultura síntese do ideal de independência política da Florença soberana. A concentração intelectual do personagem bíblico prestes a iniciar sua peleja, a excelência física humana que a escultura exalta, edifica o que pode ser muito bem definido por Quentin Skinner: "os humanistas concentraram suas preocupações em torno do ideal de liberdade republicana, voltando a atenção, acima de tudo, para as ameaças que podem pairar sobre ela e para os modos como é possível garanti-la" (SKINNER, 1996, p. 94).

O passo que os conjurados deram é efeito da opção pela *vita activa*, o modo de vida que só é realmente possível numa república. Para eles, por inspiração dos humanistas cívicos florentinos[20], se apruma uma nova consciência capaz de produzir engajamento político de compatriotas para lida do autogoverno. Esse processo cívico aglutinador se revela por meio do que se convencionou nominar por *vita activa*. O pressuposto da *vita activa* é um dos ingredientes que insuflará os plano de um levante armado nas Minas setecentistas.

2.2 Soberania republicana para além da independência e do autogoverno: direito à fala franca

A colônia, como é amplamente registrado na documentação histórica setecentista, vivia sob o julgo implacável do império português, indiferente às suas necessidades e pelejas. As ameaças constantes de se executar a *derrama*[21], as restrições arbitrárias e crescentes[22], assim

[20] É claro que Florença não construía essa tradição sozinha. À sua colação também estavam Lucca, Pádua, Veneza, Sena, Arezzo, Milão e outras. Todas, com a exceção de Veneza, sempre oscilando, assim como Florença, em eventuais resvalos para a *signoria*, por alguns períodos.

[21] A Coroa portuguesa havia estabelecido, desde 1734, que a arrecadação mínima a ser produzida pelos mineradores seria de 100 arroubas anuais de ouro (uma tonelada e meia). Nos anos que essa quantia não fosse atingida, seria cobrada à força dos moradores da Capitania. Como narra Anastasia, "as autoridades portuguesas acreditavam que os mineradores escondiam ouro para pagar menos tributo ou simplesmente recorriam ao contrabando para lesar o tesouro real" (ANASTASIA, 1997, p 48). O ouro foi se exaurindo e as autoridades portuguesas eram indiferentes a esse fato. A partir de 1763, as 15 arroubas não mais foram atingidas e os impostos começaram a se acumular, sob a sempre ameaça da aplicação da derrama.

[22] Há inúmeros episódios confirmam essa postura. A título de exemplo da arbitrariedade, para maximizar a arrecadação, em 1785, a Coroa extinguiu o funcionamento de manufaturas na capitania, impondo aos mineiros a importação de todo e qualquer tipo de pano para seu uso, com exceção da fabricação de tecido grosso de algodão para vestimenta dos escravos. Cabe ressaltar que não era permitido aos colonos importarem tecidos diretamente,

com a indiferença por demonstrar, em inúmeras oportunidades, que a coroa portuguesa via os mineiros como maus súditos, sempre ávidos para a passar a metrópole para trás, deixam claro que o reino era estratificado e segregador dos brasileiros. Durante o reinado de Dom José I, sob a batuta do ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, os colonos até alcançaram postos mais elevados na administração da colônia, mas isso nunca representou, de fato, ocupar os principais cargos estratégicos do governo colonial. O sistema das mercês não chegava aos colonos de modo a permitir-lhes protagonismo na capitania.

Liberdade e igualdade constituem os dois motes estruturais da tradição republicana. Há que se ressaltar que, no contexto da tradição greco-romana-italiana, não se vislumbra liberdade como um direito individual (fazer o que se deseja), mas um direito de âmbito coletivo, referente à esfera pública. A igualdade é o pressuposto para que exerça a liberdade, perspectivada sempre perante à pólis, direito ao autogoverno. Logo a liberdade é transversal ao direito constitutivo da soberania, tanto dos cidadãos entre si (cidadania) como com referência à independência e ao autogoverno (em relação a outros estados ou aos impérios). Com efeito, se a ideia de liberdade se traduz, nesse sentido, por soberania, pressupõe-se a tradição greco romana. Na terminologia usada por Políbio, se tem o conceito *politeia*, terminologia que Cícero traduziu para *res publica*, em latim. A ideia de *politeia* pressupõe a expressão conexa: *eleutéria*. É possível perceber a receptação dos textos de Políbio, a constituir o conceito de *politeia* não apenas como o estatuto constitucional de uma pólis[23], mas propriamente a constituição de uma república independente, capaz de gerir a si mesma. *Eleutéria* era a designação grega para expressar o direito de a cidade-estado governar a si a mesma. Vale acompanhar as exatas palavras de Foucault, ao tratar desse tema:

> "d'eleutheria (de liberté) quise refere à l'indépendance nationale, à l'indépendance d'une cité par rapoort à la domination d'une autre; eleutheria se réfère aussi à la liberté intérieure, c'est-à-dire [au] fait que le pouvoir n1est pa détenu d'uni façon despotique ou tyrannique par um chef et um seul." (FOUCAULT, 2008, *Leçon du 2 février 1983, Primière heure*, p. 138)[24].

Eleutéria tem, portanto, um duplo sentido. Se refere a autonomia soberana da pólis como também se refere à autonomia individual, numa sociedade onde todos têm o direito de participar da vida política sem que estejam submetidos a um chefe, a um líder despótico. Não

mas tão somente nas mãos dos atravessadores portugueses, quando se recolhia os chamados "impostos de entradas", nos interpostos de arrecadação nominamos por "registros".

[23] A palavra politeia tanto em Platão quanto em Aristóteles aparece com o sentido de forma organizacional estatutária de uma cidade-estado.

[24] Tradução: "eleutéria (de liberdade), que se refere à independência nacional, à independência de uma cidade em relação à dominação de outra. Eleutéria também se refere à liberdade interior, isto é ao fato de que o poder não é detido de maneira despótica ou tirânica por um só chefe".

é diferente da concepção de liberdade no contexto do século XIV e XV construídas nas cidades republicanas do norte da Itália, como aponta a leitura de Skinner: a liberdade consiste na ideia de uma "*constituição livre*, que confira a todo cidadão uma igual oportunidade de participar ativamente dos negócios do governo" (SKINNER, 1996, p. 99).

A constituição de Florença havia assegurado, desde o século XIV, a liberdade de seus cidadãos. Garantia-se a todos tomarem parte nos assuntos da república. Exatamente nesse sentido se constitui a ideia de permanente embate entre os cidadãos, "*la joute"* política da qual Foucault discorre no *Cours au Collège de France* de 1982, ao refletir sobre o direito de *isegoria* do cidadão grego nos assuntos de sua pólis (2008, p. 144).

Acompanhando o autor francês, se lê que Políbio, no *Livro II*, dispõe que na constituição das *poleis* gregas de matriz aqueia se encontravam os direitos à *isegoria* e à *parresia*. Esses direitos conjugados formam o estatuto da democracia. Por *isegoria*, isto é, igualdade à palavra pública [*égalité de parole, droit égal à la parole*] – (2008, *Leçon du 2 février 1983, Primière heure*, p. 137) se garante o direito de participação ativa na pólis. Por *parresia*, ao seu turno, entende-se a fala franca, o direito de falar abertamente, sinceramente ["*qui est la parrêsia: la liberté de prendre la parole et, dans la parole, d'excercer le franc-parler*"]. (2008, p. 139). É interessante notar que Foucault se detém nesse âmbito específico em que a democracia geral está garantida por essa composição entre direito de participar abertamente por meio da fala e a democracia decorre do efeito da verdade.

O mito simbolizado por *David* remete à luta por liberdade[25]. A posição de combate detectada no contrapeso do corpo, a tensão apreendia de seu semblante, as veias do punho estufadas, seu olhar fixo a mirar o inimigo, tudo levava a revelação dos propósito dos humanistas do começo do século XV: uma cidadania armada, independente, corajosa e segura de si. Já na cena mineira da transição do século XVIII para o XIX, os corpos retorcidos e curvados dos personagens, sobretudo do Cristo, a agonia capturada em grandes olhos arregalados, a disformidade dos membros dos profetas, já sugerem prostração, apatia frente a aparente irreversibilidade do julgo imperial. Há, contudo, uma dimensão atemporal na composição da temática barroca que sempre pressupõe a chegada eminente do juízo final. A justiça só é realizável na dimensão transcendental, código reiterado do barroco mineiro.

[25] Como consta no texto bíblico, *Goliat* sai das fileiras dos filisteus avança até o exército israelense e diz: "Escolhei um homem e que ele desça para junto de mim! Se ele for bastante forte para lutar comigo e me vencer, nós seremos vossos escravos. Se eu for mais forte que ele e o vencer, vós sereis nossos escravos e nos servireis" (SAMUEL, 1. 8-10)

Os colonos mineiros desse período não tiveram a oportunidade de governar a si mesmos. O sistema hierárquico da sociedade qual estavam submetidos impedia que os cidadãos estivessem em condição de ocupar a *prôton zugòn* [linha de frente][26] de sua comunidade política. Numa sociedade dos iguais, onde os cidadãos podem efetivamente se ocupar dos assuntos públicos, há sentido para a palavra liberdade. Mais uma vez retomando Foucault, vale lembrar que em seu curso de 1982 lembra que em grego arcaico havia uma expressão que designava aquele que poderia se ocupar os assuntos de públicos de sua pólis: *polei kai logô khrestai*. Que denotava como um tipo específico de atividade política. Como infere Foucault, "*polei khrêstaì*, c'est s'occuper de la cité, prendre en main ses affaires. *Logô khrêsthai*, c'est se servir du discours, mais du discours raisonnable, du discurs de vérité" (2008, p. 144)[27]. Portanto, esse estatuto confere ao cidadão poder participar da vida pública e fazer isso por meio do discurso. Assim, pela razoabilidade, se chegaria ao discurso justo, o discurso que traz a verdade. O poder opressor do príncipe, em contra partida, não reúne os requisitos da razoabilidade e não chegará à verdade porque é eivado da bajulação, dos interditos, da sujeição que inibe a palavra franca.

Há uma dinâmica, um movimento por se ocupar da cidade, por estar numa sociedade de iguais e livres. A liberdade republicana é que permite o debate, que permite a competição daqueles que querem estar na *prôton zugòn* de suas comunidades políticas. Daí a expressão grega *dýnamis*, que designa o exercício do poder por aqueles que efetivamente podem se ocupar da cidade porque estariam aptos para tanto. Logo, a parresia diz respeito aos que se ocupam da cidade e seu uso implica uma série de perigos, também. Daí o complemento do autor francês ao dispor que "cette supériorité liée à la parrêsia est une supériorité que l'on partage avec d'autres, mais que l'on partage avec d'autres sous la forme de la concurrence, de la rivalité, du conflit, de la joute" (FOUCAULT, p. 144)[28]. Conflito que garante ao governo uma competição saudável, que pressupõe, em última análise, a vigilância continua entre os cidadãos, observação dos escrutínios para com os assuntos públicos.

A impossibilidade de falar se projetava em diversos sentidos no império português, que se caracterizava pela censura, de múltiplas formas. Os conjurados, como ficou evidenciado nos Autos da Devassa, detinham em suas bibliotecas muitos livros proibidos. Por outro lado, as

[26] Expressão grega retirada da peça *Íon* de Eurípides, qual Foucault instrumentaliza para enfatizar o propósito do protagonista Íon de participar da vida política de Atenas.
[27] Tradução: "*Polei khrêstaì* é se ocupar da cidade, encarregar-se dos seus assuntos. *Logô khrêstai* é se servir do discurso, mas do discurso de razoabilidade, do discurso da verdade".
[28] Tradução: "Essa superioridade ligada à parresia é uma superioridade que se compartilha com os outros, mas que se compartilha com os outros na forma de competição, de rivalidade, de conflito, de combate/embate".

reclamações dos colonos não eram ouvidas e nem poderiam ser francamente pronunciadas. Daí o uso frequente de poesia de encomio, estilo poético em que se elogiava autoridades e se inseria, de maneira sempre oblíqua ou sinuosa, parcos apelos para com a gestão pública. Ou, ainda, tentava se insinuar virtudes do bom governo, com a esperança de que por constrangimento às suas vaidades, os governantes buscassem se espelhar nessas mesmas virtudes. Esse estilo literário fora muito usado tanto por Cláudio Manoel da Costa como por Alvarenga Peixoto. Falar na constância do *ethos* nobiliárquico era sempre um risco. O direito de fala, conclui Foucault, seria constitutivo da cidadania republicana, sendo, a essência constitutiva da comunidade política livre:

> L'iêgoria, c'est le droit de parler, le droit statutaire de parler. C'est le fait que, en fonction de ce qui est la constituition de la ville (sa politeia), chacun a le droit de donner son avis, encore une fois soin pour se défendre devant les tribunaux, soit par le vote, soit même éventuellement en prenant la parole. Ce droit de parole est constitutif de la citoyenneté, ou encore il est un des éléments de la constitution de la cité. La parrêsia, elle, est bien liée et à la politeia (à la constitution de la cité) et à l'isêgoria. (2008, p. 145)[29]

Vale o complemento sugerido nas palavras de Skinner acerca da atmosfera republicana: "Assim se entende que o *ethos* de uma competição constante entre os cidadãos mantenha uma estreita conexão com a preservação de uma república forte e eficiente" (SKINNER, p. 101). O embate, o cultivo da *virtù*, possibilita aprimorar o espírito público. O oxigênio para seguir neste caminho é a *vita activa*. As esculturas de Francisco Lisboa seriam, então, antítese a todas essas possiblidades: representariam frustração e exasperação? Talvez não, como a terceira e última seção desse artigo defenderá.

3 CONLUSÕES SOBRE A RECEPTAÇÃO DE CONCEITOS PELOS REPUBLICANOS MINEIROS

Os conjurados tinham expectativas de que a derrama ocorresse e aguardavam a comoção social que decorreria do autoritarismo desse episódio para dar início ao levante de independência. Era de amplo conhecimento dos colonos de que o governador Luís Antônio Furtado do Rio de Mendonça, Visconde de Barbacena, havia chegado à Capitania com instruções da rainha Maria I para levar a cabo, finalmente, a prometida derrama. Havia, a partir

[29] Tradução: "A isegoria é o direito de falar, o direito estatutário de falar. É o fato de que, dependendo do que for a constituição da cidade (sua *politeia*), qualquer um têm o direito de opinar, seja perante um tribunal, seja pelo voto, seja mesmo eventualmente fazendo uso da palavra. Esse direito de falar é constitutivo da cidadania, ou ainda, é um dos elementos da constituição da cidade. A parresia, ela mesma, está bem ligada à politeia (à constituição da cidade) e à isegoria".

da eminência dessa informação, um plano para iniciar o levante. Quando as tropas fossem mobilizadas para iniciar a cobrança dos impostos atrasados, caberia ao conjurado Francisco de Paula Freire de Andrade, tenente-coronel no comando do Regimento da Cavalaria dos Dragões do Reino, um discurso para virar as tropas. Tiradentes assassinaria o governador Barbacena e lhe deceparia a cabeça, lançando-a ao chão da *Praça de Câmera e Cadeia* (hoje *Praça Tiradentes*), a entoar o grito: "Viva o povo!". A cabeça que simbolicamente estaria indo ao chão seria a da rainha Maria I. "Nesse mesmo dia, os líderes da Inconfidência nas diversas comarcas chegariam à Vila Rica com suas tropas. Da comarca do Rio das Mortes viriam os cavaleiros armados pelo padre Toledo. Do Serro Frio chegaria a tropa organizada pelo padre Rolim" (ANASTASIA, 1997, p. 29). A partir desse momento entraria em curso um detalhado manejo de enfrentamento militar, que havia sido planejado com a expectativa que a guerra de independência duraria muitos anos. Todavia, essa não foi a história. Outra narrativa histórica entrou em curso quando Silvério dos Reis, o traidor, adentrou na residência oficial do governador Barbacena, em Cachoeira do Campo, para delatar a sedição, em março de 1789.

A sedição não passou da circulação das ideias para o disparo das baionetas e o faiscar das espadas. Heloisa Starling, entretanto, nos sugere uma constelação de conceitos que os conjurados estavam a ressignificar: pátria, América, corrupção, liberdade, justiça, bom governo, república, felicidade, *vita activa*. Isso foi possível pelo exercício do afeto da *philia*, pois constituíam uma sociedade de pensamento que se frequentava, se amava mutuamente. Para a autora, eles lograram ampliar soberbamente vocabulário colonial do final do século XVIII, propiciando uma releitura da realidade que os cercava, através da tópica do republicanismo. É fundamental perceber, como enfatiza Starling, que os conjurados não se limitaram a importação de ideias iluministas, humanistas ou clássicas. Em verdade, absorveram conceitos estrangeiros, mas os modificaram para inventar e poder descrever a realidade qual estavam inseridos. Como inventores de conceitos, pelo processo de ressignificação, foram capazes de mobilizar afetos, selecionar memórias e sonhar com o futuro das Minas setecentistas.[30] De Giorgi, em inúmeros escritos, se refere a necessidade de se construir conceitos para a descrição do presente. O pensador de Lecce insiste que essa é a maior deficiência dos contemporâneos, sua baixa capacidade de lidar com conceitos que possam explicar sua realidade.

Na *Republica Literatum* mineira, o princípio da linhagem estava sendo abandonado, as teias do sistema das mercês estavam sob contestação, a contradição da escravidão havia sido posta em pauta. Talvez, o mais importante é a constatação de que a sociedade de poetas iniciou

[30] Cf. STARLING, 2018, p. 85 *et* p. 133.

um processo de corroboração mútua de cultivo da *virtù*. As sementes greco-romanas haviam fecundado os italianos que, por sua vez, fecundaram os mineiros, que se sacrificarem pela liberdade. Não foi em vão, a Minas Gerais de hoje tem a bandeira da liberdade em memória desse movimento, assim também batizando com esse nome seus principais prédios públicos, praças, espaços culturais e até a Unidade da PUC Minas qual sopra este artigo. Num certo sentido, a ideia de liberdade figura como sua mais simbólica memória. Contudo, sua tradição mais profunda, a implicar valores de conteúdo moral tenha se esmaecido no tempo. A determinação de um *ethos* republicano que pressupõe certa maneira de ser e de pertencer a determinada comunidade.

A Conjuração Mineira foi uma conspiração de poetas. Franciso Lisboa, o mestre solitário como é usualmente reconhecido, os conhecia bem. Contemporâneo de todos esses episódios, era o poeta do saber "deixar e retirar". Sobreviveu aos demais poetas, com seu cinzel e martelo atados às mãos deformadas, se pôs a talhar, sete anos depois das execuções de 1793. O escultor, tal qual um profeta, preconizava, em algum futuro, o triunfo da justiça, pois o império já caíra em danação. A arte de Francisco Lisboa não dever ser lida como um lamento de resignação e impotência diante do arbítrio dos poderosos. Há humanismo tanto nos usos de memória que se fazem da escultura que decoraria a entrada da *Catedral Duomo di Firenze* quanto esculturas que decoram a entrada da *Basílica de Congonhas* e suas capelas.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANASTASIA, Carla. **Inconfidência mineira**, coleção guerras e revoluções brasileiras, 2ª edição, São Paulo: Editora Ática, 1997.

BARDI, Pietro Maria. **Em torno da escultura no Brasil**, col. Arte e Cultura vol. XII, edição Banco Sudameris do Brasil, Brasil: 1989.

BÍBLIA. Tradução ecumênica. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

BIGNOTO, Newton. **Maquiavel republicano**, São Paulo: Editora Loyola, 1991.

CASTRO, Olegário Ribeiro de. **O contratualismo ideológico das 'vindiciae contra tyrannos',** 1960. Tese (Livre-docência em História da Política) – Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas gerais, Belo Horizonte, 1960.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**, trad. de Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin: 2006.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Tradução para o espanhol de José F. Lorca Navarrete, Madrid: Pirámide, 1982. v. II: La edad moderna. Título original: Storia della filosofia del diritto – L'età moderna.

FIGUEIREDO, Lucas. **O Tiradentes**: uma biografia de Joaquim José da Silva Xavier, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Le gouvernement de soi et des autres**, Cours au Collège de France (1982-1983), L'Ècole des Hautes Édudes en Sciences Sociales, Gallimard Le Seuil, 2008.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Antologia dos Poetas Brasileiros da Fase Colonial**, vols. I e II, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.

IGLÉSIAS, Francisco. **Modernismo**: Uma reverificaçâo da inteligência nacional (In:) PAULA, João Antônio (org.) História e Literatura: Ensaios para uma História das Ideias no Brasil, São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Cedeplar-FACE-UFMG, 2009.

GIANNETTI, Ricardo. **Ensaios para uma história de arte de Minas Gerais no século XIX**, vol. II, Belo Horizonte: Editora Ramalhete, 2022.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito**: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática, 3ª edição, Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2023.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga; SOUSA, Marco Antônio Alves de. **The Ethic Ground of Juridical Practice Under an Aristotelian Prism**: a study on argumentative rationality and its uses in law practice, v. 20 n. 39, Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2017 (disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2017v20n39p134.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Ecce homo**: como alguém se torna o que é. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Título original: Ecce homo: wie man wird, was man ist.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Contrat social ou principes du droit politique**. Paris: Garnier, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade ente os homens**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Discurs sur l'origine et les fondements de l'inégalité paarmi les hommes.*

SELLERS, M. N. S., **The sacred fire of liberty**: republicanism, liberalism and the law, MacMillan Press LTD, London: 1998.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janini Ribeiro. São Paulo: Companhia da Letras, 1996. Título original: The foundations of modern political.

STARLING, Heloisa Murgel. **Ser republicano no brasil colônia**: a história de uma tradição esquecida, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Submissão: 18/07/2023. Aprovação: 14/11/2023.

REVISÃO SISTEMÁTICA SOBRE O ESCRAVISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES E NICHOS DE PRODUÇÃO

SYSTEMATIC REVIEW ABOUT CONTEMPORARY SLAVERY: AN ANALYSIS OF CONTRIBUTIONS AND PRODUCTION NICHES

Yumara Lúcia Vasconcelos[1]
Universidade Federal de Pernambuco

Jonas Alves da Silva[2]
Universidade Federal de Pernambuco

Eduardo José dos Santos[3]
Universidade Federal de Pernambuco

Alexandre Cesar Batista da Silva [4]
Universidade Federal de Pernambuco

Resumo:
Este artigo objetivou, em nível geral, analisar a produção bibliográfica sobre trabalho escravo contemporâneo com vistas a sumarizar os principais achados e contribuições dos trabalhos revisados, identificando nichos, interseccionalidades temáticas, debates emergentes e acenos para a mitigação do fenômeno, aprofundando a compreensão acerca do tema e suas variáveis facilitadoras e de composição. A pesquisa, essencialmente qualitativa e de caráter exploratório-descritivo, foi conduzida indutivamente, tendo sido adotado o método de revisão sistemática de literatura, estudo secundário que enseja o mapeamento crítico de campo, por meio de uma análise profunda e significativa da produção científica. Os estudos apontaram como nicho potencial para futuras investigações empíricas, a pesquisa acerca da dimensão existencial da precarização das condições de trabalho, deslocando o objeto de análise para o pós-vínculo contratual trabalhista. A revisão também acenou para a pertinência e emergência de estudos que discutam meios para promoção de políticas e iniciativas de combate à exploração desmedida do trabalho, que relacione os danos à saúde emocional de trabalhadores e trabalhadoras acarretados pela escravidão moderna. Identificou-se também a insuficiência de recortes mais propositivos, voltados para a criação e desenvolvimento de medidas para evitar a reincidência de submissão da mão de obra a condições extremas (aviltantes). Os trabalhos revisados não encaminharam a uma agenda politicamente efetiva.
Palavras-chave:
Trabalho escravo. Neoescravismo. Racionalidade neoliberal. Sociedade do desempenho. Violência neural. Violência estrutural.

Abstract:
This article aimed, at a general level, to analyze the bibliographical production on contemporary slave labor with a view to summarizing the main findings and contributions of the reviewed works, identifying niches, thematic intersectionalities, emerging debates and gestures towards mitigating the phenomenon, deepening the understanding of the theme and its facilitating and composition variables. The research, essentially qualitative and

[1] Pós doutora em Direitos humanos. Doutora em Administração. Membra colaboradora das Comissões de Igualdade Racial da OAB-PE. Especialidades na área jurídica: Direito civil e em Filosofia e Teoria do Direito. Docente e pesquisadora da UFRPE. Professora permanente do PROFIAP / UFRPE e do PPGDH/UFPE.
[2] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Especialista em Direito Civil pela Universidade das Américas – UNIAMÉRICA; Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário – PUC/MG e advogado.
[3] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.
[4] Mestre e Doutor em Ciências Contábeis. Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco.

exploratory-descriptive in nature, was conducted inductively, adopting the method of systematic literature review, a secondary study that leads to critical field mapping, through a deep and significant analysis of scientific production. The studies pointed out research on the existential dimension of precarious working conditions as a potential niche for future empirical investigations, shifting the object of analysis to the post-contractual employment relationship. The review also highlighted the relevance and emergence of studies that discuss ways to promote policies and initiatives to combat the excessive exploitation of labor, which relate the damage to the emotional health of male and female workers caused by modern slavery. It was also identified the insufficiency of more purposeful approaches, aimed at the creation and development of measures to avoid the recurrence of subjecting the workforce to extreme (demeaning) conditions. The reviewed works did not lead to a politically effective agenda.
Keywords:
Slavery. Neoslavery. Neoliberal rationality. Performance society. Neural violence. Structural violence.

1 INTRODUÇÃO

A ofensiva neoliberal alça patamares cada vez mais amplos e significativos de acumulação e concentração de riquezas, debilitando sobremaneira o contrapoder de resistência da classe trabalhadora que, cada vez mais fragmentada politicamente, perde consciência de classe, ao mesmo tempo em que mercantiliza a própria existência.

Paradoxalmente, a despeito desse esfacelamento e desengajamento, a precarização das relações e ambiente de trabalho, nas precisas palavras de Machado, Giongo e Mendes (2020, p.1), seguem como "[...] marca da atualidade e mantém vivos, mesmo que frágeis, os debates e as resistências oriundas de movimentos sociais, sindicatos e autores das áreas de ciências humanas e sociais."

Desbordando a evidente desmobilização política, experimenta-se na atualidade um movimento de destituição do espírito coletivo por meio da erosão do princípio da solidariedade, o que aprofunda a condição de desproteção de trabalhadores e trabalhadoras. Resulta dessa realidade um *status* de precarização que perpassa as relações de trabalho, ganhando uma dimensão imaterial mais sistêmica, quiçá existencial.

A racionalidade neoliberal, onipresente em todos os espaços sociais, tem promovido alterações relevantes no formato e dinâmica das relações sociais, bem como no modo de ser do sujeito que trabalha (subjetividades). Essa matriz ideológica, responsável pela hegemonização do capitalismo, é contraposta à racionalidade de resistência, que é baseada na proteção dos direitos humanos e na busca por equidade, portanto, alicerçada em práticas sociais emancipatórias e afirmativas.

Na mesma direção de pensamento, Dardot e Laval (2016, p.9) destacam que,

> Além dos fatores sociológicos e políticos, os próprios móbeis subjetivos da mobilização são enfraquecidos pelo sistema neoliberal: a ação coletiva se tornou mais difícil, porque os indivíduos são submetidos a um regime de concorrência em todos

> os níveis. As formas de gestão na empresa, o desemprego e a precariedade, a dívida e a avaliação, são poderosas alavancas de concorrência interindividual e definem novos modos de subjetivação.

O neoliberalismo mostra-se tão liberal como totalizante e totalitário. De fato, a flexibilização no âmbito das relações laborais, o encurtamento dos vínculos de trabalho, aliado a outros fatores, deram ensejo a um modo de vida que produz uma massa de pessoas sobrantes que, aos olhos do capital, representam uma mão de obra indiferenciada ejetada de seus empregos, empurrada para uma informalidade precária e desassistida, para a servidão sob condições indignas. É quando a indignidade é admitida em nome da sobrevivência, condição que equipara pessoas a meros recursos produtivos despossuídos de alma.

Dado o contexto apresentado buscou-se, por meio de revisão sistemática, analisar a produção bibliográfica sobre trabalho escravo contemporâneo (objetivo geral) com vistas a: sumarizar os principais achados e contribuições, identificar nichos, interseccionalidades temáticas, debates emergentes e acenos para a sua mitigação, além de aprofundar a compreensão e discussão sobre o tema e suas variáveis facilitadoras. A questão norteadora da investigação foi orientada para revelar o que a produção bibliográfica tem efetivamente revelado ao campo.

O tema apresenta-se como pauta social relevante, pertinente e necessária. Não obstante a cobertura midiática acerca da violação de direitos humanos, no que diz respeito estritamente ao escravismo contemporâneo urbano e rural, o repúdio e a reprovação social não têm logrado eficácia no sentido de inibir a prática que se alastra a passos largos.

O tempo da indignação, em muitos casos, corresponde ao tempo da notícia. Por outro lado, agravando o problema, uma parcela da sociedade parece, aos poucos, manifestar fadiga desta e de outras tragédias humanas no mundo do trabalho, mantendo-se silentes na condição de expectadora passiva das diferentes formas de violência.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Escravismo Contemporâneo

O escravismo contemporâneo não se sustenta exclusivamente da violência da negatividade, explícita e brutal, incorporando ao seu repertório, a violência da positividade que dessubjetiva o próprio sujeito e o faz, em diferentes situações, admitir e suportar a própria vulnerabilidade, bem como as condições degradantes a que se submete (Figura 1).

Figura 1- Fotonetnografia da Degradação

Fonte: Ministério público do trabalho (2022)

O fenômeno apresenta variações que dependem do ‘lugar’ de exploração e da logística requerida (Quadro 1).

Quadro 1- Escravismo Rural e Urbano

ESCRAVISMO RURAL	ESCRAVISMO URBANO
Alojamentos acima da capacidade (superlotados).	Isolamento social.
Dormitórios inadequados (insalubres).	
Restrição de liberdade.	
Controle e vigilância, em alguns casos até armada.	
Retenção de salários e documentos.	
Submissão a jornadas exaustivas	
Desrespeito ao tempo de desconexão de trabalhadoras e trabalhadores.	
Concessão de intervalos inferiores ao exigido legalmente	
Não fornecimento do EPI – Equipamento de Proteção Individual.	
Desatenção às normas de segurança do trabalho.	
Insegurança alimentar.	
Desassistência médica.	
Não fornecimento dos materiais de trabalho necessários à prestação.	Realização de descontos salariais abusivos, que revelam, muitas vezes que é o trabalhador quem está assumindo o risco do negócio.
Ausência de infraestrutura de apoio.	
Não fornecimento de água potável.	
Pagamentos irrisórios, abaixo do piso salarial e/ou reduzido por força de descontos exorbitantes (em caso extremo, servidão por dívida)	
Manutenção de instalações sanitárias insuficientes e inapropriadas.	

Fonte: Autoria própria (2023)

Muito embora a violência ostensiva seja marco do escravismo, a violência da positividade está presente nas diferentes fases do ciclo, da cooptação da mão de obra à contenção do ânimo de resistência e indução ao conformismo diante da iniquidade.

O conceito de violência da positividade foi introduzido por Han (2017), definindo-a como aquela produzida a partir de tensões intrapsíquicas destrutivas, desencadeadas pela manipulação da própria condição humana, sentimentos, emoções, significados e sentidos.

O sujeito é instrumentalizado como algoz de si mesmo, sujeitando-se a interesses e necessidades artificializadas por um processo fundamentalmente neuronal, sob influência do capital (mercado) que projeta uma idealidade existencial que o mantêm em movimento, rumo à exaustão total.

Uma pessoa plenamente adaptada não transforma a sua realidade, ainda que em seu favor, preservando-se inerte ao mundo. Quando provocada, fiel ou apenas conformada a um modo de vida único, responde com resistência a eventuais mudanças. De fato, "A violência da positividade não é privativa, mas saturante; não excludente, mas exaustiva. Por isso é inacessível a uma percepção direta" (HAN, 2019, p. 12).

Por mais paradoxal ou incoerente que pareça, a violência da positividade se máscara de liberdade para ocultar relações opressoras, fazendo coexistir em um mesmo sujeito, o oprimido e o opressor. Trata-se, portanto, de uma violência implosiva. "A internalização psíquica é um dos deslocamentos topológicos centrais da violência na Modernidade; a violência toma forma de conflito intrapsíquico" (HAN, 2017, p.13).

É por essa dinâmica, que o sujeito contemporâneo vivencia a ilusão da autonomia, só que no exercício de uma liberdade esvaziada, relativizada, condicionada às pressões de desempenho, evidenciando a exploração em camadas. A violência estrutural é operada para nutrir as engrenagens do poder econômico. Não é incomum, nos casos de escravismo doméstico, as pessoas vitimadas serem mantidas nesta condição pela mera manipulação de afetos.

A violência intrapsíquica incute modos únicos de pensar, sentir e ler a realidade, reproduzidos em cadeia, repercutido incisivamente nos discursos gerencialistas. A errância é parte da experiência de socialização e desenvolvimento humano. Revela-se, então, o que Safatle (2020) denominou de 'trabalho de *design* psicológico', processo que corresponde à disseminação e introjeção de valores de mercado nas diferentes esferas sociais, interpessoais e intrapsíquica.

Nessa toada, as relações de labor tornam-se psicologizadas (requisito de eficácia), produzindo ambientes de trabalho racializados, letárgicos, com pessoas silenciadas, contidas, com relações forçosamente superficialidades, consubstanciando o avanço da racionalização empresarial nos diferentes setores da vida humana (DUNKER, 2015; SAFATLE, 2020; HAN, 2017; MENDES, 2020; CAVALCANTI, 2021; MÉSZÁROS, 2009; BROWN, 2019).

A lógica corporativa (de mercantilização) é estendida à vida pessoal, influenciando escolhas e comportamentos a partir de sugestionamentos falaciosos, orientados por imperativos de dependência, desempenho, sucesso, felicidade e consumo, promessas de uma existência plena que espetacularia a vida e coloniza afetos, produzindo, ao longo do tempo, frustrações silenciadas pela desesperança e interdições (MENDES, 2020; CAVALCANTI, 2021; MÉSZÁROS, 2009; VASCONCELOS, 2020a; VASCONCELOS, 2020b).

A violência simbólica é sutil ao ponto de os sujeitos-alvo, em definição e composição cada vez mais ampliadas, não se sentirem ofendidos, sequer negativamente afetados. O subemprego é, então, ressignificado e alçado à condição de oportunidade.

Nesse contexto, os decretos de impossibilidade, a inexistência ou insuficiência de políticas voltadas para o propósito da inclusão e proteção de direitos, o silenciamento estrutural (que também é estruturante) constituem uma confluência funesta que dá lugar a uma segregação social operada sob condições desumanas e degradantes, cujos marcadores são a negação, opressão, exclusão e destruição psicológica do outro. O trabalho escravo manipula a insegurança, as frustrações, a esperança e o medo, processo psicologicamente imobilizante porque esvazia o ânimo de luta.

A mixórdia de práticas gerencialistas é parte fundamental de uma ideologia que sequestra subjetividades. “Esse sujeito do desempenho não percebe claramente qualquer instância externa de domínio que o obriga a trabalhar ou que poderia explorá-lo” (FACAS, 2020, p.68).

Ao introduzir um repertório vocabular próprio (gerencialista) e instrumentalizar a formação de prepostos e subordinados, o neoliberalismo incute os chamados jargões da positividade (desempenho, proatividade, resiliência, superação, iniciativa, profissionalismo, excelência), inibindo práticas e pensamentos contrários. Na verdade, desestimula a mera manifestação de cansaço, ao mesmo tempo em que silencia dores quase sempre psiquiatrizadas ou reduzidas.

Para além da castração da criatividade, o verniz da positividade provoca uma indução impensada à prática de um modo de vida no qual reduz-se também o espaço da vida privada de trabalhadores e trabalhadoras a benefício da firma de modo tal que é conferido um sentido moral

à exploração. O excesso de positividade enseja, inclusive, a atribuição de um certo glamour à prática. A disseminação de juízos morais relativos a perfis, considerados referência positiva (paradigma de normalidade) e aqueles inadequados, constituem gatilho de um processo de estigmatização e exclusão de sujeitos atípicos. Resulta desta construção, um bloqueio da capacidade de o sujeito pensar alternativas de ser e viver.

Palavras e significados passam a imprimir leituras convenientemente reduzidas e parciais da realidade (ainda que opressivas), distorção justificada pela dificuldade do indivíduo em interpretar a forma como esses signos o atravessam.

O neoliberalismo subtrai das palavras o contexto original de aplicação. As finalidades são diversas e direcionadas para atender aos interesses dos reais detentores do capital: naturalizar a exploração desmedida; silenciar dores e necessidades; calar o sofrimento gerado no âmbito da relação de trabalho; negar conflitos e a violência estrutural; desagregar categorias profissionais; colorir cenários de modo a normalizar condições degradantes; marginalizar opositores à lógica subjacente à racionalidade; esvaziar pautas reivindicatórias; psiquiatrizar quem pensa diferente; negar os próprios processos experenciais; extrapolar limites e alimentar a indiferença às dores do outro, para mantê-los separados.

O neoliberalismo se alimenta da cizânia, das patologias sociais, das ausências, do sofrimento, das dores, da escassez, da iniquidade. O sujeito do desempenho deve ser forte e resiliente. Deve, igualmente, vestir a camisa da empresa, colocando-a como prioridade máxima, ônus da manutenção do emprego. Bem-sucedido no intento de explorar, a racionalidade cria papéis *sui generis*, a exemplo do empreendedor subordinado, da trabalhadora doméstica não remunerada (escravizada), mas que é "quase" da família, do colaborador que assume o risco do negócio sem participar dos lucros.

A linguagem que sustenta a comunicação de racionalidade neoliberal ressalta a soberania do mercado e embora seja lexicalmente pobre, mostra-se extremamente contundente, eficaz e sedutora.

Apesar de não se observar a destruição de palavras, a produção de significados se revela intensa e com ela um verdadeiro arsenal de neologismos, operados como ferramentas de controle social e captura de percepções e visões de mundo, crucial ao gerenciamento social e dominação, tanto do ponto de vista valorativo como ideológico. Por esse prisma, a dominação ganha cada vez mais substância abstrata.

Uma vez que o trabalhador (ou trabalhadora), aparentemente, não é submetido diretamente a ordens explícitas sobre como conduzir a própria vida na seara pessoal, presume-se livre e entregue ao autocomando diretivo, portanto, a essa liberdade paradoxal

autorreferenciada, marcada pelas jornadas excessivas e pela pressão por desempenhos superiores e crescentes. Assim, aos trabalhadores é delegada a responsabilidade de manter e gerir, pela qualidade e produtividade de seu trabalho, a sua sobrevivência, reconhecendo as próprias vulnerabilidades como ônus do privilégio de estar empregado. Como observa Santos (2014, p.10) "A uniformalidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilitam o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo."

Nesse sentido, trabalhadores e trabalhadoras entregam, além do trabalho, o domínio da própria vida, reduzida à condição de recurso organizacional (em perspectiva ampliada).

Com base nesta argumentação, deduz-se, então, que

> O opressor mais eficiente é aquele que persuade seus subalternos a amar, desejar e identificar-se com seu poder; e qualquer prática de emancipação política envolve, portanto, a mais difícil de todas as formas de liberação, o libertar-nos de nós mesmos (EAGLETON, 1997, p.13).

A força reprodutiva do modelo de 'vida - empresa' é tão avassaladora como destrutiva, alcançando os diferentes espaços sociais, públicos ou privados. A realidade é fecunda em evidências que corroboram essa afirmação, a exemplo da:

- ✓ seletividade, racialização do progresso e ocupação dos espaços de poder e decisão;
- ✓ competição desmedida, acirrada, predatória, desumana, ainda que a contrapartida do sucesso não seja pecuniária (reconhecimento);
- ✓ ressignificação do trabalho explorado como instrumento de redenção moral;
- ✓ desnaturalização da crítica, da insurgência, do contraponto;
- ✓ redefinição conveniente das competências afetivas e emocionais, repercurtindo em uma classificação espúria que separa pessoas ditas equilibradas (leia-se adestradas, assujeitadas) daquelas desequilibradas emocionalmente;
- ✓ flexibilização do labor em desfavor de trabalhadores e trabalhadoras;
- ✓ negação de direitos;
- ✓ manipulação de afetos, emoções, desejos e crenças em prol de interesses econômicos;
- ✓ apropriação discursiva suposta e aparentemente neutra (desideologizada);
- ✓ indiferença e alheamento, em muitos casos até da negação, do sofrimento do(a) outro(a), sujeitos quase sempre psiquiatrizados, estigmatizados, reduzidos à categoria de objeto;

- ✓ destruição dos laços genuínos de solidariedade e pertencimento, fragilizando a constituição e manutenção de coletivos de classe, em um movimento de desmobilização continuada;
- ✓ glamourização do individualismo, do empreendedorismo romantizado, da promessa de enriquecimento pelo 'trabalho duro' (árduo);
- ✓ normalização da violência estrutural que esse enraizamento psíquico aciona, produzindo gatilhos de sofrimento íntimo com força suficiente para promover o adoecimento ocupacional;
- ✓ instauração de uma gramática e repertório social desumanizante.

Certamente, esta relação não é exaustiva porque a realidade é complexa e o engendramento e dinâmica do capital também o são. A morte social e política do sujeito é operada lentamente, para fazer durar a exploração e viabilizar o hiperlucro. "A necropolítica se baseia nessa lógica de destruição em que populações inteiras são confinadas a condições nas quais a violência – através do sofrimento humano ou da própria morte – é inescapável" (MORRIS, 2023, p. 6).

O escravismo contemporâneo é um fenômeno complexo e multifacetado, prática deliberada impulsionada pela estrutura constituída. O vitimado ou vitimada, para além da completa expropriação de direitos, é despojado (a) da própria vida, o que denuncia o caráter multicamadas da violência sofrida.

2.2 Escravismo Contemporâneo como Violência em Camadas

A violência, independentemente de sua ostensividade, tem uma dimensão sutil que, além de produzir efeitos destrutivos próprios (típicos), estruturaliza e sustenta *status quo opressivos,* desencadeando e naturalizando outras formas de violência. Assim, assume naturalmente um caráter plúrimo e proteico, conformando-se segundo as constelações sociais sobre as quais incide.

Nesse movimento, "[...] se retira para espaços subcutâneos, subcomunicativos, capilares e neuronais, adotando uma forma microfísica, que pode ser exercida até mesmo sem a negatividade do domínio ou da inimizade" (HAN, 2017, p.6).

Ao se invisibilizar, práticas violentas se integram àquelas não violentas, conferindo alcance e um notado impacto não atribuído, dado o seu caráter sistêmico, anônimo, genérico, supraestrutural e dessubjetivado, justificando-se por si mesmas, pela negação de suas vítimas e

a falsa compreensão do significado da liberdade. Han (2017, p.6) completa, afirmando que a violência,

> [...] se desloca do caráter visível para o invisível, do frontal para o viral, da força bruta para a medial, do real para o virtual, do físico para o psíquico, do negativo para o positivo, e volta a se recolher para espaços subcutâneos, subcomunicativos, capilares e neuronais, de modo que surge a falsa impressão de que ela teria desaparecido.

É desta forma que a violência se instala e alastra, pela adesão de novos algozes e seus pares, coniventes ativos e passivos nos diferentes substratos sociais, padrão de incidência que lhe confere longevidade e camadas tão existenciais quanto profundas. Depreende-se, então, que um ato de violência é a face aparente e definitiva de uma estrutura opressora muito maior.

A indiferença, nesse contexto de degradação, tem perdido inibição, manifestando-se explicitamente por meio da redução do sofrimento do outro, em um movimento de autoexclusão do problema e de sua solução (*Não é da minha conta. Não gerei o problema. Não me interessa. Não tenho como ajudar*).

A face mais cruel da violência, em uma versão mais fluida, é a cooptação da própria vítima como parte de sua engrenagem social. É o caso da pessoa que não se vê como vitimada, muito menos se sente como tal. É como se, reconhecer-se vítima, comprometesse o enfrentamento e a sua própria dignidade. Constata-se, por essa posição do sujeito vulnerabilizado, o alcance perverso da racionalidade.

Pela lente neoliberal, "As percepções são programadas, induzidas, condicionadas. E essa ideologia é tão forte a ponto de tornar, em algumas línguas, a palavra “patrão” sinônimo de amizade, intimidade, camaradagem" (CAVALCANTI, 2021, p.73).

A flexibilização legalizada no exercício de direitos, a competição predatória, o individualismo desenfreado e a desmobilização de categorias profissionais são gatilhos de doenças mentais relacionadas ao trabalho. O enfraquecimento e, em nível extremo, a aniquilação de laços afetivos criam uma espécie de rede de desamparo, produzindo uma solidão cruel em uma massa desordenada e descrente de um futuro auspicioso, entropia política conveniente aos interesses capitalistas (DEJOURS, 2020).

Com a desmobilização coletiva, os valores políticos são corrompidos pelo discurso sedutor do "sucesso pelo trabalho", no qual a eficácia, a liberdade individual e a produtividade ganham relevo, traço distintivo da racionalidade neoliberal, marcadamente individualista (DARDOT; GUÉGUEN; LAVAL e SAUVÊTRE, 2021).

> A ideia de trabalho decente pressupõe que os trabalhadores devem exercer o direito

> de expressar as suas opiniões, de defender os seus interesses e de trazer negociações com empregadores e autoridades sobre questões relacionadas à atividade laboral." (RODRIGUEZ, 2021, p.120).

Se de um lado a violência não é percebida, ou é simplesmente negada pela vítima expropriada da própria vida; de outro, é naturalizada ou normalizada por agressores e agressoras, agentes de primeira linha, já que

> Em vez de uma encenação ostentatória a violência se esconde envergonhada. É bem verdade que continua a ser exercida, mas é retirada da encenação pública. Não chama atenção sobre si mesma; falta-lhe qualquer tipo de linguagem e simbologia. Ela não anuncia nada; realiza-se como uma aniquilação sem linguagem, muda (HAN, 2017, p.12).

Dessume-se, então, que a violência se deslinda em camadas, expandindo-se ou contraindo-se conforme as circunstâncias e objetivos subliminares. Significa afirmar que a estruturalização da violência reproduz agentes em diferentes níveis, desde os omissos (silentes e indiferentes) aos (co) autores e atores, responsáveis pela sua concretização.

O apassivamento, a repressão de potencialidades internas e a psicologização do sujeito insurgente são marcadores relevantes do processo, produzindo um sistema simbólico demasiadamente injusto e arbitrário, que naturaliza iniquidades e as vende como 'inevitáveis'. Por derradeiro, a pessoa dominada, paulatinamente adestrada, não tem forças para se opor ao seu opressor dominante, já que não se compreende como vítima desse processo nefário, resistindo a esse reconhecimento. "A história da escravidão moderna é hábil em fornecer legitimidade moral para as próprias políticas que permitem a exploração severa em primeiro lugar" (KENWAY, 2021, p. 33).

Muitas são as mãos envolvidas em um único episódio de violência, que pode expressar-se de diferentes formas, a exemplo da violência da linguagem, aquela macrofísica, psicológica, patrimonial, dentre outras. Pois,

> Na Modernidade, a violência assume uma forma tornada psíquica, psicologizada, internalizada; ela adota formas intrapsíquicas. As energias não são descarregadas de modo diretamente afetivo, mas são processadas, trabalhadas psiquicamente" (HAN, 2017, p.10).

A violência se transforma e intangibiliza, nutrindo-se de carências (materiais e afetivas), angústias, tristeza, ansiedade, expectativas, necessidade de reconhecimento, enfim, tanto emoções positivas como negativas, o que encaminha à conclusão de que o poder é mais exercido que possuído e que, "[...] não é o "privilégio" adquirido ou conservado da classe dominante,

mas o efeito de conjunto de suas posições estratégicas — efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados" (FOUCAULT, 1987, p.31).

As características que marcam o trabalho escravo são variadas, transmutando-se por estratégias cada vez mais sutis e audaciosas, especialmente nos casos de escravismo urbano, o qual frequentemente se serve da manipulação psicológica (violência da positividade) para lograr êxito no intento de dominação. A ilustração emblemática é aquela da trabalhadora doméstica que, afeiçoada aos 'patrões' e seus filhos e estimulada por manifestações positivas (*Considero você como membro de minha família! O que seria de nós sem você! Te amamos!*), não percebe a própria condição, mesmo que superexplorada.

3 METODOLOGIA

Esta investigação, essencialmente qualitativa e de caráter exploratório-descritivo, foi conduzida indutivamente, tendo sido realizada uma revisão sistemática de literatura (RSL).

As revisões sistemáticas correspondem a estudos secundários que atendem aos propósitos de mapeamento de campo com vistas à análise profunda e significativa da produção científica. Para além desta importante finalidade, as revisões sistemáticas entregam o *status* acerca da produção sobre determinada matéria, o que tende a torná-las referência para a elaboração de novos projetos de pesquisa. Trata-se, deste modo, de um levantamento metanalítico qualitativo, qual seja, um sistemático apanhado bibliográfico, acrescido da crítica à posição teórica de autores e autoras.

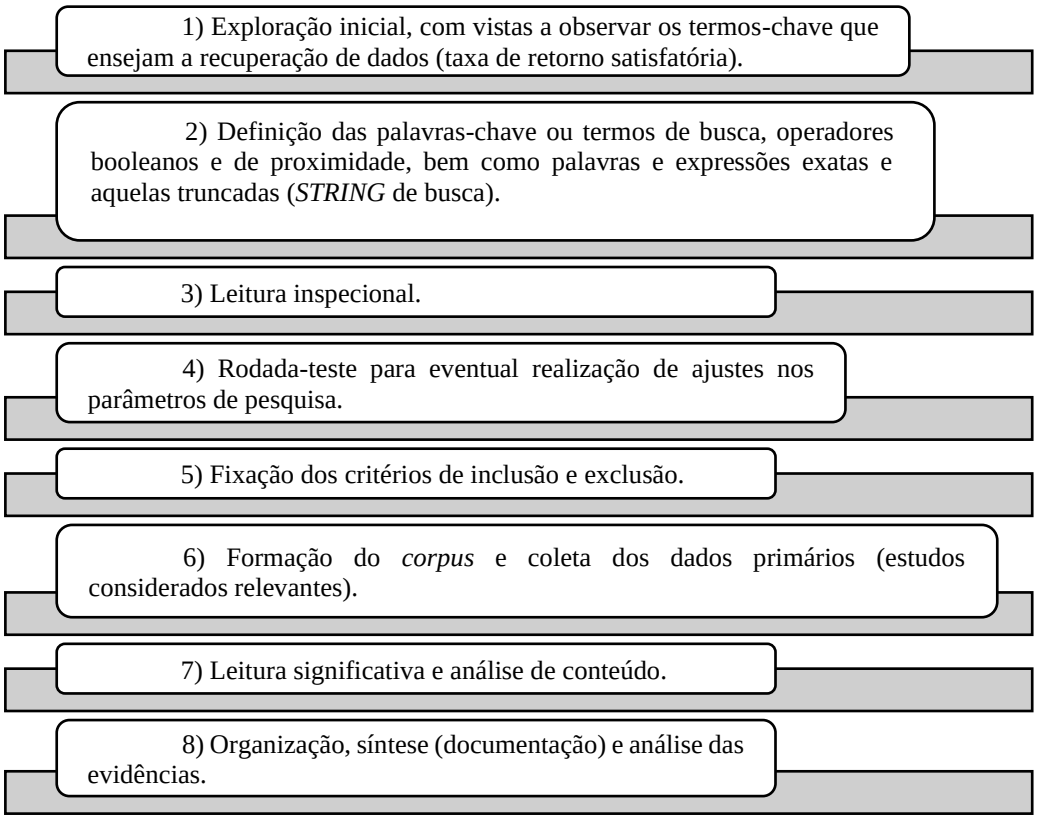
O método de revisão sistemática parte de uma seleção criteriosa de trabalhos científicos, entregando uma avaliação consubstanciada da produção e a síntese das contribuições e achados relevantes (relato das evidências). Dependendo do *corpus empiricus* constituído, pode aproximar-se mais ou menos do estado da arte do tema em seu recorte. De fato, "A realização da revisão sistemática da literatura também impedirá que o investigador se deixe conduzir pelo deslumbramento tentador de concluir que se encontra perante uma área de investigação nova ou ainda inexplorada" (FARIAS, 2016, p.13).

A escolha metodológica decorreu da impessoalidade e indeterminação da coleta. As revisões sistemáticas comportam estratégias racionais, não viesadas, portanto, não inclinadas aos interesses e expectativas do(a) pesquisador(a), de mapeamento, seleção, organização, avaliação e integração das evidências científicas encontradas. Trata-se de um método de procedimento rigoroso e exaustivo que resume crítica e analiticamente as evidências científicas relevantes disponíveis (ROEVER, 2020; PURSSELL e MCCRAE, 2020).

Uma RSL reduz significativamente o viés de pesquisa relacionado à influência do(a) pesquisador(a). Esse movimento confere confiabilidade, respaldo e precisão das análises e recomendações realizadas.

Considerando a amplitude da questão de pesquisa (aberta), das questões propostas para a RSL e da coleta baseada em estudos primários diversos, optou-se pela realização de uma revisão sistemática configurativa. Estas revisões permitem recuperar dados primários (artigos) com recortes mais heterogêneos, obtendo-se pelo arranjo de resultados decorrente, uma renderização significativa, assentada teórica e empiricamente. Entende-se que a heterogeneidade pode revelar novos nichos de investigação e tendencias efetivas de campo. Dada a sistematicidade que adjetiva a revisão, o estudo foi conduzido de modo rigoroso, transparente e protocolar, respeitando as etapas descritas neste documento (Figura 2).

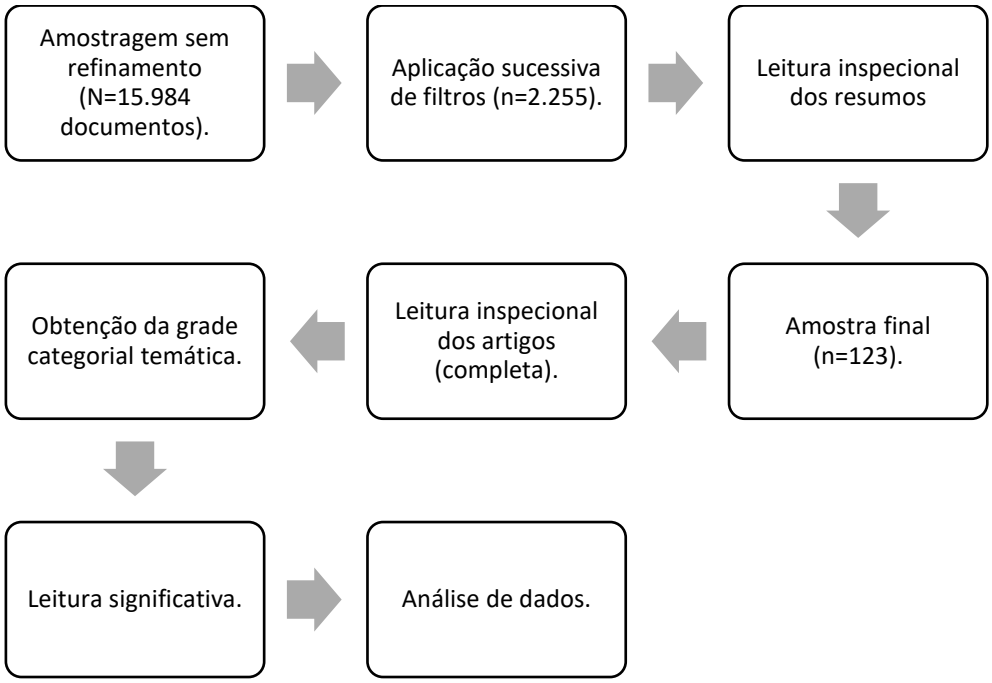
Figura 2- Protocolo da Revisão Sistemática



Fonte: Autoria própria (2023)

A leitura dos documentos primários, etapa fundamental da revisão sistemática, é realizada em três etapas: a realização da leitura inspecional dos resumos dos artigos, após a aplicação dos filtros de pesquisa (n=2.255); a leitura inspecional dos trabalhos selecionados (n=123) e; a sua leitura significativa.

Figura 3- Processo de leitura.



Fonte: Autoria própria (2023)

A primeira leitura completa do documento primário, denominada neste protocolo de inspecional, é essencialmente exploratória e alcança a totalidade dos artigos amostrados (n=123), objetivando identificar no texto as categorias temáticas previstas e aquelas emergentes. Vale reforçar que a análise de conteúdo requer uma parametrização estruturada, organizada em temas (categorias) relevantes à análise de dados. Assim, essa leitura inicial tem como principal entrega a grade categorial temática, constituída a partir da própria amostra. Trata-se de uma leitura panorâmica, insuficiente para oportunizar uma compreensão profunda do texto, mas importante para filtrar temas e recortes.

A segunda leitura completa, também conhecida como sistemática e especializada, por sua vez, é focal e direcionada à solução das questões da revisão. Nesta etapa, a leitura é voltada para significados, produzindo um quadro compreensivo do texto orientado pelas categorias reveladas na primeira leitura, revelando as teses defendidas, argumentos, perspectivas, posicionamentos e respaldo. Trata-se de uma leitura concentrada (não fragmentada).

Estabeleceu-se como critérios de inclusão:

- ✓ a coerência e alinhamento entre o problema de pesquisa e os dados primários recuperados na base de dados;
- ✓ a transparência metodológica (medida de confiabilidade);

- ✓ a profundidade na discussão de resultados; a pertinência dos achados relativamente à questão de pesquisa;
- ✓ o posicionamento superior no *ranking* de citações;
- ✓ o acesso livre ao título;
- ✓ o tipo de documento (artigos) e;
- ✓ a periodicidade (delimitação temporal).

Fixou-se como critérios de exclusão o eventual distanciamento temático do escopo estabelecido, a dificuldade de acesso ao estudo primário e a natureza dos documentos, quais sejam, capítulos de livros, artigos publicados em anais de eventos ou em qualquer outro meio de comunicação científicos (*article in press*, *short survey e notes*). Definiu-se como critérios para escolha da base de dados (*scopus*): o alcance internacional, o que confere volume e diversidade e, a natureza interdisciplinar dos dados primários.

A escolha da base também representa um parâmetro de confiabilidade em razão dos critérios de indexação dos periódicos que o compõem, o que repercute na relevância dos artigos. Para organização e sumarização dos achados, adotou-se a escala de Jadad adaptada**.**

Quadro 2- Parâmetros de Coleta

PARÂMETROS	**DECISÕES**
Base de dados (interdisciplinar)	*Scopus*
Documento (s) de coleta	Artigos publicados (selecionados por avaliação dupla-cega).
Natureza das pesquisas	Qualitativas, quantitativas e mistas.
Termos-chave ou *string* de busca	Trabalho escravo moderno, trabalho análogo ao de escravo, neoescravismo, escravismo contemporâneo, trabalho forçado, trabalho decente, erradicação do trabalho escravo, precarização do trabalho. Modern slave labor, work analogous to slavery, neo-slavery, contemporary slavery, forced labor, decent work, eradication of slave labor, precarious work. Trabajo esclavo moderno, trabajo análogo a la esclavitud, neoesclavitud, esclavitud contemporánea, trabajo forzado, trabajo digno, erradicación del trabajo esclavo, trabajo precario.
Universo antes do refinamento	16.759 documentos.
PARÂMETROS DE REFINAMENTO	
PARÂMETROS	**DECISÕES**
Idiomas	Inglês, português, espanhol e francês (15.984 documentos).

Subject Area	Social Science; Business, Managemet and accounting (9.233 documentos).
Acesso	Aberto (2.830 documentos).
Tipo de documento	Artigo (2.400 documentos).
Estágio da publicação	Final (2.255 documentos).
Universo após do refinamento (parametrização)	2.255 documentos.
Amostra de estudos primários, após leitura inspecional ou de enquadramento	123 documentos.
Questões da revisão	RS 1, 2 e 3 - Como o fenômeno é definido? Quais os determinantes de sua ocorrência e intensificação? Qual a repercussão? RS 4 - Como o tema e, especialmente, o fenômeno tem sido tratado pelos(as) estudiosos(as)? RS 5 - Quais os principais achados, entregas ao campo ou contribuições? RS 6 - Quais os recortes ou as delimitações dos trabalhos amostrados? RS 7 - Quais as características e principais marcadores do fenômeno? RS 8 - Quais as interseccionalidades temáticas? (entrecruzamentos) RS 9 - Quais os principais acenos para mitigação de ocorrência do fenômeno investigado? RS 10 - Aponte nichos e veios para direcionamentos de pesquisas futuras, agenda social, principais debates teóricos e políticos e os desafios substantivos e metodológicos (balanço do levantamento realizado)
Método de análise de dados	Análise de conteúdo, na modalidade categorial temática.
Categorias teóricas de análise (eixo 1)	Operadores conceituais Operadores metodológicos
Categorias empíricas de análise (eixo 2)	Determinantes sociais Determinantes legais Determinantes conjunturais Determinantes econômicos Determinantes políticos Territorialidade
Software de análise dos dados	MAXQDA

Fonte: Processo de pesquisa (2023).

As revisões sistemáticas não trazem necessariamente pesquisas ou reportam achados inéditos porque sumarizam respostas do campo à temática e problemática postas. Trata-se de

um reporte fidedigno e consubstanciado. Assim, não visa o ineditismo, até porque não é um estudo primário.

Considerando que não se trata de uma metanálise ou de um estudo bibliométrico, focou-se apenas na significação dos achados, em detrimento de resumos estatísticos (marcador qualitativo-descritivo).

O quadro 3 relaciona os artigos amostrados, contemplados nesta análise.

Quadro 3 - Base de dados

Código	Documento primário
BDP101	ALLAN, Blake A. BLUSTEIN, David L. Precarious work and workplace dignity during COVID-19: a longitudinal study. Journal of vocational behavior. 136 (2022) 103739
BDP102	VILLAMIZAR, Hernando. Trabajos forzados en los presidios y obras públicas en la provincia de Caracas durante el siglo XVIII. Anuario de Estudios Americanos, 79, 1, Sevilla (España), enero-junio, 2022, 107-138 ISSN: 0210-5810 / eISSN: 1988-4273. https://doi.org/10.3989/aeamer.2022.1.04
BDP103	ARREDONDO, Rocío N. DAVIA, María, VARELA, Rogelio. Trabajo decente en México: la influencia del entorno económico y la apertura al exterior. Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, vol. 53, núm. 211, octubre-diciembre, 2022.
BDP104	SHAHADAT, Khandakar. UDDIN, Shahzad. Labour Controls, Unfreedom and Perpetuation of Slavery on a Tea Plantation. Work, Employment and Society, 2022, Vol. 36(3) 522–538.
BDP105	RANGEL, Fernanda Cavalcante. SCHWARZ, Katarina. Are women not enslaved in Brazil? A data-driven analysis of gender dynamics in Brazilian antislavery efforts. The international journal of human rights, 2023, VOL. 27, NO. 1, 117–143 https://doi.org/10.1080/13642987.2022.206195
BDP106	HERNÁNDEZ, Adoración Guaman. STOESSEL, Soledad.Del derecho al trabajo digno al régimen laboral neoliberal: captura estatal y autoritarismo en el ecuador contemporâneo. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 35, 2022, pp. 211-238.
BDP107	CASTRO, Beatriz Leite Gustmann de. CANOPF, Liliane. NUNES, Andrieli de Fatima Paz. COSTA, Vânia Medianeira Flores. Precarização ou trabalho decente: o mundo laboral em transformação. Revista interface. V.18 Nº 1 – Janeiro a Junho de 2021.
BDP108	CIESLIK, Katarzyna. BANYA , Roland. VIRA, Bhaskar. Offline contexts of online jobs: Platform drivers, decent work, and informality in Lagos, Nigeria. Dev Policy Rev. 2022;40:e12595. https://doi.org/10.1111/dpr.12595
BDP109	GARRETO, Gairo. BAPTISTA, João Santos. MOTA, Antônia. Characterisation of Contemporary Slavery through the Analysis of Accommodation Conditions. 2022. Social Sciences. 11: 214. https://doi.org/ 10.3390/socsci11050214.
BDP1010	LINGAAS, Carola. Directing the Legal Radar at Forced Labour—Under Special Consideration of Male Victims in Norway. Laws 11: 39, 2022. https://doi.org/10.3390/laws11030039.
BDP1011	BERTEN, John. Producing decent work indicators: contested numbers at the ILO. Policy and Society, 2022, 41(4), 458–470.
BDP1012	AYBAS, M.; ÖZÇELIK, G.; UYARGIL, C. Can Decent Work Explain Employee-Level Outcomes? The Roles of Work–Family and Family– Work Conflict. Sustainability 2022, 14, 11488. https://doi.org/10.3390/ su141811488.
BDP201	LOZANO, Alejandro J. Garcia et al.Decent work in fisheries: Current trends and key considerations for future research and policy.Marine Policy 136 (2022) 104922.
BDP202	GOLOVINA, Svetlana Yu. TOMASHEVSKI, Kirill L. Social Justice and Humanism as Axiological Principles of Labor Law and the Concept of the Quality of Working Life. Kutafi n Law Review Volume 9 Issue 4 (2022).
BDP203	FERNÁNDEZ MARÍN, Ana María. SANHUEZA HUENUPI, Leandro. Trabajo digno en el Chile de hoy. Revista Latinoamericana de Derecho Social. Núm. 34, enero-junio de 2022, pp. 145-182.
BDP204	URIBE CASTRILLÓN, Víctor Hugo.PÉREZ VILLA , Pastor Emilio.MONTOYA AGUDELO César Alveiro. Trabajo digno y decente en el modelo de economía solidaria en Medellín, Colombia. Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 34, enero-junio de 2022, pp. 183-219.
BDP205	MUÑOZ, Carmen Muñoz. CARRILLO, Carolina Schick. RIVAS, Maribel Vargas. Personas viejas buscan trabajo": nuevas formas de esclavismo. Andamios. Volumen 19, número 48, enero-abril, 2022, pp. 121-136.
BDP206	CORTES, Constanza Ambiado. LUARTE, Víctor Veloso. MERINO, María Emilia Tijoux. Trabajo sin libertad en Chile? Migrantes entre el racismo, la violencia y la dependência. Andamios. Volumen 19, número 48, enero-abril, 2022, pp. 161-181.
BDP207	COSTA, Beatriz Souza. PEREIRA, Camilla de Freitas. O trabalho escravo contemporâneo na Região Amazônica brasileira. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 12, n. 2. p. 16-34, 2022.
BDP208	SMITH, Angharad. DATTA, Monti Narayan. BALES, Kevin. Contemporary slavery in armed conflict: Introducing the CSAC dataset, 1989–2016. Journal of Peace Research. XX(X), 2022.
BDP209	MASDONATI, Jonas. MASSOUDI, Koorosh. BLUSTEIN, David L. DUFFY, Ryan D. Moving Toward Decent Work: Application of the Psychology of Working Theory to the School-to-Work Transition. Journal of Career Development. 2022, Vol. 49(1) 41–59.
BDP2010	WYSS, Anna. FISCHER, Carolin. Working for Protection? Precarious Legal Inclusion of Afghan Nationals in Germany and Switzerland. Antipode published by John Wiley & Sons Ltd on behalf of Antipode Foundation Ltd, 2021.
BDP211	COSTA, Patricia Trindade Maranhão. Escravidão emoldurada: entre noções locais de cativeiro e definições legais de escravidão contemporânea. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 34, n. 1.

BDP212	TURAKAYEV, MS. Mudança de emprego nas condições de trabalho precário (a exemplo dos residentes permanentes da República do Bascortostão). População e Economia 6(3): 15-34, 2022. https://doi.org/10.3897/popecon.6.e78162
BDP213	MALPASS, Alice *et al*. Overcoming Digital Exclusion during the COVID-19 Pandemic: Impact of Mobile Technology for Survivors of Modern Slavery and Human Trafficking – A Mixed Method Study of Survivors and Support Service Provider Views. Journal of Human Trafficking. DOI: 10.1080/23322705.2022.2050991
BDP214	OLIVEIRA, A.; RIBEIRO, A.; OLIVEIRA, A.; OLIVEIRA, A.; OLIVEIRA, E. Concessão, S. Satisfação dos Trabalhadores Frente aos Aspectos Ambientais e Sociomorfológicos para a Sustentabilidade e Trabalho Decente. Sustentabilidade 2022, *14*, 1699. https://doi.org/10.3390/su14031699.
BDP215	CHADA, Lister. MASHAVIRA, Nhamo. MATHIBE, Motshedisi S. The role of decent work in the Zimbabwean retail sector: Testing a job engagement and turnover intention model. SA Journal of Human Resource Management ISSN: (Online) 2071-078X, (Print) 1683-758, 2022.
BDP301	YEA, Sallie. Postcolonial Frameworks with Survivors' Voices: Teaching about contemporary and historical forms of slavery and forced labour. Anti-Trafficking Review, issue 17, 2021, pp. 73-90, https://doi.org/10.14197/ atr.201221175.
BDP302	GRAÇA, Marta *et al*. Decent Work and Work Engagement: A Profile Study with Academic Personnel. Applied Research in Quality of Life. 16, 2019. 1-23. 10.1007/s11482-019-09780-7.
BDP303	PAULA, Adriano Makux de. Contribuições da coloniliadade do poder, do saber, do ser e do trabalho no entendimento da escravidão contemporâneo na região Centro-Sul do Paraná. Scripta Nova, vol. 25, Núm. 4, 2021.
BDP304	BREVIS, Hernán Joaquín Riquelme *et al*. Condiciones y ambiente laboral de trabajadoras y trabajadores del retail de Working conditions and work environment of workers in retail businesses of La Araucanía, Chile. Izquierdas. 49, 2019. 1804-1829
BDP305	VIRGINIO, Francis Portes et al. Contemporary slave labour on the Amazonian frontier: the problems and politics of post rescue solidarity, Globalizations, 19:6, 2022, p.937-954, DOI: 10.1080/14747731.2022.2035946
BDP306	GARRETO, Gairo. BAPTISTA, J. Santos. MOTA, Antônia. Occupational Conditions in Brazilian Modern Rural Slave Labour. Safety 2021, 7, 28. https://doi.org/ 10.3390/safety7020028
BDP307	ROSSUM, Matth Ias Van. Slavery and Its Transformations: Prolegomena for a Global and Comparative Research Agenda. Society for the Comparative Study of Society and History. Vol. 63, Edição 3, Julho de 2021, p.566-598. DOI: https://doi.org/10.1017/S0010417521000153
BDP308	GARRETO, Gairo *et al*. Modern Slavery Characterisation through the Analysis of Energy Replenishment. Social Sciences 10: 299. 2022. https://doi.org/ 10.3390/socsci10080299
BDP401	LEÃO, Luiz Henrique da C. RIBEIRO, Thomaz Ademar N. Popular Surveillance of Contemporary Slavery. Physis: Revista De Saúde Coletiva, 31(1), e310125. 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-73312021310125
BDP402	ROSSIER, Jérôme. OUEDRAOGO, Abdoulaye. Work volition, decent work, and work fulfilment, in the formal and informal economy in Burkina Faso, British Journal of Guidance & Counselling, 49:2, 255-271, 2021. DOI: 10.1080/03069885.2021.18791
BDP403	STEAD, Victoria. DAVIES, Lucy (2021). Unfree Labour and Australia's Obscured Pacific Histories: Towards a New Genealogy of Modern Slavery, Journal of Australian Studies, 45:3, 400-416, DOI: 10.1080/14443058.2021.1956571
BDP404	LUCAS, Benjamin. LANDMAN, Todd (2021). Social listening, modern slavery, and COVID-19, Journal of Risk Research, 24:3-4, 314-334, DOI: 10.1080/13669877.2020.1864009
BDP405	JOVANOVIC, Marija. The Essence of Slavery: Exploitation in Human Rights Law, *Human Rights Law Review*, Volume 20, Issue 4, December 2020, Pages 674–703, https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa023
BDP406	HODKINSON, Stuart N. LEWIS, Hannah. WAITE, Louise. DWYER, Peter. Fighting or fuelling forced labour? The Modern Slavery Act 2015, irregular migrants and the vulnerabilising role of the UK's hostile environment. Critical Social Policy, 41(1), 68-90. 2021. https://doi.org/10.1177/0261018320904311
BDP407	CARUANA, Robert. CRANE, Andrew. GOLD, Stefan. LEBARON, Genevieve. Modern Slavery in Business: The Sad and Sorry State of a Non-Field. Business & Society, 60(2), 251-287. 2021. https://doi.org/10.1177/0007650320930417
BDP408	LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. La promoción del trabajo decente a través del principio cooperativo de educación, formación e información. Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, n. 58, p. 115-135, 12 may 2021.
BDP501	BELTRAMELLI NETO, Silvio. MELO, Maria Gabriela Vicente Henrique de. Trabalho decente e a cooperação internacional para o desenvolvimento humano: análise a partir dos relatórios de desenvolvimento humano globais. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 1, n. 58, p. 270-304, jan./mar. 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3833/371372174.
BDP502	ZAMMITTI Andrea, MAGNANO Paola, and SANTISI Giuseppe, "Work and Surroundings": A Training to Enhance Career Curiosity, Self-Efficacy, and the Perception of Work and Decent Work in Adolescents" *Sustainability* 12, no. 16: 6473. 2020. https://doi.org/10.3390/su12166473
BDP503	HEWAMANNE, Sanya. "Surveillance by Another Name: The Modern Slavery Act, Global Factory Workers, and Part-time Sex Work in Sri Lanka." Signs 45(3):653-677. 2020.
BDP504	COSTA, Patrícia T. M. Por um modelo nacional de prevenção do trabalho escravo? Desafios e conflitos na nacionalização do projeto Ação Integrada. Sociedade e Estado, v. 35, n. 3, p. 837–860, set. 2020.
BDP505	RIOUX, Sébastien. LEBARON, Genevieve. VEROVSEK, Peter J. Capitalism and unfree labor: a review of Marxist perspectives on modern slavery, Review of International Political Economy, 27:3, 709-731, 2020. DOI: 10.1080/09692290.2019.1650094
BDP506	RIBEIRO, Thomaz Ademar N.. LEÃO, Luiz Henrique da C.. Movimentos sociais, escravidão contemporânea e saúde: saberes, práticas e implicações para o Sistema Único de Saúde (SUS). Interface - Comunicação, Saúde, Educação, v. 24, p. e200004, 2020.
BDP507	BLUSTEIN, David L. PERERA, Harsha N. DIAMONTI, A. J. et al. The uncertain state of work in the U.S.: Profiles of decent work and precarious work. *J Vocat Behav*. 2020;122:103481. doi:10.1016/j.jvb.2020.103481

BDP508	RAJ-REICHERT, Gale. "The powers of a social auditor in a global production network: the case of Verité and the exposure of forced labour in the electronics industry [Corporate social responsibility and freedom of assoc," Journal of Economic Geography, Oxford University Press, vol. 20(3), pages 653-678. 2020.
BDP509	CAPUTO, Giuseppe. Dal lavoro forzato alla costrizione indiretta al lavoro: le nuove frontiere dello sfruttamento dei condannati. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 12(2):192-206, maio-agosto 2020. Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2020.122.02
BDP510	ROSENFIELD, Cinara. MOSSI, Thays W. Trabalho decente no capitalismo contemporâneo: dignidade e reconhecimento no microtrabalho por plataformas. Sociedade e Estado, v. 35, n. 3, p. 741–764, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202035030004
BDP511	TEUBNER, Melina. Cooking at Sea. Different forms of labor in the era of the Second Slavery. Poblac. soc., San Miguel de Tucumán, v. 27, n. 2, p. 54-81, jun. 2020. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-85622020000200054&lng=es&nrm=iso>.
BDP512	GARDNER, Alison. NORTHALL, Phil. BREWSTER, Ben.Building Slavery-free Communities: A Resilience Framework, Journal of Human Trafficking, 7:3, 338-353, 2020, DOI: 10.1080/23322705.2020.1777828
BDP513	PARRY-DAVIES, Ella. Modern Heroes, Modern Slaves? Listening to Migrant Domestic workers' Everyday Temporalities. Anti-Trafficking Review, no. 15 (September):63-81. 2020. https://doi.org/10.14197/atr.201220154.
BDP514	LIMONCELLI, Stephanie. There's an App for That? Ethical Consumption in the Fight Against Trafficking for Labour Exploitation. Anti-Trafficking Review, no. 14 (April):33-46. 2020. https://doi.org/10.14197/atr.201220143.
BDP515	CASSIDY, Kathryn. GRIFFIN, Paul. WRAY, Felicity. Labour, carcerality and punishment: 'Less-than-human' labour landscapes. Progress in Human Geography, 44(6), 1081-1102. 2020. https://doi.org/10.1177/0309132519869454.
BDP516	VIGNOLI, Emmanuelle. PRUDHOMME, Nathalie. TERRIOT, Katia. et al. Decent work in France: Context, conceptualization, and assessment, Journal of Vocational Behavior, Volume 116, Part A, 2020, 103345, ISSN 0001-8791, https://doi.org/10.1016/j.jvb.2019.103345.
BDP61	NAVAJAS-ROMERO, Virginia. DÍAZ-CARRIÓN, Rosalía. ARIZA-MONTES, Antonio. Decent Work as Determinant of Work Engagement on Dependent Self-Employed. Sustainability 11, no. 9: 2512. 2019. https://doi.org/10.3390/su11092512
BDP62	ARIZA-MONTES, Antonio. GIORGI, Gabriele. HERNÁNDEZ-PERLINES, Felipe. FIZ-PEREZ, Javier. Decent Work as a Necessary Condition for Sustainable Well-Being. A Tale of Pi(i)gs and Farmers. Sustainability 11, no. 4: 1051. 2019. https://doi.org/10.3390/su11041051
BDP63	ACCIARI, Louisa. PINTO, Tatiane. Praticando a equidade: estratégias de efetivação de direitos no trabalho doméstico. Estudos Avançados, v. 34, n. 98, p. 73–90, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.006
BDP64	SANDS, Matthew. UDHR and Modern Slavery: Exploring the Challenges of Fulfilling the Universal Promise to End Slavery in All Its Forms. The Political Quarterly, 90: 430-438. 2019. https://doi.org/10.1111/1467-923X.12712
BDP65	BROAD, Rose. TURNBULL, Nick. From Human Trafficking to Modern Slavery: The Development of Anti-Trafficking Policy in the UK. *Eur J Crim Policy Res* **25**, 119–133 (2019). https://doi.org/10.1007/s10610-018-9375-4
BDP66	WINCHENBACH, Anke. HANNA, Paul. MILLER, Graham. Rethinking decent work: the value of dignity in tourism employment, Journal of Sustainable Tourism, 27:7, 1026-1043, 2019. DOI: 10.1080/09669582.2019.1566346
BDP67	BROWN, David. BOYD, Doreen S. BRICKELL, Katherine. et al. Modern slavery, environmental degradation and climate change: Fisheries, field, forests and factories. Environment and Planning E: Nature and Space, 4(2), 191-207. 2021. https://doi.org/10.1177/2514848619887156
BDP68	JAISWAL, Nitu. Quality of Informal Jobs in India's Banking Sector: A Primary Study Through the "Decent Work" Framework. Indian Journal of Human Development, 13(1), 71-83. 2019. https://doi.org/10.1177/0973703019838108
BDP69	Juridical Evolution of the "Decent Work" Concept in the Albanian Labour Legislation . Academic Journal of Interdisciplinary Studies, *[S. l.]*, v. 8, n. 4, p. 191, 2019. DOI: 10.36941/ajis-2019-0054. Disponível em: https://www.richtmann.org/journal/index.php/ajis/article/view/10625.
BDP610	MONTERO, Maritza V. RODRÍGUEZ, Gerardo V. ARAYA-CASTILLO, Luis. Measuring decent work in self-managed cooperatives: The Costa Rica case. Apuntes: Revista de Ciencias Sociales 47(86): 171–191. 2020.
BDP611	LIRA, Paulo Victor Rodrigues de Azevedo. GURGEL, Idê Gomes Dantas. AMARAL, Angela Santana do. Superexploração da força de trabalho e saúde do trabalhador: o trabalho precário na confecção. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 30, n. 1, p. e300106, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-73312020300106
BDP612	KOLOT, Anatoliy. KOZMENKO, Serhiy. HERASYMENKO, Oksana. STREIMIKIENE, Dalia. (2020) Development of a decent work institute as a social quality imperative: Lessons for Ukraine. Economics and Sociology, 13(2), 70-85. 2020. doi:10.14254/2071-789X.2020/13-2/5
BDP71	PAVLOU, V. (2018) Where to look for change? A critique of the use of modern slavery and trafficking frameworks in the fight against migrant domestic workers' vulnerability. European Journal of Migration and Law, 20(1), pp. 83-107. (doi: 10.1163/15718166-12340021). Disponível em: https://eprints.gla.ac.uk/169131/.
BDP72	PINHEIRO, Márcia Leitão. The sound of silenced voices": mobilizations, connections and demands in the investigation of slavery in Brazil por. Dossier "Gramáticas de la (¿post?) violencia: identidades, guerras, cuerpos y fronteras" • Vibrant, Virtual Braz. Anthr. 15 (3) • 2018 • https://doi.org/10.1590/1809-43412018v15n3d502. Disponível em: https://www.scielo.br/j/vb/a/sjdmDYxkYX9TQDzYMBmH54g/?lang=en#
BDP73	LANDMANN, Todd; SILVERMAN, Bernard W. Globalization and Modern Slavery Politics and Governance (ISSN: 2183–2463) 2019, Volume 7, Issue 4, Pages 275–290 DOI: 10.17645/pag.v7i4.2233. Disponível em: https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/2233.
BDP74	VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de. O direito em perspectiva– Ponta Grossa - PR: Atena, 2022. Disponível em: https://atenaeditora.com.br/catalogo/ebook/o-direito-em-perspectiva.

BDP75	Virginia Mantouvalou. The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On. Volume 81, Issue 6, 2018, Pages 1017-1045. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12377
BDP76	MARX, Axel; WOUTERS, Jan. Combating Slavery, Forced Labour and Human Trafficking. Are Current International, European and National Instruments Working? Global Policy Volume 8. Issue 4. November 2017. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1758-5899.12506
BDP77	HADADD, Monica A.; HELLYER., Joshua. Decent Work and Social Protection in Belo Horizonte, Brazil. Journal of Planning Education and Research. DOI: https://doi.org/10.1177/0739456X16685157. Posted with permission. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/128978441.pdf
BDP78	NETO, Silvio Beltramelli; VOLTANI, Julia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. DOI: https://doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5900 ISSN 2236-997X (impresso) - ISSN 2237-1036 (on-line), Vol.16, 2019 Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5900.
BDP79	SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo. Revista de Politicas Publicas, v.8, n.2, 2018, p.266-286. Disponível em: https://www.arqcom.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/5317/3968
BDP710	MCGRA, Siobhan; WATSON, Samantha (2018) 'Anti-slavery as development : a global politics of rescue.', Geoforum., 93 . pp. 22-31, 2018. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0016718518301222.
BDP711	Allen, R. (2018). Slavery in a Remote but Global Place: the British East India Company and Bencoolen, 1685-1825. *Social and Education History*, *7*(2), 151–176. https://doi.org/10.17583/hse.2018.3374. Disponível em: https://hipatiapress.com/hpjournals/index.php/hse/article/view/3374
BDP712	LEAO, LUÍS HENRIQUE DA COSTA; SIEBERT, PENELOPE; TRAUTRIMS, ALEXANDER; ZANIN, VALTER ; BALES, KEVIN. A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO ATÉ 2030 E OS DESAFIOS DA VIGILÂNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR. CIÊNC. SAÚDE COLETIVA 26 (12) • DEZ 2021 • HTTPS://DOI.ORG/10.1590/1413-812320212612.15382021. DISPONÍVEL EM: HTTPS://WWW.SCIELO.BR/J/CSC/A/CBQTKBPSBYC4GNXKRJFVWBK/ABSTRACT/?LANG=PT#
BDP713	RAI, Shirin M. Rai; BENJAMIN, D. Brown; KANCHANA, N. Ruwanpura. SDG 8: Decent work and economic growth – A gendered analysis. World Development. Volume 113, January 2019, Pages 368-380. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0305750X18303309
BDP81	FUCHS, Amir Paz. Badges of Modern Slavery 5, 2016, pág. 757-785. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12214.
BDP82	OLLUS, Natalia. Forced Flexibility and Exploitation: Experiences of Migrant Workers in the Cleaning Industry. Vol. 6, 2016, DOI 10.19154/njwls.v6i1.4908
BDP83	ALLINA, Eric. Para Compreender a "Escravidão Moderna": Vozes dos arquivos. Cadernos de Estudos Africanos Escravidão, Trabalho Forçado e Resistência na África Meridional, 2017. Disponível em: http://journals.openedition.org/cea/2216 DOI: 10.4000/cea.2215. ISSN: 2182-7400
BDP84	LAWTHON; Rebecca; CAGAN, Carolyn. Feminist composite narratives of Chinese women: the interrelation of work, family and community in forced labour situations. 2016 Disponível em: https://doi.org/10.1080/13668803.2016.1134128
BDP85	KEMPADOO, Kamala. Revitalizando o imperialismo: campanhas contemporâneas contra o tráfico sexual e escravidão moderna. Cadernos Pagu (47), 2016: e16478 ISSN 1809-4449. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600470008
BDP86	Corporate enterprise principles and UK regulation of modern slavery in supply chains. Disponível em: https://cris.brighton.ac.uk/ws/portalfiles/portal/465091/Okoye+Corporate+enterprise+principles+%28C%29+%281%29-sent+to+editor+%281%29.pdf
BDP87	CRAIG, Gary. The UK's Modern Slavery Legislation: An Early Assessment of Progress. Social Inclusion (ISSN: 2183–2803) 2017, Volume 5, Issue 2, Pages 16–27 DOI: 10.17645/si.v5i2.833. Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/55473/ssoar-socialinclusion-2017-2-craig-The_UKs_modern_slavery_legislation.pdf;jsessionid=8111C0DAE799132A3321213DD4E0C5B2?sequence=1
BDP88	CHEN; Caixia; PERRY, Petsy; YAN, Yixiong; YAN, Cheng. Decent Work in the Chinese Apparel Industry: Comparative Analysis of Blue-Collar and White-Collar Garment Workers. Sustainability 2017, 9, 1344; doi:10.3390/su9081344
BDP89	Martins Junior, A., & O'Connell Davidson, J. (2016). Interview with Julia O'Connell Davidson on Modern Slavery. Theory, Culture & Society, 33(7-8), 381–390. https://doi.org/10.1177/0263276416670461, https://doi.org/10.1177/0263276416670461
BDP810	Bernards, Nick (2017) The global politics of forced labour. Globalizations, 14 (6). pp. 944-957.doi:10.1080/14747731.2017.1287470. Disponível em: http://wrap.warwick.ac.uk/101992/
BDP91	PAULI; Jandir ROSENFIELD, Cinara L. PARA ALÉM DA DICOTOMIA ENTRE TRABALHO DECENTE E TRABALHO DIGNO: reconhecimento e direitos humanos. Cad. CRH 25 (65) , 2012 https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000200009. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ccrh/a/XYTJZrcXrh65bZPTRwN39Kw/abstract/?lang=pt
BDP92	STEWART, James B. Using History to Make Slavery History": The African American Past and the Challenge of Contemporary Slaver. Edição: Vol 3, No 1 (2015): Perspectivas sobre Tráfico Humano e Formas Modernas de Escravidão DOI :https://doi.org/10.17645/si.v3i1.143.
BDP93	MORGAN, Jamie; OLSEN, Wendy.Forced and Unfree Labour: An analysis. International, Critical Thought, 4:1, 21-37, 2014DOI:10.1080/21598282.2014.878144. Disponível em: https://research.manchester.ac.uk/en/publications/forced-and-unfree-labour-an-analysis.
BDP94	MANTOUVALOU, Virginia. 'Am I Free Now?' Overseas Domestic Workers in Slavery. Revista de Direito e Sociedade, Vol. 42, nº 3 (setembro de 2015), pp. 329-357, 2015. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43862437
BDP95	BURCHELL, Brendan; SEHNBRUCH, Kirsten; NurjkAgloni; AgnieszkaPiasna. Human Development and Decent Work: Why Some Concepts Succeed and Others Fail to Impact the Development Agenda. Working Papers, No 5, 2013
BDP96	FITZPATRICK, Choi "From Rescue to Representation: A Human Rights Approach to the Contemporary Anti-Slavery Movement" (2015). School of Peace Studies: Faculty Scholarship. 7. https://digital.sandiego.edu/krocschool-faculty/7. Disponível em: https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=krocschool-faculty.

BDP97	MCGRATH, Siobhan. Fuelling global production networks with slave labour?: Migrant sugar cane workers in the Brazilian ethanol GPN.', Geoforum., 44 . pp. 32-4, 20133.
BDP98	MCGRATH, Siobhan . Many chains to break: the multi-dimensional concept of slave labour in Brazil.', Antipode., 45 (4). pp. 1005-1028, 2013.
BDP101	PAIVA, Eduardo França. Trabalho forçado e escravidão: Uso e definições em momentos diferentes. Caderno de Estudos, 2005., pág. 1123-1142 https://doi.org/10.4000/africanstudies.15104.
BDP102	DOTTRIDGE, Mike. Tipos de trabalho forçado e abuso semelhante à escravidão que ocorrem na África hoje Uma classificação preliminar. Caderno de Estudos, 2005. pág. 689-712 https://doi.org/10.4000/etudesafricaines.14968
BDP103	BOUTANG, Yann Moulier. Formes de travail non libre », Cahiers d'études africaines [En ligne], 179-180 |2005, mis en ligne le 21 décembre 2005, consulté le 22 juin 2020. URL: http://journals.openedition.org/etudesafricaines/5744; DOI: https://doi.org/10.4000/etudesafricaines.5744
BDP104	ANTERO, Samuel A. Monitoramento e avaliação do Programa de Erradicação do Trabalho Escravo. Page 28. RAP — RIO DE JANEIRO 42 (5):791-828, 2008. Disponivel em: https://www.scielo.br/j/rap/a/gRwpXYDHfNVrc6bMg86xFTx/?format=pdf&lang=pt.
BDP105	BOLZON, Andrea; VASCONCELOS, Marcia. Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões. Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas • Cad. Pagu (31), 2008 • https://doi.org/10.1590/S0104-83332008000200004 . Disponível em: https://www.scielo.br/j/cpa/a/wZMLq7N9L6fdCrcqQnNcLRB/abstract/?lang=pt.
BDP106	MIERS, Suzanne. A nova face da escravidão no século 20. Cadernos de Estudos Africanos, pág. 667-688, 2005. https://doi.org/10.4000/africanstudies. 14954 Disponível em: https://journals.openedition.org/etudesafricaines/14954
BDP107	BISCHOFF, J. L. Forced Labour in Brazil International Criminal Law as The Ultima Ratio Modality of Human Rights Protection, 2013. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS, (1). Disponível em: https://doi.org/10.22456/2317-8558.43507
BDP111	KLYMAK, Margaryta. The trade effects of information provision about forced and child labor. World Development. 167 (2023) 106217
BDP112	CRESPI-VALLBONA, Montserrat *et al*. Barcelona hotel employees and their conception of fair work. An exploratory study. Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal Vol. 42 No. 9, 2023 pp. 56-74 Emerald Publishing Limited
BDP113	DRISHTI, Elvisa. CARMICHAEL, Fiona. Dead-end jobs or steppingstones? Precarious work in Albania. Personnel Review Vol. 52 No. 1, 2023 pp. 99-120 Emerald Publishing Limited 0048-3486
BDP114	SILVA, Lucas Reis da. O enfrentamento ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil: a ampliação da possibilidade de terceirização trabalhista como obstáculo às políticas de promoção do trabalho decente. Revista eurolatinoamericana de Derecho Administrativo Vol. 7, n. 1, enero/junio 2020.
BDP115	CRANE, Andrew *et al.* Confronting the Business Models of Modern Slavery. Journal of Management Inquiry. Vol.31(3), 2022.
BDP116	ELMETWALLY, Sameh M. A Multidimensional Approach to Measuring Decent Work in Five Countries using Count Panel Data Models. Wseas transactions on business and economics. Volume 19, 2022. DOI: 10.37394/23207.2022.19.55
BDP117	ALVARADO, Diony. BENCOMO, Tania. El trabajo decente desde las condiciones salariales de los docentes universitarios del sector público en Venezuela. Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-BJV, 2023. DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2023.36.17873
BDP118	SOUNDARARAJAN, Vivek. WILHELM, Miriam M. CRANE, Andrew. Humanizing research on working conditions in supply chains: building a path to decent work. Journal of Supply Chain Management 2021, 57(2), 3–13.
BDP119	SEUBERT, Christian. HOPFGARTNER, Lisa. GLASER, Jürgen. Living wages, decent work, and need satisfaction: an integrated perspective. European Journal of Work and Organizational Psychology. 30:6, 2021, 808-823, DOI: 10.1080/1359432X.2021.1966094
BDP1110	SILVA, Lucas Reis da. XAVIER, Juliana Benício. Public policies for the promotion of decent work in Brazil: dialogues with Amartya Sen. *Revista Eurolatinoamericana De Derecho Administrativo*, *6*(2), 381–401. https://doi.org/10.14409/redoeda.v6i2.9109
BDP1111	ZHU, Bin. Stabilization and structuralization: transformations of China's labor market from the perspective of new institutionalism (2006–2017). The Journal of Chinese Sociology (2023) 10:7 https://doi.org/10.1186/s40711-023-00183-8.
BDP1112	MACKETT, Odile. Decent Work in the South African Macroeconomy: Who are The Winners and Losers? Humanistic Management Journal (2022) 7:277–305.
BDP1113	GALLO, *Oscar et al*. Decent Work and Healthy Employment: A Qualitative Case Study About Colombian Millennials. SSRN Electronic Journal . April 2020. DOI:10.2139/ssrn.3568758
BDP1114	YANG, Anand A. The prison-handicraft complex: Convict labour in colonial India. Modern Asian Studies, 57, 2023, 808–834 doi:10.1017/S0026749X22000324.

Fonte: dados da pesquisa (2023).

A data de corte realizada foi o período de 2022, embora o levantamento tenha sido atualizado em 15/05/2023. No que diz respeito ao alcance e limitações do estudo, é forçoso pontuar que não se advoga representatividade para esta análise, uma vez que nem toda pesquisa é publicada e nem todo periódico é indexado na base de dados utilizada nesta investigação. Significa afirmar que estudos primários relevantes podem não ter sido objeto desta revisão por

integrar a *grey literature* (literatura fugitiva), por escaparem aos parâmetros sensores do levantamento realizado.

4 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

A discussão de resultados foi organizada em torno das questões que nortearam a categorização da análise de conteúdo. É oportuno destacar que as revisões sistemáticas não são apresentadas de forma fragmentada mas, mas integrada, construída a partir do critério subjetivo de relevância dos trabalhos, à luz dos parâmetros estabelecidos e nos termos do protocolo metodológico, quais sejam, operadores conceituais e metodológicos; territorialidade; determinantes sociais, conjunturais, econômicos e políticos. Na elaboração da seção, adotou-se como estratégia a vinculação as citações diretas e indiretas de alguns trabalhos que compuseram a amostra, visando a identificação da fonte e o efetivo respaldo.

4.1 RS 1,2 e 3 - Como o fenômeno é definido? Quais os determinantes de sua ocorrência e intensificação? Qual a repercussão?

Observou-se uma confluência de entendimento quanto à natureza do escravismo contemporâneo, não mais assentado no conceito de propriedade, mas naquele de controle e na intensa exploração do sujeito desumanizado e forçosamente vulnerabilizado.

A precarização do emprego formal, a ascensão do trabalho flexível, a fragilização do movimento sindical (declínio de sua influência) e a degradação da malha de proteção legal e social são revelados na literatura como determinantes sociais, legais e políticos relevantes para a facilitação da degradação do meio ambiente de trabalho e, por conseguinte, da ocorrência do fenômeno investigado. (ALLAN e BLUSTEIN,2022)

O escravismo contemporâneo se desenvolve e intensifica de modo estruturado a partir da sinergia de incidência desses vetores. Vale reforçar que os estudos que compuseram a amostra revisada têm como característica substancial a sua dimensão transnacional, o que afasta a primazia de fatores determinantes locais, alcançando uma dimensão mais sistêmica. Barroso Filho (2015) corrobora essa leitura ao afirmar que,

> O trabalho escravo não é uma exclusividade de países em desenvolvimento, de países pobres, ele existe em todas as economias do mundo, em todas as regiões e apresentando as mais diversas formas. Esta absurda exploração humana persiste no mundo contemporâneo ambientada na má distribuição de renda e no desemprego que

> ocasiona a miséria levando à migração das pessoas como forma de fugir da fome e desesperança. (BARROSO FILHO, 2015, p. 9-10).

Para Rodriguez (2021), um dos autores cuja pesquisa foi analisada, o déficit de ocupações dignas aprofunda o *status* de desigualdade, acentuando a exclusão social, quadro que repercute na própria economia, especialmente na promoção de um desenvolvimento econômico-social sustentável e inclusivo. A causuística, nesse contexto, se inverte: a degradação das condições de trabalho como vetor do subdesenvolvimento em acepção ampliada. O autor sugere, deste modo, um efeito bumerangue.

A noção de trabalho digno é inclusiva, compreendendo os diferentes tipos de trabalho indistintamente. Significa afirmar que a dignidade de um labor não reside em sua especialização, graduação, patamar de remuneração ou na presença do quesito formalidade do vínculo. Nas exatas palavras de Rodriguez (2021, p.120) "(...) a noção de trabalho digno inclui tanto os trabalhadores assalariados (na economia formal e informal) como os trabalhadores independentes."

A composição do conceito abrange a promoção e o respeito efetivo aos direitos fundamentais, cujos teores restam incluídos nas convenções da OIT- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (piso mínimo de garantias), quais sejam, a eliminação de qualquer espécie de discriminação, o respeito à liberdade de associação de classe e à negociação coletiva; aos direitos da personalidade de trabalhadores e trabalhadoras, a abolição do trabalho forçado (aquele compulsório) e a erradicação do trabalho infantil. Apesar do citado direcionamento, a definição de trabalho decente mostrou-se flexível e não exaustiva, cuja concepção se assenta nas referências legais (direitos e princípios sociolaborais) e circusntâncias de cada lugar. (RODRIGUEZ, 2021; GIL Y GIL, 2020; GIL Y GIL, 2017; LOZANO LARES, 2016; TREVISAM, 2015)

A figura 3 apresenta a concepção de trabalho decente a partir da contribuição dos autores e autoras cujos estudos compuseram o *corpus* analisado.

Figura 3: Abrangência da concepção de trabalho decente

TRABALHO DIGNO	Respeito aos direitos da personalidade do(a) trabalhador(a), identidade e identificações.
	Não discriminação.
	Equidade.
	Representatividade, liberdade de associação e negociação coletiva.
	Erradicação do trabalho infantil.
	Abolição do trabalho forçado.
	Segurança (em ampla acepção).
	Relações saudáveis.

Fonte: Dados de pesquisa (2023).

A precarização, com base no levantamento realizado, repercute em diferentes graus, e em todos, diretamente sobre a saúde e relacionamentos dos (as) trabalhadores (as), atingindo os substratos nos quais o indivíduo se insere, a exemplo do núcleo familiar e comunidade. Essa ressonância se mostra marcadamente centrífuga, atingindo os diferentes núcleos sociais, ampliando o raio de opressão experimentado no mundo do trabalho. Independentemente desse movimento de alastramento,

> O ambiente de trabalho deve ser um lugar de efetivação dos direitos sociais. A relação trabalhista implica confiança, dependência, ajuda, rotina e convivência; executa-se, de certo modo, no interior de uma micro -sociedade que reclama a aplicação dos direitos fundamentais. (LAMOUNIER, 2014, p.18).

A amostra de artigos revisada confere centralidade ao conceito de trabalho digno, tratado majoritariamente como sinônimo de trabalho decente, em total contraposição à violência da escravização, suavizada no imaginário social quando comparada à violência de outros tempos (situada historicamente entre os séculos XVI e XIX).

> A captura deu lugar ao convite. Convite fraudulento, diga-se de passagem. As correntes e cordas foram trocadas pelo dinheiro do “gato”. Os remos e as velas dos navios negreiros cederam lugar ao motor dos caminhões de boias-frias. Mas, no final, todos chegaram ao mesmo destino: à exploração da mão-de-obra, e à violação da dignidade da pessoa humana (PITANGA, 2015, p.26).

O escravismo, nesta versão remasterizada, alcança elementos que ultrapassam os limites físicos da organização, dado o grau de estruturalização da violência em suas diferentes camadas

(contextual, institucional, psicológica e organizacional) e a cadeia sistêmica que constitui a sua supraestrutura. A pessoa escravizada é dragada pelo vórtice da violência em razão de sua vulnerabilidade intrapsíquica, social, econômica e emocional, condicionantes que têm origem na histórica desigualdade social e seu deslinde excludente e desumano.

"O preço da dominação não é meramente a alienação dos homens com relação aos objetos dominados; com a coisificação do espírito, as próprias relações dos homens foram enfeitiçadas, inclusive as relações de cada indivíduo consigo mesmo." (ADORNO e HORKHEIMER, 1985, p.34)

O trabalho escravo foi apresentado na literatura revisada como o extremo de uma escala de exploração e degradação laboral, opondo-se frontalmente ao que se entende por trabalho decente. Definir trabalho decente mostrou-se, por esse estudo, uma tarefa desafiante considerando a polissemia, a diversidade e complexidade do conceito, razão pela qual a existência dessa escala oculta (não declarada) confere uma flexibilidade necessária à subsunção dos casos concretos à violação de direitos, uma vez que o termo exploração é genérico e abrangente, abrigando diferentes práticas. (JOVANOVIC, 2020; CARUANA, CRANE, GOLD e LEBARON, 2021; CASTRO, CANOPF, CANOPF e COSTA, 2021; CIESLIK e VIRA, 2022)

> A escravidão moderna é um conceito escorregadio, porque mesmo as pessoas que usam o termo não conseguem concordar com seus limites ou exclusões e, quando pressionadas por uma definição, tendem a enfatizar que a escravidão moderna assume uma pluralidade de formas. (LEBARON, 2020, p.62).

Para Jovanovic (2020), a despeito do uso intenso da expressão (exploração) nas produções científicas, não há previsão específica no Direito Internacional. A noção sobre escravismo encaminha a marcadores genéricos, quais sejam, o abuso de vulnerabilidade, o auferimento de ganhos excessivos, a sonegação de direitos e a mercadorização do outro. A denominação imprecisa acomoda diferentes características sem aludir aos níveis de incidência, mesmo quando o núcleo da violência é a exploração de pessoas em menor ou maior intensidade. Ao tematizar o trabalho forçado, o recorte não é necessariamente vinculado à prática escravista não obstante se reconheça a relação de continência.

“O conceito de trabalho escravo no Brasil é distinto, mas se sobrepõe a conceitos como trabalho forçado, tráfico, “escravidão” contemporânea e trabalho não-livre.” (MCGRATH, 2013, p. 3)

Os elementos que perfazem o enquadramento da conduta não estão presentes simultaneamente em todas as ocorrências, uma vez que a matriz de caracterização não é estática. Essa constatação explica a fragmentação observada nas comunicações científicas estudadas.

Por outro lado, uma caracterização fechada seria prejudicial ao reconhecimento da violação de direitos, inviabilizando a consecução de práticas de natureza jurídica e política. Ato, meio e finalidade se emaranham em um único conceito, crítica conceitual presente em alguns trabalhos. (MCGRATH, 2013)

"Identificar os significados dos diferentes usos dos termos é, portanto, mais do que lidar com nomes: é desvendar as lutas que se escondem por detrás dos nomes - lutas essas em torno da dominação, do uso repressivo da força de trabalho e da exploração. (ESTERCI, 2008, p.13)

Verificou-se pouca ênfase nas causas estruturantes e determinantes do escravismo, aquelas identitárias, sociais, políticas, legais e econômicas (recorte temático), a despeito da bem-marcada historicização, todavia, ressentindo-se de uma crítica sociológica contundente (ampliada, aprofundada, ideologicamente assentada), o que despolitizou algumas discussões. Apenas alguns trabalhos abordaram questões estruturais relevantes e imbricadas ao fenômeno, a exemplo da extrema pobreza, da desigualdade social; da discriminação de gênero, de classe e étnica; da racialização das relações de trabalho, intersecionalidades fundamentais para se alcançar as bases de sustentação do escravismo.

O recorte ideológico importa à identificação e compreensão do sistema de representação que nutre as estruturas de poder e servem ao propósito espúrio de mascarar a realidade no que diz respeito especialmente às dinâmicas de exploração. É, igualmente fundamental, o estudo da dimensão do domínio exercido sobre o sujeito que trabalha, o que encaminha forçosamente a um *design* interdisciplinar. A dominação (neoliberal) engendrada não é apenas relacional mas, intrapsíquica porque manipula, além do sofrimento, as expectativas de trabalhadores e trabalhadoras, amoldando-os segundo os interesses de mercado, ao mesmo tempo em que mobiliza a sua necessidade de crer e autopersuadir. Neste quesito, a amostra analisada apresentou uma sentida lacuna. Vale ponderar que

> A função essencial da ideologia é também reforçar a dominação e aumentar a exploração dos trabalhadores e não apenas mascarar as relações de produção pois trata-se de uma componente essencial das forças produtivas. Estas se desenvolvem graças aos dispositivos técnicos ideológicos sofisticados que as empresas capitalistas hipermodernas praticam e não mais sob o efeito da- ameaça. (PAGÈS, BONETTI, GAULEJAC e DESCENDRE, 1987, p. 74-75).

Os artigos que constituíram o *corpus empiricus* desta investigação entregaram contribuições importantes, especialmente no que diz respeito à compreensão da logística da violência (na verdade, da sujeição), dos antecedentes históricos e *status* jurídico temporais, do perfil dos atores sociais envolvidos, da taxonomia do trabalho forçado, das condições degradantes de trabalho, da dinâmica dos resgates, dos aspectos demográficos, políticos, sociais

e legais, da contextualização da *gig economy*, do enfraquecimento dos vínculos tradicionais de emprego, da agudização da precarização, enfim, da própria ideação do trabalho decente e o impacto para as pessoas vitimadas, entretanto, não aprofundam a discussão acerca da **processualidade** e **camadas da violência**, reduzida à sua superfície (violência visível), a despeito da necessidade de se investigar as engrenagens (intrapsíquicas) da subjugação.

O trabalho escravo contemporâneo foi tratado nesses estudos a partir de sua face mais evidente e finalística, não obstante encarne em sua gênese a violência estrutural que viabiliza a cooptação 'fácil' de uma mão de obra material e emocionalmente vulnerável, vexada em sua dignidade (em sua maioria composta por pessoas pretas, pardas e indígenas), o que revela a prevalência de um capitalismo racial no seio de um sistema necropolítico de dominação racializado, entrecruzamento temático pertinente e relevante. "A violência também não é exclusiva de situações classificadas como não livres". (MCGRATH, 2013, p.5)

As tematizações, em plano geral, revelaram a forte correlação do fenômeno com outras formas de violação de direitos humanos, a exemplo do tráfico de pessoas e a precarização do meio ambiente laboral (subemprego), sugerindo uma relação de continência. Em contraponto argumentativo, também aprofundaram o conceito paradigmático de trabalho decente, essencial à pauta da qualidade de vida no trabalho.

Esta revisão apontou para a emergência de se ampliar e contextualizar o conceito de trabalho decente, ainda muito presa àquela da OIT (Convenção n.29), demasiadamente ampla e imprecisa, à margem de parâmetros igualmente significativos, mas que resgatam o sentido do trabalho para o desenvolvimento pessoal, reconhecendo as diferentes formas de opressão, igualmente, aspectos positivos. Essa confluência emergiu fortemente da revisão, despontando, aos olhos desta equipe revisora, como nicho promissor e necessário de pesquisa.

"A multiplicidade e variação dos termos utilizados indica que os critérios de classificação estão em discussão tanto no campo político-ideológico quanto no que diz respeito ao seu enquadramento na legislação trabalhista e nos códigos de defesa dos direitos humanos." (ESTERCI, 2008, p.12)

Definir o trabalho análogo ao de escravo, ou mesmo, o trabalho escravo, como antítese do trabalho decente relativiza a violação de direitos humanos sem enfrentar as variações da violência, o que em certa medida, pode comprometer os esforços de mitigação. A abrangência da definição, amplamente adotada nos trabalhos científicos, dificulta comparações dada a sua relatividade, quadro que remeteria a uma necessária ponderação de critérios. "(...) E sendo uma definição global, baseada nos direitos e benefícios dos trabalhadores, é difícil quantificá-la e

torná-la comparável, agravada pela falta de informação estatística adequada.” (ARREDONDO, DAVIA e VARELA, 2022, p.34)

A figura 4 apresenta os elementos fundamentais que definem a perspectiva antropológica do trabalho escravo.

Figura 4: Dimensão antropológica do trabalho escravo.

Perspectiva antropológica.	Relação de poder notadamente assimétrica.
	Dominação em diferentes níveis e dimensões (ideológica, social, econômica, cultural e psicológica).
	Indignidade, iniquidade, desonra.
	Alienação de natureza genealógica.
	Experîencia de dessubjetiviação.

Fonte: Dados de pesquisa (2023).

Afigura-se premente enfrentar as razões determinantes da conduta, aquelas que vulnerabilizam a pessoa vitimada e a expõem à violação de direitos. O debate tem girado majoritariamente em torno de questões institucionais e legais, em detrimento de soluções ou medidas mitigadoras que impeçam os trabalhadores de sujeitar-se à exploração. Caracterizada a dimensão e escala globais do fenômeno, os trabalhos empíricos e, mesmo aqueles fundamentalmente teóricos, reverberaram determinantes diversos, mas sem aprofundar questões estruturais antecedentes.

4.2 RS 4, 5, 6, 7 e 8: Como o tema e, especialmente, o fenômeno tem sido tratado pelos(as) estudiosos(as)? Quais os principais achados, entregas ao campo ou contribuições? Quais os recortes ou as delimitações dos trabalhos amostrados? Quais as características e principais marcadores do fenômeno? Quais as interseccionalidades temáticas? (entrecruzamentos)

A revisão encaminhou à seguinte caracterização, não plenamente incidente em um único caso:

- ✓ a cooptação mediada por terceiros (pessoa natural ou jurídica);
- ✓ a existência de um processo admissional organizado (aparentemente legal);
- ✓ a dissolução de vínculo empregatício para dar lugar contratos de natureza civil;
- ✓ a contratação de salários abaixo do piso salarial;
- ✓ a prática de controles trabalhistas excessivos, com cariz punitivo;
- ✓ a sonegação de direitos trabalhistas;
- ✓ o cerceamento da liberdade do(a) prestador (a);
- ✓ a coerção por meio de ameaças;
- ✓ a vigilância constante (recorrentemente armada);
- ✓ o abuso de poder no decurso da relação;
- ✓ o isolamento social e distanciamento da família;
- ✓ a retenção dos documentos de identificação;
- ✓ a manutenção de condições precárias de trabalho, meio ambiente de trabalho nocivo (de elevado risco);
- ✓ a associação a outras formas de violência;
- ✓ o fornecimento de moradia e alimentação precárias (insalubres);
- ✓ a vinculação das concessões ao endividamento desproporcional, arbitrário, abusivo.

As pesquisas revelam que a noção de cativeiro se expande a passos largos, sem desnaturar a violência. A pertinência do alargamento da definição do fenômeno e, por derradeiro, de sua caracterização, foi ressaltada no trabalho de Shahadat e Uddin (2022), considerada fundamental para abranger situações de exploração nas quais o(a) trabalhador/trabalhadora não possa recusar uma proposta de trabalho ou abandoná-la, em razão: da necessidade de subsistência, da não transparência de informações ou qualquer outra forma de coerção (material ou simbólica). Essa perspectiva encaminha à reflexão acerca do complexo de fatores que aprisionam a pessoa que trabalha (supostamente livre), ao ponto de impedi-la de escapar às condições degradantes a que se vê submetida, dando azo ao que os autores denominaram de ‘escravos(as) voluntários(as)’. Esta observação remete à emergência de ponderação acerca do escalonamento do fenômeno em níveis para fins de evidenciação (taxonomia da violência), respeitando as suas características, intensidade e ressonância.

Estreitar a definição em tipos legais fechados pode tornar determinadas formas de exploração moralmente admitidas ou aceitáveis, ou mesmo, naturalizadas, à prejuízo da ações de mitigação e repressão das autoridades competentes para fazê-lo e da própria liberdade de escolha do trabalhador/trabalhadora.

A análise de qualquer caso concreto reclama um olhar atento para os graus de liberdade do(a) laborista no âmbito da prestação, exigindo um 'escrutínio dos controles organizacionais laborais', relativizando a cobertura do manto da subordinação jurídica em determinadas situações. (SHAHADAT e UDDIN, 2022; MCGRATH, 2013)

De fato, "(...) qualquer distinção rígida entre livres, não-livres e escravo torna a compreensão dinâmica das relações de trabalho mais desafiadora." (SHAHADAT e UDDIN, 2022, p.523)

Não obstante o cerceamento seja uma marcador recorrentemente citado nos trabalhos, os autores e autoras pesquisados já acenam para a necessidade de se considerar as suas diferentes formas, ressaltando que a conduta não se opera necessariamente por meio da vigilância armada ou a partir de agressão física, o que revela o caráter performático da violência.

As coerções no âmbito do trabalho subordinado se reproduzem e diferenciam, apropriando-se de um discurso marcadamente fraudulento, utilizado para sustentar o processo de acumulação de capital. O escravismo contemporâneo é parte de uma estratégia corporativa deliberada nutrida pela racionalidade de mercado e fatores estruturais. (SHAHADAT e UDDIN, 2022; SCHWARZ, 2017)

Esse apanhado remete a diferentes níveis ou formas de escravismo, inclusive moralmente aceitas a despeito do dano existencial resultante, condição que complexifica o fenômeno.

Os estudos acerca do escravismo contemporâneo incorporam temáticas transversais (tráfico de pessoas, exploração sexual, trabalho doméstico, casamento forçado) e aquelas subjacentes estruturais (desigualdade social, discriminação étnico-racial e de gênero, organização do trabalho). Repercutindo essa imprecisão conceitual, o trabalho forçado é abordado isoladamente. (VILLAMIZAR, 2022; ARREDONDO, DAVIA e VARELA, 2022; MCGRATH, 2013)

Delgado e Miraglia (2021) destacam a forte interseccionalidade atrelada ao fenômeno, revelando uma clivagem complexa, cujo aprofundamento se torna necessário.

Rangel e Schwarz (2023) concluíram em seu estudo que, "Os esforços para combater a escravatura moderna e o tráfico de seres humanos demonstram normalmente um foco excessivo nas mulheres e nas crianças." (RANGEL e SCHWARZ, 2023, p.137)

A insuficiência de dados acerca do tipo de exploração e o arquétipo predominante em cada caso remetem ao desconhecimento de outros perfis e suas vulnerabilidades típicas, o que ineludivelmente pode levar à exclusão de vítimas potenciais, comprometendo os esforços antiescravagistas.

4.3 RS 9 e 10 Quais os principais acenos para mitigação de ocorrência do fenômeno investigado? Aponte nichos e veios para direcionamentos de pesquisas futuras, agenda social, principais debates teóricos e políticos e os desafios substantivos e metodológicos (balanço do levantamento realizado).

A revisão apontou como nicho potencial para futuras pesquisas empíricas, o estudo da dimensão existencial da precarização das condições de trabalho, deslocando o objeto de análise para além do vínculo contratual trabalhista. O adoecimento ocupacional e os traumas gerados pela violação de direitos humanos sobrevivem à relação jurídica, determinando a 'não-qualidade' de vida do(a) trabalhador(a), impulsionando à um aprofundamento e desdobramento acerca da ressonância do fenômeno sob diferentes planos e objetivos, quais sejam,

> (...) de identificar setores econômicos, regiões e populações afetadas; (b) de aumentar o conhecimento sobre determinantes sociais, riscos e efeitos à saúde das populações escravizadas, a fim de permitir comparações entre regiões e outras populações trabalhadoras; (c) e de fortalecer ações e serviços em saúde do trabalhador para ampliar a participação desse setor nas ações antiescravistas. (LEÃO, 2021, p. 5893).

O estudo também acena para a pertinência e emergência de pesquisas que discutam meios para promoção de políticas e iniciativas de combate à exploração do trabalho, que mapeie os danos à saúde emocional de trabalhadores e trabalhadoras acarretados pela escravidão moderna. Ocorre que investigações empíricas junto às pessoas vitimadas resgatadas se esbarram na preocupação com os danos decorrentes da revivência da experiencia de exploração e, consequentemente, no prolongamento de seu sofrimento.

A amostra constituída se ressentiu de recortes mais propositivos. Um dos trabalhos (BDP301), inclusive, fez alusão ao potencial transformador das práticas pedagógicas pós-coloniais como ato político importante para o eficaz enfrentamento do problema. Importa salientar que o conceito de colonialidade, desenvolvido no artigo BDP303,

> (...) envolve o controle do trabalho, do sexo, da natureza e da cultura (poder). Igualmente, está relacionada ao saber na medida em que determinados conhecimentos e práticas dos dominantes são válidos, enquanto dos dominados, inválidos e primitivos. Também abarca fortemente a forma subjetiva de ser e "viver" no espaço e no tempo, segundo lógicas impostas da modernidade (ser). (PAULA, 2021, p.30).

Revelou-se também necessário o aprofundamento conceitual e relacional, o que remete imediatamente ao estudo da taxonomia da violação e da demografia das pessoas vitimadas, relevante ao estudo das interseccionalidades e contradições. O trabalho escravo contemporâneo flui com profícua capilaridade em uma economia cuja regulação laboral se baseia no trabalho livre em flagrante violação às normas do Direito do trabalho, a despeito da retórica apropriação do ideário de liberdade. Os trabalhos revisados não encaminharam a uma agenda politicamente efetiva e circunstanciada segundo as características e contexto de cada lugar.

A estrutura dos documentos primários trouxe com recorrência a descrição da disciplina legal que versa sobre a matéria (incluindo acordos e convenções internacionais), apresentando uma proveitosa discussão sobre os desafios da fiscalização das condições de trabalho no Brasil e a afetividade da repercussão das práticas de erradicação do trabalho escravo contemporâneo (responsividade das ações de combate). Nesse intento, algumas pesquisas construíram uma espécie de linha do tempo do fenômeno, marcando a transformação da violência ao longo dos anos (historicização), partindo do modelo de propriedade em direção àquele de servidão, adjetivada de contemporânea.

Nesse apanhado bibliográfico, o trabalho precário também foi analisado no contexto da pandemia, discutindo-se a correlação entre os fatores-condições, aqueles determinantes da sujeição dos trabalhadores a condições extremas, e o acatamento aos termos de contratação. Analisou-se o relacionamento entre trabalho precário, dignidade no local de trabalho e as necessidades básicas, a exemplo daquelas de sobrevivência, de contribuição social e autodeterminação.

As pesquisas exploraram interações dinâmicas entre os atributos do trabalho e o correspondente ambiente relacional. A principal contribuição desse recorte foi a justificação das razões que levam a sujeição do(a) trabalhador(a) à condições nitidamente precárias. Embora os dados tenham sido levantados no atípico contexto de pandemia, os resultados remetem ao agravamento da precarização ao longo dos anos, aprofundada pela incidência da variável.

As investigações também ressaltaram as dificuldades de se escapar dessa lógica de submissão condicionada (força de trabalho assujeitada, cativa, envolta pelos resquícios de uma cultura escravagista), dando ensejo a uma impressão distorcida, conhecida como 'escravidão voluntária ou consentida’.

Verificou-se também uma correlação positiva entre a desregulamentação das relações de trabalho e a sua precarização, a despeito da constitucionalização do direito ao trabalho decente, ratificando a força político-ideológica do pensamento neoliberal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo um balanço das publicações que compuseram o *corpus* de documentos primários, observou-se contribuições diversas. Os artigos teóricos, de revisão de literatura, resumiram pesquisas anteriores, atualizando o estado da arte acerca do tema, identificando relações, imprecisões, contradições, incompletudes e inconsistências na literatura reportada.

Os artigos que apresentaram informações, oriundas de estudos empíricos, levaram ao aprofundamento das questões teóricas problematizadas, refinando os respectivos construtos. No que diz respeito às metodologias adotadas nas pesquisas, verificou-se a predominância do método de levantamento (legal, jurisprudencial e bibliográfico), embora nem sempre enunciado nas descrições protocolares.

Os autores/autoras dos documentos primários amostrados trouxeram discussões acerca do escopo e definição do trabalho escravo, avançando para o enquadramento de condutas que aprisionam o sujeito de diferentes maneiras, expandindo a clássica noção de cativeiro.

Em razão desta diversidade de formas, restou evidente a necessidade de se aferir a qualidade do trabalho (decente) considerando aspectos salariais e não salariais, o que encaminha ao desenvolvimento de medidas multidimensionais contextualizadas, que considere a polissemia e complexidade ínsitas ao conceito, bem como o alcance do que se denomina trabalho digno (em sua dimensão ético-jurídica). Esta pesquisa revelou como nicho potencial para novos estudos, a realização de pesquisas empíricas interdisciplinares, exatamente para alcançar essa totalidade plúrima.

A nomenclatura atribuída ao fenômeno mostrou-se diversa (trabalho escravo contemporâneo; neoescravismo; trabalho análogo ao de escravo; neoescravidão; trabalho escravo contemporâneo; escravismo contemporâneo; situação análoga a de escravidão; escravidão moderna e escravidão contemporânea).

Os estudos selecionados foram também problematizados para explorar e analisar a proposição de ações mitigadoras do trabalho escravo contemporâneo.

A despeito do trabalho de erradicação, o propósito (axiológico) e a expectativa de realização da justiça social resiste como meta de humanidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana representa um valor-fonte que, em tese, deveria repercutir, inspirar e conformar as relações e práticas sociais dado o seu teor ético e humanista, ecoando para muito além da sua ressonância no ordenamento jurídico.

No mundo do trabalho esse princípio vem sendo recorrentemente violado, subvertendo valores caros à humanidade, em contracorrente ao avanço civilizatório que o ordenamento constitucional anuncia e legitima.

Apesar dos esforços para eliminar o escravismo, no meio urbano e rural, a incidência da violência ainda representa um desafio para as autoridades públicas, quadro que reclama uma maior presença e intensidade do aparato fiscalizatório do Estado, igualmente, a mobilização de pesquisas empíricas que revelem caminhos efetivos para o banimento da violência no mundo do trabalho.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Tradução: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALLAN, Blake A. BLUSTEIN, David L. Precarious work and workplace dignity during COVID-19: a longitudinal study. Journal of vocational behavior. 136 (2022) 103739

ARREDONDO, Rocío N., DAVIA, María A. e VARELA, Rogelio. Trabajo decente en México: la influencia del entorno económico y la apertura al exterior. Problemas del Desarrollo. **Revista Latinoamericana de Economía**, vol. 53, núm. 211, outubro-diciembre de 2022.

BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial**: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Rio de janeiro: Zazie Edições, 2018.

BROWN, Wendy. **In the Ruins of Neoliberalism**: the rose of antidemocratic politics in the west. New York: Columbia University Press, 2019.

BROWN, Wendy. **Undoing the Demos**: Neoliberalism's Stealth Revolution. New York: Zone books, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Em busca de uma definição jurídico-penal de trabalho escravo. In: MOREYRA, Sérgio Paulo. **Trabalho escravo no Brasil contemporâneo.** São Paulo: Loyola, 1999

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Sub-humanos**: o capitalismo e a metamorfose da escravidão. São Paulo: Boitempo, 2021.

CASTRO, Beatriz Leite Gustmann de. CANOPF, Liliane. NUNES, Andrieli de Fatima Paz. COSTA, Vânia Medianeira Flores. Precarização ou trabalho decente: o mundo laboral em transformação. **Revista interface**. V.18 Nº 1 – Janeiro a Junho de 2021.

CIESLIK, Katarzyna. BANYA , Roland. VIRA, Bhaskar**.** Offline contexts of online jobs: Platform drivers, decent work, and informality in Lagos, Nigeria. **Dev Policy Rev.** 2022; 40:e12595. https://doi.org/10.1111/dpr.12595

CARUANA, Robert. CRANE, Andrew. GOLD, Stefan. LEBARON, Genevieve. Modern Slavery in Business: The Sad and Sorry State of a Non-Field. **Business & Society**. Vol. 60(2), 2021, p. 251–287.

DELGADO, Gabriela Neves. MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. Casulos de vidro das trabalhadoras em home office. **Revista da faculdade mineira de direito - PUC MINAS.** V. 24 n. 47, 2021.

DARDOT, Pierre; GUÉGUEN, Haudad; LAVAL, Christian; SAUVÊTRE, Pierre. **A escolha da guerra civi**l: uma outra história do neoliberalismo. São Paulo: Elefante, 2021.

DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEJOURS, Christophe. **El sufrimiento en el trabajo**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Topía Editorial, 2020.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma:** uma psicopatologia do Brasil entre muros. São Paulo: Boitempo, 2015**.**

EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo,1997.

ESTERCI, N. **Escravos da desigualdade**: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

KENWAY, Emily**. The Truth About Modern Slavery.** England: Pluto Press, 2021.

FACAS, Emílio Peres. **Sociedade da Performance e a falácia da liberdade no discurso neoliberal.** *In*: SOUSA-DUARTE, Fernanda; MENDES, Ana Magnólia; FACAS, Emílio Peres (Orgs.). Psicopolítica e psicopatologia do trabalho. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

FARIAS, Paulo M. **Revisão Sistemática da Literatura**: Contributo para um Novo Paradigma Investigativo. Portugal, Santo Tirso: Whitebooks, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

LAMOUNIER**,** Adriana Letícia Saraiva. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito** - PUC Minas. V. 17 n. 34, 2014.

LEÃO, Luís Henrique da Costa *et al*. **A erradicação do trabalho escravo até 2030 e os desafios da vigilância em saúde do trabalhador**. Ciência & Saúde Coletiva, 26(12):5883-5895, 2021.

LEBARON, Genevieve. **Combatting Modern Slavery**: Why Labour Governance Is Failing and What We Can Do About It . Bristol University Press: Polity Press, 2020.

LOZANO LARES, F. La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente. **Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.** V. 4, n. 4, 2016.

GIL Y GIL, J.L. Trabajo decente y reformas laborales. **Revista Derecho Social y Empresa**. N. 7, 2017.

GIL Y GIL, J.L. El trabajo decente como objetivo de desarrollo sostenible. Lex Social. Vol. 10, núm. 1, 2020.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Petrópolis, RJ : Vozes, 2019.

MCGRATH, Siobhán. **Many chains to break**: the multi-dimensional concept of slave labour in Brazil.', Antipode., 45 (4). 2013.

MENDES, Ana Magnólia. Discurso capitalista colonial e a patologia da melancolização. *In*: SOUSA-DUARTE, Fernanda; MENDES, Ana Magnólia; FACAS, Emílio Peres (Orgs.) **Psicopolítica e psicopatologia do trabalho**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

MÉSZÁROS, I. **Para Além do Capital**: rumo a uma teoria da transição. Boitempo Editorial. São Paulo. 2009.

MIRAGLIA, Lívia. **Trabalho Escravo Contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2015.

MORRIS, Julia Caroline. **Necropolitics as accumulation**: Enforcement and enclosure in Brisbane during COVID-19. Political Geography. 102 (2023). 102854.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C029 - **Trabalho Forçado ou Obrigatório.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS. Acesso: 23 mai. 2023.

PAULA, Adriano Makux de. Contribuições da coloniliadade do poder, do saber, do ser e do trabalho no entendimento da escravidão contemporâneo na região centro-sul do Paraná. **Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales Universitat de Barcelona.** Vol. 25, Núm. 4 (2021), p. 29-50.

PAGÉS, Max. BONETTI, Michel. GAULEJAC, Vincent de. DESCENDRE, Daniel. **O poder das organizações.** São Paulo: Atlas, 1987.
PAULA, Adriano Makux de. **Contribuições da coloniliadade do poder, do saber, do ser e do trabalho no entendimento da escravidão contemporâneo na região Centro-Sul do Paraná**. Scripta Nova, vol. 25, Núm. 4, 2021.

PITANGA, Mauro. **Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo**. Ed. Manaus, 2015.

PURSSELL, Edward. MCCRAE, Niall. **How to Perform a Systematic Literature Review**: a guide for healthcare researchers, practitioners and students.London, UK: Springer, 2020.

RANGEL, Fernanda Cavalcante. SCHWARZ, Katarina. Are women not enslaved in Brazil? A data-driven analysis of gender dynamics in Brazilian antislavery efforts**. The international journal of human rights**, 2023, VOL. 27, NO. 1, 117–143 https://doi.org/10.1080/13642987.2022.206195

RODRÍGUEZ, Josune López. La promoción del trabajo decente a través del principio cooperativo de educación, formación e información. **Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo.** N. 58/2021, Bilbao, p. 115-135.

ROEVER, Leonardo. **Guia Prático de Revisão Sistemática e Metanálise.** Rio de Janeiro: Thieme Revinter Publicações, 2020.

SHAHADAT, Khandakar. UDDIN, Shahzad. Labour Controls, Unfreedom and Perpetuation of Slavery on a Tea Plantation. **Work, Employment and Society**, 2022, Vol. 36(3) 522–538.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** Coimbra: Edições Almedina, 2014.

SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral. *In*: SAFATLE, Vladimir. SILVA JÚNIOR, Nelson da. DUNKER, Christian. **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico.** Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia; THOME, C. F. . Trabalho escravo contemporâneo, contexto e história: uma introdução ao caso brasileiro. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho** , v. 3, p. 1-22, 2017.

TELES, N. O trabalho como variável de ajustamento: da teoria à prática. In: SILVA, Manuel Carvalho da.; HESPANHA, Pedro; e CALDAS, José. **O Trabalho como variável de ajustamento:** da teoria à prática.. 1. Lisboa: ed. Lisboa Almedina, 2017.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Trabalho e identidade social: breves reflexões sobre as relações terceirizadas. **Revista diálogos interdisciplinares,** Volume 9 Número 2, 2020a.

VASCONCELOS, Yumara Lúcia. Alicerces da precarização existencial no mundo do trabalho. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 19, n. 221, p. 66-80, 28 mar. 2020b.

Submissão: 23/06/2023. Aprovação: 16/10/2023.

MULHER: DO LUGAR DE FALA AO PERIGO DA FALA SILENCIADA

WOMAN: FROM THE PLACE OF SPEECH TO THE DANGER OF SILENCED SPEECH

Maria Cecília Máximo Teodoro[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Gabriela Neves Delgado[2]
Universidade de Brasília

Resumo:
O presente artigo busca analisar e discutir os feminismos pautando o debate a favor da transformação do lugar ocupado por mulheres no mundo social, ressaltando o olhar da narrativa pelas lentes das mulheres oprimidas. Ainda, busca discutir o que é lugar de fala, e aclarar que o binarismo e o machismo produzem opressões a todos os indivíduos, inclusive aos homens. Assim, o conceito de lugar de fala é imprescindível para a construção de uma consciência social e de autoconsciência ética.
Palavras-chaves:
Mulheres. Feminismos. Lugar de fala.

Abstract:
This article seeks to analyze and discuss feminisms, guiding the debate in favor of transforming the place occupied by women in the social world, highlighting the look of the narrative through the lens of oppressed women. Still, it seeks to discuss what is the place of speech, and to clarify that binarism and sexism produce oppression to all individuals, including men. Thus, the concept of place of speech is essential for the construction of a social conscience and ethical self-awareness.
Key words:
Women. Feminisms. Speech place.

INTRODUÇÃO: FEMINISMOS

O presente artigo procura entender o que se chamou de *feminismos*, compreendidos como todas as lutas que buscam explicar o mundo desde o ponto de vista da mulher, e que visa a promover abalos no sistema de dominação patriarcal, em efetiva ressignificação. Para tanto,

[1] Pós-Doutora em Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade pela UnB. Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela *Universidad de Castilla-La Mancha* com bolsa de pesquisa da CAPES. Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da do Doutorado, Mestrado e da Graduação da PUC Minas. Advogada.

[2] Pós-Doutorado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais e seu Colégio Latino-Americano de Estudos Mundiais (FLACSO). Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (IFCH/UNICAMP). Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora Associada IV de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB Advogada.

analisa os feminismos, seus desafios e contribuições. Em seguida, busca elucidar o conceito de lugar de fala, sua abrangência e repercussões, desmantelando a construção da mulher enquanto o Outro do Outro e fazendo críticas a uma epistemologia feminista que seja binária.

Toma empréstimo dos conceitos freirianos de opressão e oprimidos para a propositura de uma epistemologia feminista que englobe homens conscientes e que deem voz às mulheres, em relações intersubjetivas de partilha, dialógicas e com igualdade.

Fala-se em feminismos como tentativa de refletir sobre uma historicidade do conceito de gênero, das subalternidades entre as diferentes mulheres e a necessidade de compreensão crítica do conceito de mulher que considere múltipla a subjetividade feminina, que comporte capilaridades, corporalidades, narrativas, vivências, diferenças e divergências, tornando-se *feminismos*.

Surge como reação ao machismo, mas não representa o seu oposto ou o seu antônimo, assim como não propõe ser o seu antagonista. O machismo ou sexismo se constitui como a "naturalização social" da superioridade masculina, explicitando ou dando indícios de quem tem legitimidade para falar e ser ouvido, de quem detém privilégio social, discursivo e epistemológico. Nesse sentido, mantém e reforça estruturas de opressão que privilegiam certos grupos sociais em detrimento de outros. (Ribeiro 2017, 20)

A perspectiva feminina, no último século, destaca e disputa a igualdade material entre homens e mulheres como um contraponto necessário à realidade misógina predominante. A emancipação feminina pode ser o ponto de virada no desenvolvimento cultural, capaz de oferecer grande ajuda para se repensar o direito, a política, o trabalho e a religião.

Embora a história de lutas pela emancipação feminina busque, em suas diferentes vertentes, a igualdade substancial entre homens e mulheres e respeito às mulheres, em franco movimento contra a misoginia não parece assertivo restringi-lo como um movimento privativo de mulheres ou de certos grupos de mulheres.

Djamila Ribeiro (2016, 100) aponta que, "enquanto as mulheres brancas lutavam pelo direito ao voto e ao trabalho, as mulheres negras ainda lutavam para ser reconhecidas como pessoas". Por isso, ao falar das lutas feministas, apesar do gênero unir mulheres, as especificidades da questão racial, da sexualidade e da classe tendem a separá-las e afastá-las e devem obrigatoriamente ser consideradas.

Fagbamila (2018) fala do erro de se "dividir as tropas" ou de ao "se falar de racismo, não poder falar de mais nada", narrando que se pedia que as mulheres negras silenciassem suas experiências de gênero se quisessem e para que pudessem falar de racismo. Para isso, Prescod

(2018) afirma que as mulheres negras travaram uma luta para dizer que "sim, eram antirracistas e defendiam os direitos das mulheres".

A sociedade tradicionalmente patriarcal se baseia na opressão do homem sobre a mulher, mas, como via de consequência, acaba oprimindo toda a sociedade sobre a mulher, na medida em que os círculos viciosos são compostos por homens, famílias e mulheres, por exemplo. Ademais, acaba por moldar papéis fixos aos próprios homens, aprisionando-os numa prática machista e misógina que afeta suas próprias subjetividades.

Assim, além de o feminismo se opor ao binarismo, também coloca em pauta o debate em favor da transformação do lugar ocupado por mulheres no mundo social. Para tanto, se baseia em um movimento inclusivo de mulheres, nomeando e contestando seu lugar coadjuvante e opaco na construção da história.

1. LUGAR DE FALA

A fala é um importante recurso para "expressão e autoexpressão no contexto do poder". Exercitar livremente o atributo da fala gera sentido e significado de pertencimento e integração à sociedade. Mas essa dinâmica não se efetiva quando "a politização de grupos e sujeitos se faz por meio de marcadores opressivos", caso típico do capitalismo patriarcal e racista, que priva pessoas vulneráveis do lugar de fala, da dinâmica de expressão e autoexpressão e do pertencimento em contextos dialógicos (Tiburi 2018, 54-55).

São várias as reflexões sobre "lugar de fala". Djamila Ribeiro (2017), por exemplo, parte do termo e da concepção de "lugar de fala" para problematizar o privilégio epistemológico sobre o feminismo, logrando traduzir o feminismo negro pelas próprias mulheres negras, mostrando-o como é, sem intérpretes e sem sotaques. Para tanto, disserta sobre a importância de se teorizar o feminismo por mulheres negras e de tirá-las da condição de "o Outro do Outro".

Sobre o conceito do "Outro", rememora-se bell hooks[3] (2018, 63) ao afirmar que, desde o princípio, mulheres brancas reformistas com privilégio de classe eram cientes de que o poder e a liberdade que queriam era a liberdade que elas percebiam que os homens de sua classe aproveitavam, reforçando a ideia de que eram "o Outro".

Simone de Beauvoir (1980, 11-12) traz o conceito de "Outro" a partir da dialética do senhor e do escravo hegeliana, para explicar a relação de dominação que homens mantêm em

[3] bell hooks, cujo nome ao nascer é Gloria Jean Watkins, adotou o nome artístico em homenagem à bisavó e reivindicava seu uso em minúsculo para enfatizar, segundo ela, "a substância de seus livros, não quem eu sou", razão pela qual utilizaremos em minúsculo nesse artigo.

relação às mulheres e "mostra em seu percurso filosófico sobre a categoria de gênero que a mulher não é definida em si mesma, mas em relação ao homem e através do olhar do homem".

A proposta de um feminismo interseccional (Akotirene, 2019, 20), que leva em consideração os marcadores de raça, gênero, classe social, entre outros, é caminho para se romper com a ideia de um feminismo descontextualizado do Sul global. Ao criticar a universalização da categoria mulher, Djamila Ribeiro traz para o debate "as várias possibilidades de ser mulher" (Ribeiro 2017, 14).

Nesse sentido, a autora luta contra um feminismo que só considere o privilégio epistêmico de um modelo de ciência universal que é branco e patriarcal, assim como uma explicação epistemológica eurocêntrica que não traduz a realidade e as vivências dos povos colonizados do sul.

Utilizado exemplo da afirmação estatística de que "mulheres ganham 30% a menos do que homens no Brasil", para mostrar desde a perspectiva da desigualdade salarial informação é correta. Mas, do ponto de vista ético, ela carrega um problema invisibilizado na estatística, "o de que mulheres brancas ganham 30% a menos do que homens brancos e que os homens negros ganham menos do que mulheres brancas e mulheres negras ganham menos do que todos". Sua crítica contundente aponta que o privilégio ao feminismo branco e patriarcal reforça a ideia de que ele seja um feminismo universal e de que fala por todos, quando, em realidade, fala exclusivamente de si e por si. (Ribeiro 2017, 20-23)

Para bell hooks (2018, 22), "o feminismo como estilo de vida introduziu a ideia de que poderia haver tantas versões de feminismo quantas fossem as mulheres existentes". Propõe uma construção que traga consciência crítica aos homens sobre a sua condição de privilégios. Assim como "feministas são formadas, não nascem feministas", os homens precisam ser ensinados e formados. Daí a importância de uma epistemologia que ensine aos homens sobre a institucionalização do patriarcado como sistema de dominação, e como eles são atores na sua disseminação e manutenção (hooks 2018, 25)

Akotirene (2019, 20) denota a condição de Outro unindo as ideias de "ação, pensamento e sensibilidade interpretativa contra a ordem patriarcal racista, capitalista, sem nenhuma convivência subjetiva com a dominação masculina".

Pensar na construção de um feminismo que enfatiza a distinção dada pelo conceito binário *homem-mulher* pode na mesma medida provocar exclusões, seja por não considerar o lugar de fala de homens, seja por seguir pressupondo a prevalência de um gênero sobre o outro. Acolher, compreender e conciliar a fala de homens com as de mulheres para a construção de uma epistemologia feminista é uma inversão do jogo de forças; é instituir uma política explícita

do conhecimento, que contesta o entendimento binário, para se alcançar uma epistemologia sem privilégios.

Construir uma teorização feminista que considere o homem partícipe do seu processo, é tirar a mulher do lugar de Outro, posicionando-a como protagonista, lado a lado com os homens, pois "reconhecendo a equação: quem possuiu o privilégio social, possui o privilégio epistêmico", se invertermos o privilégio, a opressão persistirá (Ribeiro 2017, 16).

O feminismo, enquanto prática social de mulheres que nomearam sua opressão, é justamente uma oposição ao binarismo que naturaliza mulheres em trabalhos reprodutivos e homens em trabalho produtivos, prática que posiciona mulheres e homens como essencialmente diferentes e ocupando lugares diferentes e, como via de consequência, detendo poderes desiguais na sociedade. O que traz à luz "esse sujeito oprimido – tanto dominado como tendo o poder da contestação – um sujeito não binário por excelência" (Giffin 2006, 636).

Ao excluir homens da construção de uma epistemologia feminista estar-se-ia reafirmando o dualismo e reproduzindo o binarismo homem/mulher como polos opostos e em conflito, retomando a guerra dos sexos.

bell hooks (2018, 45) ressalta que os "movimentos feministas futuros precisam necessariamente pensar em educação feminista como algo importante na vida de todo mundo". Smith (1974, 18) defende uma epistemologia que comece no mundo cotidiano e tenha como foco os atores sociais como conhecedores e autoconscientes. Consciência compreendida como "um produto social, cujas formas são modificadas com a mudança nas relações sociais que as constituem" (Giffin 2006, 636).

Se o lugar social não determina uma consciência discursiva sobre esse lugar, mas é o lugar socialmente ocupado pelo sujeito faz com que tenha experiências distintas e outras perspectivas, e se a legitimidade é conferida a quem detém o privilégio social, é preciso criar autoconsciência e consciência social ao grupo localizado no poder. "Pensar lugar de fala é refutar a historiografia tradicional e a hierarquização de saberes consequente da hierarquia social" (Ribeiro 2017, 35-37).

É importante desconstruir a ideia de que feminismo é sobre mulheres adquirirem direitos iguais, mas sim um movimento para acabar com sexismo, exploração sexista, machismo e opressão. bell hooks (2018, 12-13) afirma de maneira muito clara que o movimento não tem a ver com ser anti-homem, sendo o problema o sexismo, todos participam da sua disseminação, "até mudarmos a consciência e o coração".

Se o machismo e o mundo binário, de bases patriarcais e de privilégios epistêmicos de dominação masculina, eurocêntrica e branca, produzem opressões não apenas às mulheres, mas

também aos homens, pensar em lugar de fala passa a ser via imprescindível para a construção de uma consciência social e de autoconsciências éticas, pois "saber o lugar de onde falamos é fundamental para pensarmos as hierarquias, as questões de desigualdade, pobreza, racismo e sexismo" (Ribeiro 2017, 47).

Assim, entender que todas as pessoas possuem lugares de fala, pois lugar de fala é localização social, é compreender que epistemologia é "a ciência da aquisição de conhecimento" (Ribeiro 2017, 49) e para a construção de uma epistemologia feminista não binária é preciso que homens adquiram conhecimento e autoconsciência das opressões que cometem.

Ou seja, "quando mulheres que tem poder de classe utilizam, oportunamente, uma plataforma feminista e ao mesmo tempo enfraquecem as políticas feministas, ajudando a manter intacto o sistema patriarcal que irá ressubordiná-las, elas não apenas traem o feminismo, elas traem a si mesmas" (hooks 2018, 69). É este raciocínio que deve ser ensinado aos homens, sobretudo quando utilizam da plataforma patriarcal para afirmar privilégios. Nessa dinâmica, não oprimem apenas mulheres, mas a si mesmos.

2. O PERIGO DA INVERSÃO DO PRIVILÉGIO EPISTEMOLÓGICO E A FALA SILENCIADA EM UMA PERSPECTIVA FREIRIANA: A PRODUÇÃO ACADÊMICA NO DIREITO

Nesse sentido, se propõe a compreender o movimento feminista a fim de demostrar que a discussão e a problematização do privilégio epistemológico do homem na produção do conhecimento não deveriam ser entendidas com a substituição deste privilégio para mulher, baseando-se no argumento de que apenas mulheres teriam este lugar de fala.

Compreender a questão epistemológica da produção do conhecimento feminista é assimilar o "lugar de fala" e defender a ideia de que possibilitar que os homens assumam um lugar, lado a lado, no movimento feminista, se declarando inclusive, feministas, não significa apropriação desse lugar. Pelo contrário, negar-lhes este lugar pode significar o silêncio da epistemologia feminista, tendo em vista que a luta feminina se posiciona dentro de um mundo social marcadamente patriarcal.

Saffioti (2015) defende uma forma feminista de fazer ciência e não uma ciência feminista. A perspectiva do privilégio epistemológico considera o horizonte de análise dos oprimidos, explorados ou dominados e aparenta-se como o melhor método de investigação, já que menos parcial e mais fidedigno.

Para que o feminismo incorpore em seu movimento e na sua teorização homens conscientes e conscientizados da luta feminista, passa-se a abordar a ideia de Paulo Freire, em sua obra A Pedagogia do Oprimido, de que "ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho, *as pessoas* se libertam em comunhão" (Freire 2013, 71).

Embora Paulo Freire não trate diretamente do feminismo, a sua tese sobre a pedagogia do oprimido tece bases teóricas sobre a relação entre opressor e oprimido. E bell hooks, marco teórico fundamental dos feminismos aqui construídos, é uma intelectual influenciada pela obra e pelo pensamento de Paulo Freire[4].

A história do feminismo está justamente na descoberta pelas mulheres da sua opressão, refletindo sobre suas condições concretas de vida e conduzindo a uma prática anti-sexista, anti-misógina e de emancipação feminina.

Freire afirmou incansavelmente a necessidade de se pensar a libertação dos oprimidos desde uma perspectiva das condições históricas e do nível de percepção da realidade que se tem, sendo este o conteúdo central de suas reflexões. A descoberta da condição de opressão "não pode ser feita em nível puramente intelectual, mas da ação", sob pena de cingir a mero ativismo, para tanto, é necessário que "esteja associada a sério empenho de reflexão, para que seja práxis" (Freire 2013, 72).

Embora se defenda que a ação política deva ser realizada junto aos oprimidos, não se defende uma ação apenas deles, mas "com eles". Se há movimento feminista, já há ação, mas para que este se torne práxis, o saber dele resultante de ser objeto de reflexão crítica por todos aqueles que participam da construção do momento histórico, pois "a práxis constitui a razão nova da consciência oprimida" (Freire 2013, 73), que pode ser tomada não só pelas mulheres, mas também pelos homens.

A revolução, enquanto inauguração de um "novo momento histórico da razão, não pode encontrar viabilidade fora dos níveis da consciência oprimida". Trata-se de conscientizar homens acerca da situação de opressão vivida pelas mulheres e de como essa opressão, indiretamente, leva à própria opressão dos homens, de forma que o movimento de libertação das mulheres é um movimento de "libertação em comunhão" (Freire 2013, 71-73).

Compreender o feminismo como a imposição de um lugar de fala exclusivamente da mulher, excludente do homem, é criar uma epistemologia "antidialógica", que na linha teórica de Paulo Freire tem como resultado "conquistar, dividir para manter a opressão, a manipulação

[4] As obras *Ensinando comunidade: uma pedagogia da esperança* (2004) e *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade (1994) e Ensinando pensamento crítico: sabedoria prática (2020*), baseiam-se em conceitos freirianos e fazem referências explícitas à pedagogia crítica e libertária.

e a invasão cultural". Ainda, é dar ênfase, à "visão *localista* dos problemas e não na visão deles como dimensão de uma *totalidade*" (Freire 2013, 185-191).

Não se trata de inverter, do ponto de vista teórico, o privilégio epistemológico para as mulheres, se o privilégio social ainda está concentrado nos homens. A inversão do privilégio, nestes termos, poderia levar ao silêncio da teoria, a uma fala silenciada, a um movimento alienado e ilhado em sua própria opressão. Não se trata, ainda, de uma participação masculina meramente retórica que leve a apropriação meramente formal do discurso.

Seria justamente o combate a uma militância dita feminista, feita por homens que pretensamente querem educar outros homens e para tanto panfletam ideias feministas, sem a devida indicação das fontes (normalmente mulheres) e que escondem abuso e misoginia, apropriando-se de ideias femininas para sua autopromoção.

A pesquisadora Valeska Zanello, em março de 2022, denunciou que um estudante de psicologia a plagiou em diversos de seus posts no *Instagram*. A página do estudante contava com mais de 280 mil seguidores e falava sobre comportamentos masculinos e masculinidade tóxica. Já a referida pesquisadora tinha menos da metade de seguidores e foi bloqueada pelo estudante na primeira tentativa, um ano antes, de avisar sobre os plágios e solicitar que a referenciasse[5].

O estudante de psicologia veio a público e assumiu os plágios, que bloqueou a pesquisadora e demais pessoas que o alertaram do plágio, e disse que: "Minha intenção sempre foi levar o que está dentro da universidade para fora, de uma forma acessível e direta, mas eu precisava ter feito isso de forma responsável"[6].

O estudante, plagiou de forma literal frases do livro *"Saúde Mental, Gênero e Dispositivos: Cultura e Processos de Subjetivação",* sem referenciar Valeska Zanello, que coordena grupo de pesquisa registrado no diretório do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), abordando justamente a questão de saúde mental das mulheres e gênero. (Souto 2022).

Embora tenha vindo à tona, o caso em questão perpassa uma questão silenciosa, que se configura como uma "violência velada de gênero", que faz parte do cotidiano da vida de pesquisadoras e das mulheres na vida acadêmica.

[5] Com a revolução digital, as redes sociais ganharam uma relevância tal que não podem ser negligenciadas nesta pesquisa. Sobre o assunto, consultar o instagram @zanellovaleska.
[6] Instagram: @joaomarques.psi.

Dentre as inúmeras e narradas dificuldades enfrentadas pelas mulheres, tais como, discriminação salarial, dificuldade de ascensão, evasão do mercado produtivo após a maternidade, maior custo da mão de obra feminina, elas enfrentam práticas em seu dia a dia consistentes em expressões mapeadas a partir de formações discursivas praticadas por homens contra mulheres, tais como *manterrupting, bropriating: mansplaining e gaslighting* (Teodoro 2020, 126).

Trata-se de uma das formas de reprodução e perpetuação da dominação masculina, por meio da linguagem, afinal, esta é portadora do poder de construir representações simbólicas sobre o mundo sociais e que visam invariavelmente levar ao silêncio da mulher. Barros e Busanello (2019) falam sobre um "trabalho de socialização que tende a diminuí-las, a negá-las", com o propósito de levar a uma "aprendizagem das virtudes negativas da abnegação, da resignação e do silêncio".

Portanto, um movimento feminista que incorpore a participação de homens autoconscientes de seu papel na construção do feminismo passa longe do exemplo analisado, que se configura mais como "uma forma sorrateira de dominação" que usa do feminismo para excluir as próprias mulheres da "esfera pública no âmbito discursivo, significando que, no mundo das trocas argumentativas, as mulheres continuam a ser simbolicamente aniquiladas no plano do mundo público", configurando um "machismo discursivo" (Barros e Busanello 2019).

O estudante de psicologia, com o grande alcance que tinha poderia agir lado a lado na desconstrução do machismo e do sexismo com a pesquisadora que o influenciou e formou, mas, ao não referenciá-la, acabou por reforçar um ambiente público ainda marcadamente machista e silenciador de fala de mulheres.

São formas de silenciar as mulheres que acabam exercendo uma função abusiva e de coerção, produzindo interdições nas formas de expressão das mulheres, o que é marcante no meio acadêmico e desafia uma ação dialógica. Isto porque, conforme os conceitos freirianos, a mudança de percepção de mundo pelos homens, que lhes permita ocupar o lugar de fala do feminismo, é qualitativa e "não se realiza fora da práxis, não podemos jamais ser estimulada pelos opressores, como um objeto de sua teoria da ação" (Freire 2013, 207).

No pensamento freiriano, a educação não é retórica, mas compreendida como "processo fomentador de conhecimento da nossa posição histórico-temporal e social no e com o mundo, da nossa condição real no mundo e como agentes transformadores do mundo, por um movimento dialético que envolve pensamento e ação" (Silva e Muraro 2014).

O desafio que se coloca é a construção de uma epistemologia feminista, que englobe pessoas, sem binarismos e divisões, tampouco pretensão de universalidade, que não inverta

privilégios epistêmicos, que não seja antidialógica e que não se apresente como forma de apropriação cultural. Uma epistemologia enquanto ciência da aquisição de conhecimento livre, diversificado, que inclua dissidências, que refute neutralidade e "que considere a necessidade do reconhecimento de outros saberes e a importância de entendê-los como localizados, e a importância de se romper com um postulado de silêncio" (Ribeiro 2017, 50).

3. AÇÃO DIALÓGICA NO MEIO ACADÊMICO: MULHERES NEM SOB, NEM SOBRE, MAS COM HOMENS NA PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO.

Santos e Santos (2017, 298-305) denunciam a realidade de mulheres nos espaços de produção do conhecimento, realizando uma crítica ao Direito enquanto braço do sistema capitalista patriarcal. Segundo as autoras, "no modelo estrutural não há espaço para a produção ativa de conhecimento por parte das mulheres", pois "quando inseridas em alguma área de produção, elas ocupam locais subalternizados, de mera reprodução e alienação".

Para se romper com a realidade desigual e opressora que em regra também atinge o sistema de conhecimento, cabe a propositura de caminhos para a construção de ações dialógicas no campo acadêmico, na sua produção teórica e na sua práxis cotidiana, pensando que "o lugar de fala nos implica recuperar sempre lugar e fala como espaço não acabado de sentido, mas também como espaço em que, longe de ser esvaziado, vai acondicionando sentidos ligados às formas possíveis de existência" (Nascimento 2021, 62).

Ao se falar em ação dialógica, parte-se de uma lógica não binária, que acople homens e mulheres conscientes e educados, mas também prontos para a práxis, que leve a uma ocupação de lugar e de fala às mulheres no ambiente de trabalho e na produção científica do conhecimento. Parafraseando Ribeiro (2017, 37), para quem lugar de fala "absolutamente não tem a ver com uma visão essencialista de que somente o negro pode falar sobre racismo", feminismo absolutamente não tem a ver com uma visão essencialista de que apenas mulheres podem falar de sexismo, machismo, misoginia e patriarcado.

Revisões teóricas apontam a problemática sobre a composição de gênero no meio acadêmico. Gindri e Budó (2018, 2041) fazem análise comparativa entre a composição de gênero de palestrantes e de grupos de apresentação de trabalhos em eventos acadêmicos das ciências criminais de abrangência nacional ou internacional realizados no Brasil. Concluem que o equilíbrio na composição de homens e mulheres dos grupos de apresentação se dá em razão da seleção pelo sistema *double blind review* (análise e seleção de artigos de maneira

anônima por pares), mas constatam uma sub-representação de mulheres nos espaços de privilégio de fala qualificada.

Grosfoguel (2016, 25-49) analisa a mesma questão a partir dos prismas do racismo e do sexismo epistêmico. Segundo ele, o privilégio epistêmico dos homens brancos ocidentais prevalece sobre o conhecimento produzido por outros corpos políticos e geopolíticas do conhecimento, o que gera, além de uma injustiça cognitiva, a manutenção de privilégios patriarcais e a inferiorização dos conhecimentos produzidos por homens e mulheres de todo o planeta, dotando os homens brancos ocidentais do privilégio epistêmico de definir o que é verdade, o que é a realidade e o que é melhor para os demais.

Yannoulas, Vallejos e Lenarduzzi (2000, 425-451) explicitam como há uma formatação de trajetórias universitárias diferenciadas para homens e mulheres em razão de o ingresso no mundo acadêmico ser atravessado por diversas formas de discriminação, manifestas e encobertas, que contribuem também para uma participação desigual no próprio exercício do poder acadêmico.

Santos e Santos (2017, 297-316) debatem a condição da mulher em espaços de produção do conhecimento, tendo o Direito como referencial específico enquanto produto e produtor de mecanismos de dominação entre pessoas na sociedade capitalista patriarcal. O Direito se apresenta como um reprodutor ideológico alicerçado em ideais de falsa neutralidade e suposta imparcialidade, ao avaliarem a dificuldade dialógica entre vozes da experiência feminina e a investigação teórica produzida por e em um universo androcêntrico que se pretende universal: as Faculdades de Direito.

Para empoderar mulheres é preciso libertar os homens também da cultura e lógica patriarcais, criando autoconsciência crítica desse lugar originalmente ocupado. Teodoro (2020, 103-143) defende que para tornar efetivos os direitos exclusivos de mulheres, deve-se estendê-los aos homens. No que se refere aos direitos ditos protetivos da mulher, nenhum deles se justifica pelo gênero, sendo que todos eles visam à proteção da criança ou do nascituro, reduzindo a mulher à condição exclusiva da maternidade, o que é um equívoco. Nessa perspectiva, embora as garantias direcionadas exclusivamente às mulheres possam garantir a sua permanência no mercado enquanto grávidas, têm o efeito rebote de excluí-las, preteri-las e discriminá-las tão logo se esgote a estabilidade. A extensão das garantias ao homem tem o efeito de tornar homens e mulheres iguais diante do empregador, gerando o mesmo custo, evitando preterições.

Durante a pandemia de Covid-19, a Associação dos Docentes da Universidade São Paulo – ADUSP- publicou pesquisa realizada pelo grupo *Parent in Science* entre Abril e Maio

de 2020 sobre a proporção de docentes que conseguiram submeter artigos científicos conforme haviam planejado. “Entre os homens, 68,7% responderam que conseguiram, enquanto o percentual de mulheres foi de 49,8%”. Quando a questão da parentalidade é colocada como marcador da pesquisa, a diferença sobe. “Entre os homens sem filhos, 76% disseram ter submetido artigos, contra 47,4% das mulheres com filhos”. Indagadas sobre quais as principais dificuldades encontradas, as mulheres responderam que os principais problemas “foram os cuidados com os filhos e a casa, mas cerca de 30% das respostas também mencionaram cuidados com idosos” (Adusp 2020).

Efeito colateral nítido da naturalização do cuidado como feminino e da divisão sexual do trabalho, os dados acima geram o retorno das mulheres a casulos, conforme explicam Delgado e Miraglia (2021, 22) “o isolamento decorrente da pandemia provocou o retorno a casulos dos quais elas achavam que já tinham se libertado”. Para elas a pandemia escancarou “a problemática do trabalho reprodutivo, provocando riscos reais e eminentes de retrocessos das conquistas femininas já alcançadas”.

Especificamente no meio acadêmico, os instrumentos para uma prática feminista, que seja encetada por homens e mulheres, lado a lado, são aqui indicadas exemplificadamente: a) ler as produções científicas produzidas por pesquisadoras mulheres; b) não interromper a fala de mulheres; c) não se apropriar da ideia de mulheres; d) citar e referenciar mulheres; e) contratar mulheres; f) se recusar a participar de eventos cuja banca de palestrantes não tenha mulheres; g) convidar mulheres para eventos acadêmicos, debates, *lives* e programas sobre temáticas para além do feminismo; h) criticar e denunciar debates, eventos, *lives* e programas que tratem do feminismo, sem a participação de mulheres; h) estudar, compreender e divulgar o feminismo.

Há exemplos em outras esferas, como por exemplo na formação das listas sêxtuplas para concorrer à indicação da vaga do quinto constitucional para os Tribunais do Estado de Minas Gerais. O Conselho Seccional da OAB de Minas Gerais aprovou, em 11 de março de 2022, a regulamentação das eleições do quinto constitucional com paridade de gênero e cota racial, de forma que “para formar a lista sêxtupla, serão três vagas para advogadas e três vagas para advogados, sendo que cada candidato(a) irá preencher sua autodeclaração racial, que será submetida a uma banca de heteroidentificação” (Oab Minas Gerais 2022).

Se, por um lado, as mulheres caminham para a igualdade formal em termos legais e até mesmo como destinatárias de políticas públicas, por outro, falta-lhes ainda igualdade material como voz ativa e espaço efetivo para atuarem enquanto agentes reconhecidos – sobretudo no mercado de trabalho, no cenário político e nos meios acadêmicos. Para tanto, é

preciso amplificar suas vozes e disputar direitos, o que será possível a partir de um movimento feminista plural, que seja capaz de transformar a micro e a macroestrutura da sociedade, inclusive no sentido de incorporar a fala dos homens, quando estes compreenderam e efetivamente partilharem da epistemologia feminina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio deste artigo foi demonstrar que é possível a expansão de uma epistemologia feminista que seja transformadora do ponto de vista cultural, ético, econômico e trabalhista, e que não seja meramente formal e simbólica. Que tenha abertura para todos aqueles que autoconscientes de seu papel conhecem também o feminismo e suas lutas, sendo, portanto, inclusiva, assegurando a atuação de mulheres em esferas públicas e deliberativas, sem perpetuar quaisquer lógicas opressoras, típicas das relações de poder.

Desde a perspectiva freiriana de que mulheres ainda ocupam o lugar de oprimidas e tomando o cuidado de não propor uma epistemologia que inverta privilégios, correndo o risco de ser também opressora, além de perceber que a vida produtiva nua e crua das mulheres tem como fio condutor a precarização do seu trabalho, pretendeu-se a concepção e o desenvolvimento de uma episteme feminista que englobe pessoas e suas diversidades, sem se fundamentar em privilégios epistemológicos que levam à dominação com base em divisões advindas de binarismos que carregam em si a pretensão arrogante e antidialógica de um formato rígido e inflexível de universalidade. Mas sim que retrate uma sociedade em que pessoas, independentemente do gênero, andem lado a lado, dialoguem, sejam conscientes das opressões e dissidências, que rebatam a pretensão de neutralidade, que reconheçam o lugar de fala e que retirem mulheres do lugar de uma fala silenciada.

REFERÊNCIAS

Adusp. 2020. **Disparidade de gênero na ciência**. *ADUSP*, 23 de jul. 2020. https://www.adusp.org.br/index.php/defesa-do-ensino-publico/3760-pandemia-genero

Akotirene, Carla. 2019. **Interseccionalidade.** São Paulo: Pólen.

Barros, Antonio Teixeira de; Busanello, Elisabete. 2019. **Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro**. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, 27 (2): e53771. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000200219&lng=en&nrm=iso

Fagbamila, Funmilola; Prescod, Margaret. 2018. **Feminist: O que elas estavam pensando.** *Netflix.* 12 de outubro de 2018.

Freire, Paulo. 2013. **A pedagogia do oprimido**. 54.ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Giffin, Karen Mary. 2006. **Produção do conhecimento em um mundo problemático**. *Estudos Feministas*, 14(3): 635-653.

Gindri, Eduarda Toscani; Budó, Marília de Nardin. 2018. **Privilégios de gênero e acesso ao discurso acadêmico no campo das ciências criminais**. *Revista Direito e Práxis*, 9(4): 2041-2070. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/29572.

Grosfoguel, Ramón. 2016. **A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI.** *Sociedade e Estado*, 31(1):25-49. https://doi.org/10.1590/S0102-69922016000100003.

hooks, bell. 2018. **O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras.** 1. ed. - Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos.

Nascimento, Gabriel. 2021. **Entre o lócus de enunciação e o lugar de fala: marcar o não-marcado e trazer o corpo de volta na linguagem.** *Trab. Ling. Aplic.*, Campinas, n. (60.1): 58-68. http://dx.doi.org/10.1590/010318139578611520210313.

Oab Minas Gerais. 2022. **Oab Minas adotará paridade de gênero e cota racial nas listas sêxtuplas do quinto constitucional.** ***OAB Minas Gerais***. 14 mar 2022. https://www.oabmg.org.br/Noticias/Index/11427/OAB_Minas_adotara_paridade_de_genero_e_cota_racial_nas_listas_sextuplas_do_quinto_constitucional.

Ribeiro, Djamila. 2016. **A categoria do Outro: o olhar de Beauvoir e Grada Kilomba sobre ser mulher.** *Blog da Boitempo*. 7 jan. 2016. https://blogdaboitempo.com.br/2016/04/07/categoria-do-outro-o-olhar-de-beauvoir-e-grada-kilomba-sobre-ser-mulher/

Ribeiro, Djamila. 2016. **Feminismo negro para um novo marco civilizatório: uma perspectiva brasileira.** *SUR 24*. 13(24): 99–104. https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/02/9-sur-24-por-djamila-ribeiro.pdf

Safiotti, Heleieth. 2015. **Gênero patriarcado violência.** 2.ed. São Paulo: Expressão Popular/Fundação Perseu Abramo.

Santos, Sanmella de Pinho e; Santos. Magda Guadalupe dos. 2017. **A mulher nos espaços de produção do conhecimento: Uma crítica ao Direito enquanto braço do sistema capitalista patriarcal.** *VirtuaJus* – Belo Horizonte, 13(1): 297-316.

Silva, Sara; Muraro, Darcisio Natal. 2014. **Conhecer para transformar – a epistemologia crítico-dialética de paulo freire.** *X ANPED SUL*, Florianópolis. http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1196-0.pdf

Smith, Dorothy E. 1974. **Women's Perspective as a Radical Critique of Sociology**. *Sociological Inquiry*, 44(1): 7-13.

Souto, Luiza. 2022. **Violência contra a mulher: Pesquisadora Valeska Zanello aponta plágio em post de João Marques.** *Universa Uol*. 04 mar. 2022. https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2022/03/04/pesquisadora-valeska-zanello-aponta-plagio-em-post-de-joao-marques-podre.htm

Teodoro, Maria Cecília Máximo. 2020. **A distopia da proteção do mercado de trabalho da mulher e a reprodução do desequilíbrio entre os gêneros.** *Feminismo, trabalho e literatura: reflexões sobre o papel da mulher na sociedade contemporânea.* Porto Alegre, RS: Editora Fi.

Tiburi, Marcia. 2018**. Feminismo em comum: para todas, todes e todos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos.

Yannoulas, Silva Cristina; Vallejos, Adriana Lúcia; Lenarduzzi, Zulma Viviana. 2000. **Feminismo e academia**. *Rev. Bras. Est. Pedag*. 81(199): 425-451.

Submissão: 20/06/2023. Aprovação: 11/12/2023.

INCONSTITUCIONALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E COLONIALIDADE DO MARCO TEMPORAL EM TERRITÓRIO INDÍGENA

UNCONSTITUTIONALITY, UNCONVENTIONALITY AND COLONIALITY OF THE TIME FRAME IN INDIGENOUS TERRITORY

Tiago Resende Botelho[1]
Universidade Federal de Grande Dourados

Sebastião Patrício Mendes da Costa[2]
Universidade Federal do Piauí

Resumo:
O artigo tem como objetivo defender teoricamente e juridicamente que o marco temporal em território indígena é inconstitucional, inconvencional e colonial. Para tanto, será preciso compreender, por meio do Projeto de Emenda à Constituição 215/2000, da Petição 3.388/2009, do Parecer 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29.087, da Ação Rescisória (AR) 2.686 e do Recurso Extraordinário 1.017.365, como o marco temporal foi se estruturando na esfera política e jurídica. Após a análise de tais documentos a pesquisa conclui que o marco temporal, enquanto fixação da data de promulgação da Constituição de 1988 como limite para a demarcação dos territórios indígenas, rompe, em especial, com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e reforça todos os tipos de violências coloniais sofridas pelos povos originários por meio da colonialidade do poder, do saber e do ser. O artigo é fruto do estágio de pesquisa pós-doutoral junto ao programa de Direito na linha de pesquisa Direitos Humanos e Direitos Contemporâneos da Universidade Federal do Piauí.
Palavras-chave:
marco temporal; Constituição Federal; Tratados Internacionais de Direitos Humanos; povos indígenas; território.

Abstract:
The article aims to defend theoretically and legally that the temporal framework in indigenous territory is unconstitutional, unconventional and colonial. To this end, it will be necessary to understand, through the Draft Amendment to the Constitution 215/2000, the ´Petition 3388/2009, the Opinion 001/2017 issued by the Attorney General's Office (AGU), the Ordinary Appeal in Writ of Mandamus (RMS) 29087, Rescissory Action (AR) 2686 and Extraordinary Appeal 1,017,365, how the temporal framework was structured in the political and legal sphere. After analyzing these documents, the research concludes that the temporal framework, while setting the promulgation date of the 1988 Constitution as a limit for the demarcation of indigenous territories, breaks, in particular, with the Federal Constitution, the International treaties on human rights and reinforces all the types of colonial violence suffered by native peoples through the coloniality of power, knowledge and being. The article is the result of the postdoctoral research internship at the Law program in the Human Rights and Contemporary Rights research line at the Federal University of Piauí.
Keywords:
temporal frame; Federal Constitution; international human rights treaties; Indian people; territory.

[1]Pós-doutor em Direitos Humanos e Direito Contemporâneo (UFPI), Doutor em Direito Socioambiental (PUCPR), Mestre em Direito Agroambiental (UFMT). Especialista em Direitos Humanos (UFGD), licenciado em História (UFGD) e bacharel em Direito (UEMS). Professor e coordenador do curso de Direito (UFGD). Professor do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos (UFGD). Líder do Grupo de Pesquisa Luta pela Terra. Editor-chefe da Revista Videre. Advogado.
[2] Pós-doutor em Direito Civil e Filosofia do Direito pela Universidade de Augsburg, Alemanha. Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito (UnB). Mestre em Antropologia e Arqueologia (UFPI). Bacharel em Direito (UnB). Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPI. Advogado.

INTRODUÇÃO

A pesquisa busca apresentar embasamentos teóricos e jurídicos que sustentem que o marco temporal se edifica a partir da colonialidade, da inconstitucionalidade e da inconvencionalidade colonial, pois fixar a data de promulgação da Constituição de 1988 como limite para a demarcação dos territórios indígenas é romper com os preceitos constitucionais, os tratados internacionais de direitos humanos e reforçar todos os tipos de violências coloniais sofridas pelos povos originários. A parte teórica da pesquisa será feita a partir dos estudos decoloniais e do constitucionalismo latino-americano, desenvolvendo embasamento histórico e jurídico imprescindível à compreensão das lutas e conquistas decoloniais dos povos indígenas no Brasil. Juridicamente, debruçar-se-á sobre a Petição 3.388/2009, o Parecer 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29.087, a Ação Rescisória (AR) 2.686 e o Recurso Extraordinário 1.017.365 com repercussão geral.

O objetivo da pesquisa é apresentar o marco temporal como tese frágil e problemática (colonial, inconstitucional e inconvencional) ao definir a promulgação da Constituição Federal de 1988 como o marco para que se possa ou não reconhecer uma terra como indígena.

Contudo, tendo em vista que o efetivo reconhecimento das áreas como indígenas depende, na prática, de uma atitude positiva pelo poder público brasileiro, para a demarcação das suas terras – em que pese a demarcação seja um ato meramente declaratório de direito preexistente – vários problemas se colocam, como na identificação da referida ocupação tradicional, nos limites da referida área, na persistência de tal ocupação. Nesse contexto, a judicialização do processo demarcatório e o marco temporal têm se apresentado como uma constante na realidade pátria.

1. O INDIGENATO E O DIREITO ORIGINÁRIO AO TERRITÓRIO

Os primeiros precedentes de legislações protetivas dos direitos territoriais dos povos indígenas datam, pelo menos, do século XVII, com a Carta Régia de 30 de julho de 1609. Ao longo do período colonial e mesmo depois, no período imperial e na república, ainda que dentro de muitas contradições e de um genocídio sistêmico implementado pela lógica integracionista, várias legislações reiteraram a necessidade de proteção ao direito originário às terras indígenas (CUNHA, 2012, p. 127). A Constituição da República de 1988, nesse sentido, não inaugura a proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas pelo Estado, em que pese tenha ampliado o rol protetivo.

O reiterado reconhecimento pelo poder público do direito às terras tradicionalmente ocupadas, desde os tempos da colonização e mantido ao longo dos séculos, deu origem ao instituto do indigenato. João Mendes Júnior (1912, p. 861), precursor da teoria do indigenato no Brasil, sustenta que os indígenas estavam aldeados com sua cultura e morada habitual antes da formação do Estado moderno, portanto o direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam antecede o instituto do registro civil da propriedade.

O próprio Alvará de 1º de abril de 1680, nunca revogado, definiu que os indígenas eram primários e naturais senhores. A Lei Pombalina de 6 de julho de 1755 garantiu que os indígenas possuíam inteiro domínio e pacífica posse das terras para gozar delas por si e todos os seus herdeiros. Indo além, afirma Mendes Júnior (1912, p. 861) que, se por algum motivo as terras não fossem dos indígenas, também não seriam de posteriores posseiros, uma vez que a Lei Imperial n. 601/1850, que define a repartição das terras públicas, estabeleceu que as terras devolutas seriam utilizadas por usufruto e sem alienação para colonização e aldeamento de indígenas. Portanto, se tais terras estão na mão de posseiros, é porque foram griladas.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 reconhecem o indigenato, ainda que de forma superficial, por meio do direito à posse das terras que habitam os indígenas, sendo vedada sua alienação. Quanto à temática, José Afonso da Silva (2007, p. 858) aduz que "os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato". Sendo assim, o indigenato, como afirma Feijó (2014, p. 5) trata-se de "[...] um direito anterior e histórico, preexistente ao próprio sistema jurídico português e brasileiro e que, portanto, prevalecerá sobre qualquer outro direito se pretenda sobre territórios tradicionais".

O indigenato, portanto, representa a garantia jurídica ao indígena de que, para além de ter o "*jus possessionis*, tem o *jus possidendi* das terras que ocupam, reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito" (MENDES JUNIOR, 1912, p. 58). Note que o direito, ao longo do processo de construção do Brasil, firma o entendimento no sentido de que "nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*. Vindo a Lei 601/1850, os grileiros de sempre, ocupando terras indígenas, pretendiam destes a exibição de registro de suas posses" (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 857).

A Constituição de 1988 amplia ainda mais o sentido do indigenato, pois não apenas garante o direito à posse e ao usufruto, mas vai além ao reconhecer que para a manutenção da organização social, dos costumes, das línguas, crenças e tradições é preciso garantir os direitos

originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (COSTA, 2020, p. 329), restando à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS

Os direitos dos povos indígenas sobre as áreas que ocupam tradicionalmente têm sido objeto de centenas de demandas judiciais. Tal estratégia vem sendo utilizada principalmente por grupos econômicos ligados ao agronegócio para obstruir o processo administrativo demarcatório, que, em tese, seria medida simples e de responsabilidade do Poder Executivo.

O texto constitucional define que terras indígenas são propriedade da União, em usufruto dos indígenas, competindo, portanto, a esse ente federado o dever de demarcá-las, protegê-las e respeitar todos os seus bens (art. 231). Indo além, o constituinte originário, conhecendo o histórico expropriatório e de negação ao acesso à terra no Brasil, deixou claro, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a responsabilidade da União em concluir a demarcação das terras indígenas no prazo máximo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição, ocorrida em 5 de outubro de 1988 (art. 67). Sendo assim, no ano de 1993, todas as terras indígenas teriam que ter sido demarcadas por meio de atos administrativos declaratórios, mas, como restará claro neste artigo, tais demarcações seguem incompletas, e, como resultado de tal omissão, milhares de vidas indígenas são expostas à indignidade.

Segundo a Lei n. 6.001/1973, criada ainda na Ditadura Militar e precariamente recepcionada pela Constituição Federal, é direito dos indígenas a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-se-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades nelas existentes, bem como, sob a orientação da FUNAI, as terras indígenas devem ser demarcadas, no prazo de cinco anos, seguindo o processo definido em decreto pelo Poder Executivo.

Para além de atos de violência, de fome, de desnutrição, de falta de água potável e de tantos outros direitos decorrentes da omissão do Poder Executivo em cumprir o que determinam os Direitos Humanos dos Povos Indígenas, o Poder Judiciário, por meio de uma atuação morosa e de negação dos direitos territoriais dos povos indígenas nos processos judiciais em que se discute a titularidade de áreas por eles disputadas, torna-se, ainda que “involuntariamente”, um forte aliado do projeto arquitetado por parcela do agronegócio brasileiro.

O conflito agrário, portanto, sai da esfera administrativa e se arrasta para a esfera jurídica por décadas, beneficiando econômica e politicamente parcela do agronegócio às custas da negativa

dos direitos indígenas "[...] os processos são marcados por grande morosidade e, não raro, influenciados por inúmeras pressões políticas" (BATISTA; GUETTA, 2018, p. 238).

Como exemplo da morosidade com que o Judiciário enfrenta a problemática, importante destacar, como afirma Souza Filho (2018, p. 96), que Raposa Serra do Sol, uma das demarcações mais paradigmáticas e importantes, demorou 82 anos para ser concluída, pois iniciou em 1917, tendo sido finalizada administrativamente apenas em 2005. Contudo, mesmo após solucionadas as questões administrativas e homologada a demarcação, grupos de interesses contrários ao reconhecimento do território indígena questionaram a demarcação, chegando por caminhos pouco ortodoxos ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, levou quatro anos até o julgamento definitivo, no ano de 2009, favorável à demarcação.

O advogado indígena Eloy Terena e a advogada Ana Carolina Vieira afirmam que "ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, que comportam uma série de ameaças aos direitos indígenas, o Judiciário também se tornou palco de ofensivas contra esses direitos" (VIEIRA; ELOY AMADO, 2018, p. 228).

Note que a crise humanitária está relacionada à negação do direito ao território, pois todos os demais direitos se originam da demarcação. Sendo assim, a soma da judicialização proposta pesadamente por parcela do agronegócio, a morosidade com a qual o Judiciário enfrenta a temática e o marco temporal ensejam grave crise humanitária.

3. O MARCO TEMPORAL NOS TRÊS PODERES DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Desde a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, concluída administrativamente em 2005, com o decreto presidencial, mas judicializada e confirmada no julgamento da Petição n. 3.388, em 19 de março de 2009, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), houve várias tentativas de construir teses frágeis que neguem a luta dos povos indígenas pela demarcação territorial e a fundamentação jurídica desse julgamento histórico. Raposa Serra do Sol não se apresenta como um caso isolado: inúmeros outros povos indígenas, de diversos estados e etnias, lutam por seus territórios utilizando o julgamento como exemplo bem-sucedido de respeito ao que determinam os tratados internacionais de direitos humanos e o texto constitucional do Brasil.

O STF, na decisão de Raposa Serra do Sol, para resolver o conflito gerado pelos arrozeiros diante dos indígenas das etnias Macuxi, Wapixana, Ingarikó, Taurepang e Patamona, decidiu que estes possuíam o direito sobre suas terras, inclusive destacando que já estavam lá na promulgação da

Constituição Federal de 1988. Na esfera jurídica o marco temporal se aprisiona neste trecho: "[...] as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988" (BRASIL, 2009).

Portanto, uma parcela, em especial do agronegócio, passa a sustentar juridicamente que a demarcação da terra indígena depende do lapso temporal para ter a garantia do direito territorial. Só os povos indígenas que estivessem em seus territórios em 5 de outubro de 1988 teriam direito à demarcação.

O tema é controverso no STF, pois, apesar de a Segunda Turma já ter utilizado o marco temporal, em face do recurso ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087, que reverteu a decisão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e invalidou a declaração da Terra Indígena Guyraroká, em Mato Grosso do Sul, essa não é uma consolidada jurisprudência e tampouco condicionante. Importante destacar que o próprio Supremo, em outros processos demarcatórios, deixou claro que as condicionantes fixadas no caso Raposa Serra do Sol não se aplicavam automaticamente a outros povos.

Todavia, o marco temporal, por ter sido utilizado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e por ir ao encontro dos interesses de parcela do agronegócio brasileiro, vem sendo replicado por diversos julgadores em instâncias inferiores quando constatada a situação de "esbulho renitente", que consiste, nas palavras do Ministro Teori Zavascki por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no RE com Agravo n. 803.462, sob sua relatoria, em acórdão publicado em 09.12.2014, na "situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada".

Sendo assim, o entendimento firmado no julgamento do caso Raposa Serra do Sol vem sendo aplicado a diversas outras demandas envolvendo a titularidade sobre os indígenas, em contextos e realidades diversos. Apenas a título exemplificativo, citem-se os seguintes casos concretos de terras indígenas e que tiveram recentemente decisões judiciais contrárias à demarcação a partir do acatamento do marco temporal: a) Terra Indígena Guyraroká, na região de Caarapó, em Mato Grosso do Sul, a partir de decisão do STF, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 29.087; b) Terra Indígena Herarekã Xetá, na região conhecida como Serra dos Dourados, oeste paranaense, a partir de sentença proferida nos autos de ação judicial sob o número 5000382-10.2011.4.04.700, pelo juiz da Vara Federal de Umuarama/PR, confirmada pelo TRF da 4ª Região; c) Terra Indígena Panambi – Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, entre os municípios de Douradina

e Itaporã (MS), como se constata nos autos de ação judicial sob o número 0001665-48.2012.403.6002, na Vara Federal de Dourados/MS.

O marco temporal consiste em uma ficção mal construída de defesa de interesses econômicos contrários aos direitos socioterritoriais dos povos indígenas que aos poucos foi sendo inserida nos poderes constituídos. Insistir que os indígenas que não estavam no território dentro do lapso temporal da promulgação do texto constitucional não tenham o direito ao reconhecimento de suas terras é adotar uma interpretação abusiva à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos.

O marco temporal sustenta-se no negacionismo científico, histórico e jurídico, uma vez que o motivo de não estarem em suas terras em 1988 está ligado diretamente ao processo de expropriação feito por séculos de colonização e por apossamentos ilegítimos que duram até os dias de hoje. A lógica que define se tal terra é ou não indígena não pode ser atrelada à data de promulgação da Constituição Federal, pois seria nitidamente culpar a vítima que foi privada de estar em sua morada, uma vez que muitos indígenas não se encontravam em seu território na data de 5 de outubro de 1988, não por não desejarem, mas por terem sido expropriados, violentados e confinados em reservas espalhadas pelo território brasileiro.

No Poder Legislativo houve uma tentativa frustrada, inclusive anterior ao julgamento de Raposa Serra do Sol, de inserir o marco temporal por meio do Projeto de Emenda à Constituição n. 215/2000, de autoria do Deputado Amir Morais Sá (PL/RR). A PEC tinha como máxima outorgar ao Congresso Nacional a competência exclusiva para aprovar a demarcação das terras indígenas, ratificar as demarcações já homologadas pelo Poder Executivo, bem como estabelecer o marco temporal.

A PEC sustentava a necessidade de atender dois marcos: o marco temporal e o marco da tradicionalidade. O marco temporal estabeleceria que a ocupação fundiária fosse coincidente com o dia e o ano da promulgação. O marco da tradicionalidade exigia que a relação dos povos indígenas com o território atendesse uma qualificante tradicional. São tantas inconstitucionalidades que, apesar de ter tramitado por 14 anos, na data de 17.12.2014, por não ter sido analisado pela comissão especial, o projeto teve que ser extinto e arquivado, seguindo o Regimento da Câmara.

No Poder Executivo, o marco temporal se insere um ano após Michel Temer assumir o questionável mandato de presidente, com a interrupção do governo Dilma Rousseff, por meio do Parecer n. 001/2017 emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU), que criou uma interpretação vinculante, com base no entendimento do STF no caso Raposa Serra do Sol de que a demarcação possui como pré-requisito a existência de indígenas em suas terras na data de promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

A AGU, indo além, apropriou-se do marco temporal, questão controversa no STF, e passou a impor, de forma obrigatória, sua aplicação em todas as esferas da Administração Pública. É preciso frisar que o marco temporal não é objeto de nenhuma das 19 condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.

Os efeitos negativos do "parecer antidemarcação" da AGU foram tamanhos que, na data de 7 de maio de 2020, o Ministro Edson Fachin, do STF, suspendeu seus efeitos por meio de medida cautelar e, portanto, colocou em xeque o único instrumento que tenta institucionalizar a inconstitucional tese do marco temporal.

Indo além, a Frente Parlamentar da Agropecuária, popularmente conhecida como Bancada Ruralista, sustenta que o art. 231 da Constituição Federal, que reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos tradicionais sobre as terras que ocupam, usa o verbo "ocupar" no presente, portanto teriam direito ao reconhecimento de suas terras apenas aqueles povos indígenas que se encontravam sobre elas no ano de 1988.

A tese do marco temporal é uma mentira que busca chancelar várias outras mentiras e violências estruturais e institucionais, pois imputa aos indígenas a responsabilidade por não estarem em suas terras em 1988, como se as tivessem abandonado, quando na verdade lhes foi negado por meio de muita violência o direito de ser, fazer e viver em seus territórios ancestrais. Assim, o marco temporal valida todos os tipos de violências sofridas por esses povos. Como sustenta Souza Filho (2018, p. 99), "O marco temporal, assim, é uma decretação de morte da comunidade ou povo por ele atingido, portanto, é uma violação aos direitos coletivos reconhecidos nacional e internacionalmente".

Definir uma temporalidade fixa para garantir direitos territoriais aos indígenas representa o contrário do projeto definido a esses povos pelo constituinte originário. Inclusive, o Estatuto do Índio, de 1973, criado na ditadura militar e com perspectiva integracionista, fortemente criticada, define que cabe ao Poder Executivo, no prazo de cinco anos, demarcar as terras indígenas. Não pode a Constituição de um Estado Democrático de Direito ser menos protetiva que uma lei pensada no regime militar.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.017.365, que trata do território Xokleng, na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, no estado de Santa Catarina, definiu que a decisão sobre esse caso terá repercussão geral, ou seja, repercutirá para centenas de casos semelhantes de demarcação de terras indígenas. Assim, o Supremo terá a oportunidade de pôr fim ao confronto do indigenato e do marco temporal. O indigenato, claramente incorporado pela Constituição Federal de 1988, compreende que a terra indígena se faz imprescindível para a manutenção dos seus modos de vida. Portanto, todas as etnias expropriadas que demandem sua terra possuem o direito originário, inclusive sendo tal direito anterior à própria criação do Estado brasileiro, pois não estar em seu

território resulta de uma política integracionista de expulsão que foi amplamente praticada até a promulgação do texto constitucional. A história dos povos indígenas não inicia com a Constituição Federal de 1988, e o STF sabe disso.

4. A RELEVANTE ATUAÇÃO DOS *AMICI CURIAE* NA DEFESA DE DIREITOS INDÍGENAS PERANTE O STF

Como já exposto, o Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (BRASIL, 2023), que trata do território Xokleng, na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, no estado de Santa Catarina, poderá, por meio de repercussão geral, pôr fim às ameaças que sofrem os povos originários em face da possível definição de 5 de outubro de 1998 como um marco temporal que defina a viabilidade ou não da demarcação de terras indígenas.

O julgamento do recurso, que se arrasta no STF desde 2016, foi iniciado, tendo os advogados de ambas as partes apresentado suas teses e argumentações, bem como o relator, Ministro Edson Fachin, apresentado voto contrário ao marco temporal. O Ministro Nunes Marques votou no sentido favorável ao marco temporal. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, que, inclusive, já devolveu o processo para que possa ser continuado o julgamento.

O objetivo deste tópico é demonstrar ao leitor alguns dos argumentos jurídicos e políticos utilizados pelos *amici curiae* contrários ao marco temporal por ser uma nítida afronta aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas e à Constituição Federal.

Na via oposta, as teses sustentadas pelos advogados ruralistas, apesar de não encontrarem sustentação jurídica sólida, defendem que o marco temporal: I. melhoraria a interpretação do art. 231 da Constituição Federal, estabelecendo um lapso temporal para a demarcação das terras indígenas; II. colocaria limites à demarcação das terras indígenas, pacificando, portanto, o conflito fundiário; III. é uma condicionante já definida pelo STF no caso Raposa Serra do Sol; IV. dá estabilidade ao desenvolvimento econômico nacional; V. garantiria o direito humano à propriedade; VI. está pacificado por meio do Parecer n. 001/2017 da AGU; VII. daria segurança jurídica e ordem pública (BRASIL, 2023).

Foram admitidos 78 *amici curiae* no referido julgamento, sendo que dezenas apresentam grande comprometimento com a causa de defesa dos direitos dos povos indígenas. Neste tópico destaca-se a atuação de alguns amigos da corte, buscando fortalecer a inviabilidade política, jurídica e social do marco temporal.

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) afirma que o julgamento é uma grande oportunidade para o STF se pronunciar a respeito dos direitos originários dos povos indígenas, em especial por ser o contexto político com a presidência de Jair Messias Bolsonaro totalmente adverso. Sustentam que atualmente existem 305 povos indígenas no Brasil, falantes de 274 línguas, sendo 114 povos indígenas isolados e de recente contato. Ao todo são 1.298 terras indígenas, sendo 408 homologadas e 829 em processo de regularização e/ou reinvindicação (BRASIL, 2023).

Tais dados demonstram nitidamente o risco que os povos indígenas estão vivendo caso o marco temporal seja chancelado pelo STF, pois 63% das terras indígenas ainda possuem pendências para finalização do processo demarcatório. Para a APIB, o marco temporal se apresenta como uma situação "a-histórica, anacrônica, casuística e inadmissível". Estabelecer uma fração de tempo como requisito para demarcar ou não terras tradicionais é usar o tempo contra os povos originários, pois "exigir que tivessem resistido à espoliação até o dia 05 de outubro de 1988, é exigir que os povos indígenas tivessem tido seu direito fundamental à vida violado para que pudessem tentar preservar seu direito originário ao território" (BRASIL, 2023).

O Instituto Socioambiental (ISA), em seu memorial, apresentado no Recurso Extraordinário n. 1.017.365, sustenta que o marco temporal é questionável sob diversos aspectos, destacando: I. a inexistência constitucional da fixação de um marco temporal; II. a relação de sobrevivência física e cultural dos indígenas com a posse das terras tradicionais; III. a não demarcação de terras ou a anulação de demarcações já realizadas, utilizando o marco temporal, para além de ser insustentável juridicamente, condenará os indígenas ao relento e ao assimilacionismo, práticas condenadas pela Constituição Federal; IV. definir o "renitente esbulho" ou controvérsias possessórias judicializadas como exceção à utilização do marco temporal como suposta proteção aos indígenas é na verdade advogar contra, pois exigir a comprovação de um conflito ou de um processo judicial que justifique o motivo de não estarem os indígenas em suas terras em 5 outubro de 1988 é na verdade maquiar a história violenta deste país, como se fosse possível que as vítimas que foram expropriadas de suas terras consigam comprovar a violência sofrida (BRASIL, 2023).

A Conectas Direitos Humanos destaca em seu memorial que o marco temporal constitui grave e direta violação aos direitos humanos, ao posicionamento firmando pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e é incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, bem como vai de encontro à Constituição Federal, em especial o art. 231 (BRASIL, 2023).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) sustenta em seu memorial que os indígenas vêm sendo privados das suas terras, na história passada, recente e atual, e seus territórios entregues à exploração econômica. Todavia, "[...] a Constituição Federal ao incorporar o instituto do indigenato

reconheceu que os direitos originários dos povos indígenas sobre as suas terras são preexistentes e por isso, independem de ato de demarcação ou demais atos de reconhecimento". Indo além, afirma que o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é cláusula pétrea, uma vez que está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, por ser o direito dos povos indígenas cláusula pétrea, ficam vedados o retrocesso e as barreiras de imutabilidade. O marco temporal, portanto, restringe o direito congênito e ignora o processo histórico do país (BRASIL, 2023).

A Associação Brasileira de Juízes pela Democracia (ABJD) traz em seu memorial manifestação no sentido de que o marco temporal não possui respaldo jurídico nos tratados internacionais de direitos humanos, tampouco na Constituição de 1988, uma vez que o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas preexiste; inclusive, na esfera nacional tal direito é balizado por todas as constituições, desde 1934 (BRASIL, 2023).

Resta claro para os amigos da corte que, caso o STF chancele o marco temporal, como já fez sua Segunda Turma, adotará a perspectiva assimilacionista, que por séculos desconsiderou a penosa trajetória de inúmeros povos originários despejados de suas terras.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL NO VOTO DO RELATOR MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.017.365

O objetivo deste tópico é demonstrar a inconstitucionalidade do marco temporal por meio do entendimento do Ministro Luiz Edson Fachin, Relator do Recurso Extraordinário n. 1.017.365, diante do pedido de reintegração de posse ajuizado pela Fundação Estadual do Meio Ambiente em face de índios da etnia Xokleng, de Santa Catarina, em área que teve sua ocupação tradicional reconhecida, mas que sem estudo concluído encontra-se sob domínio da Fundação (BRASIL, 2023).

Na decisão há resistência por parte do Ministro Edson Fachin a chamar os indígenas de povos; ele os nomeia índios e indígenas. Os autores divergem de tal entendimento. São povos, pois essa é a forma como internacionalmente e nacionalmente se apresentam. Entretanto, neste tópico, seguiremos a forma descrita pelo Ministro, uma vez que é assim que o faz.

Abre seu voto afirmando que a tutela do direito à posse das terras pelas comunidades indígenas está intrinsecamente relacionada ao próprio direito de existir dos indígenas e que esses sujeitos vivem uma dramática história de dizimação e tomada de suas terras.

A posse e o uso das terras das comunidades indígenas são um direito que acompanha o constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1934, mas com a Constituição Federal de 1988 a posse e o uso da terra se conectam com outros elementos, como a cultura, a identidade, o modo tradicional, entre outros.

Tornam-se, portanto, indisponíveis os títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como tradicionais de ocupação indígena. A tutela possessória se alia à proteção ao modo de ser e viver indígena. De tal modo, para além de proteger a cultura e as identidades dos índios, assegura o modo tradicional de ocupação das terras.

Outro importante avanço da Constituição de 1988 é o seu rompimento com o assimilacionismo, falaciosa pretensão de progressivamente integrar o índio à sociedade nacional, buscando que deixe sua condição indígena.

Já exposto no artigo, mas vale frisar novamente, o entendimento do Ministro Fachin de que, apesar de a decisão da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ter eficácia de coisa julgada material, ela não incide automaticamente sobre as demais demarcações, como fundamentado nos embargos declaratórios opostos ao acórdão da Petição n. 3.338.

A decisão tomada na Petição n. 3.388, em vez de pacificar, trouxe a paralisação das demarcações de terras indígenas no Brasil. Somado à petição, o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU intensificou o acirramento dos conflitos e a piora da condição dos indígenas.

Quanto ao descumprimento do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabelece que cinco anos após a promulgação da Constituição a União concluiria a demarcação das terras indígenas, o ministro não deixa dúvida de que a inobservância do prazo não gera prejuízo, mesmo porque não se trata de prazo decadencial, mas programático.

Os direitos indígenas são direitos fundamentais, portanto: I. firmam-se como cláusula pétrea, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (art. 60, § 4º); II. os direitos expostos no art. 231 da CF, enquanto direitos fundamentais, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, firmada, também, internacionalmente; III. por se tratar de direitos fundamentais, recaem sobre os direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente, uma vez que tais direitos estão intrinsecamente ligados à condição de existência e sobrevivência; IV. a soma dessas situações garante que se aplique ao art. 231 a máxima eficácia das normas constitucionais.

Indo adiante, Fachin afirma que a interpretação de que os direitos territoriais dos índios são preexistentes à promulgação da Constituição é própria do texto constitucional. A demarcação não constitui a terra, mas a forma como se declara a área em que se conjuga o modo de viver indígena.

A tentativa de equiparar a posse civil à posse indígena é amplamente criticada pelo relator. Afirma ele que a posse indígena "deságua na própria formação da identidade das comunidades dos índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra". A terra para os indígenas está para além do valor privatista e comercial, conecta-se à identidade, à espiritualidade e à existência. Inexiste comunidade indígena sem terra.

Há uma defesa por parte do agronegócio, alimentada pelo voto do Relator da Petição n. 3.388, de que o *caput* do art. 231, ao utilizar o tempo verbal "ocupam", garantiria direito às terras ocupadas no presente, mas não às ocupadas no passado e àquelas a serem ocupadas no futuro.

Para o ministro, tal interpretação não se sustenta, pois, levando em consideração a perspectiva legislativa histórica, em especial a proteção ao direito territorial indígena desde a Constituição de 1934, não há nenhuma fratura frente à tutela de tais direitos. Portanto, a apropriação de terras indígenas por particulares ou pelo Estado jamais foi permitida. Sendo assim, o direito originário estaria para além da Constituição Federal de 1988. A Constituição vigente não seria o marco de direito possessório, mas um *continuum* protetivo.

Reforçando sua defesa, aduz que a posse obtida por meio violento e injusto não é admitida tampouco no direito civil (art. 1.200 do Código Civil), que dirá na ordem constitucional. Logo, não é plausível legitimar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, bem como, se as terras indígenas não podem ser devolutas, tampouco podem ter ingressado do patrimônio particular ou estadual.

A existência da posse tradicional indígena se dá por meio de estudos antropológicos e laudo técnico, nos termos do Decreto n. 1.776/1996. Sendo assim, a avaliação da ocorrência da posse passa por objetivos para além do econômico, desaguando no hábitat, na alimentação e no modo cultural.

Quanto ao redimensionamento das terras indígenas, aduz ser possível, mesmo porque se precisa levar em consideração que muitas demarcações foram feitas sem a realização de laudo antropológico. Logo, possível o reestudo buscando adequar o dimensionamento, passando por processo administrativo demarcatório de acordo com a legislação.

Aponta, também, que é nulo e extinto título dominial ou possessório que se faça em terras indígenas, porquanto não existe conflito entre o direito de propriedade e a proteção à posse tradicional indígena. Este possui superioridade sobre títulos privados, a ponto de ser impossível o pleito de

indenização ou ação em face da União em razão da nulidade ou extinção do título de propriedade ou possessório, salvo as benfeitorias de boa-fé.

Após todos esses apontamentos, o relator proveu o recurso extraordinário, anulando a decisão recorrida e propondo, em apertada síntese, tese de repercussão geral: I. a demarcação é procedimento declaratório do direito originário territorial; II. a posse tradicional indígena é distinta da posse civil; III. o direito originário independe do marco temporal; IV. o direito originário está acima do renitente esbulho que exista à data da promulgação da Constituição; V. o laudo antropológico é instrumento essencial para comprovação da tradicionalidade; VI. o redimensionamento das terras indígenas não é vedado; VII. as terras indígenas são de posse permanente e usufruto exclusivo; VIII. as terras indígenas são públicas e, portanto, inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis; IX. são nulos e extintos atos que busquem a posse, o domínio, a ocupação das terras indígenas ou a exploração dos recursos naturais; X. há compatibilidade entre a ocupação das terras indígenas e a proteção do meio ambiente. Resta claro, portanto, que o marco temporal é inconstitucional por negar a originalidade do direito que antecede a própria Constituição Federal de 1988.

6. A INCONVENCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2021, lançou o Relatório "Situação dos Direitos Humanos no Brasil", externalizando preocupação com o impacto do marco temporal para os direitos humanos dos povos indígenas e apontando para os equívocos da referida lógica que a fundamenta (CIDH, 2021). O marco temporal confronta com as normas e padrões de direitos humanos, em especial a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. O marco temporal desconsidera as inúmeras situações em que os povos indígenas foram deslocados à força e com extrema violência de seus territórios, motivo pelo qual não ocupavam seus territórios em 1988.

A Corte sustenta que cabe ao Estado o dever de proteger o vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras e territórios, bem como os recursos naturais e elementos incorpóreos. Indo além, sustenta que mesmo os povos indígenas que perdem a posse total ou parcial de seus territórios mantêm seus direitos de propriedade, sem limite de tempo, enquanto continuar existindo sua relação com o território ancestral. Por fim, chama o Estado brasileiro, ressaltando o Supremo Tribunal Federal, que reveja o marco temporal, uma vez que é incompatível com o parâmetro e a obrigação internacional.

A terra na esfera internacional faz-se um Direito Humano dos povos originários, e na esfera nacional adentra ao rol de Direitos Fundamentais, uma vez que a garantia de qualquer outro direito passa obrigatoriamente pela territorialização dos seus modos de ser, fazer e viver na e com a terra e a natureza. Assim, o marco temporal colide com a gramática dos Direitos Humanos à Terra e ao Território.

A Convenção n. 169, promulgada no Brasil em 2004, apresenta-se como o primeiro instrumento internacional a tratar os povos indígenas como sujeitos titulares de Direitos Humanos, estabelecendo "[...] padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados e afastando o princípio da assimilação e da aculturação no que diz respeito a esses povos" (ARAÚJO, 2006, p. 60). Esse documento reconhece aos povos indígenas os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nos casos das terras que não estejam com eles, deverão ser adotadas medidas governamentais que garantam a proteção efetiva de seus direitos e das propriedades, bem como mecanismos via sistema de justiça que busquem solucionar as reivindicações territoriais (art. 14 da Convenção n. 169).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) deixa claro que os povos indígenas mantêm uma relação espiritual com a terra, portanto é direito não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por meio de atos que busquem aliená-los de suas terras e recursos. Refrisa que os povos indígenas não serão retirados pela força de suas terras ou territórios. Sendo assim, resta ao Estado a reparação por meio de mecanismos eficazes e o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), desde 1972, em Resolução sobre a Proteção Especial das Populações Indígenas, afirmou que, "por razões históricas, princípios morais e humanitários, era um compromisso sagrado dos Estados proteger especialmente os povos indígenas" (CIDH, 1972). Indo além, em seu informe sobre Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas terras ancestrais, a CIDH ressaltou a relação entre a livre autodeterminação e os direitos sobre a terra e os recursos naturais.

A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016) aduz que esses povos têm direito a manter e fortalecer sua relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, bem como aquelas utilizadas ou adquiridas, ou de que tenham sido proprietários. Cabe ao Estado estabelecer os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e a efetiva demarcação ou titulação.

Todos os tratados internacionais de direitos humanos também tutelam os povos indígenas, mas, buscando demonstrar a gritante inconvencionalidade do marco temporal, fez-se um apanhado daqueles documentos que tratam dos Direitos Humanos dos povos indígenas.

Como se não bastasse a gritante inconvencionalidade do marco temporal, a jurisprudência internacional é farta em casos que demonstram a violação do direito territorial dos povos indígenas por omissão dos Estados por não fazer cumprir a demarcação étnica em tempo razoável e com padrões que garantam a dignidade dos povos.

A CIDH, no caso Awas *vs.* Nicarágua, sustentou que se fazem imprescindíveis mecanismos efetivos de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, descartando o assimilacionismo e levando em consideração seu direito consuetudinário, valores e costumes (CIDH, 2001). No caso Sawhoyamaxa *vs.* Paraguai, defendeu que os direitos territoriais dos povos indígenas não se submetem à condição temporal (CIDH, 2006). No caso Ilaka Hinhat *vs.* Argentina, a Corte concluiu que houve violação do direito à propriedade comunitária, uma vez que não se criou óbice à presença de não indígenas no território, bem como que a Argentina não possui regulamentos que preservem o direito de propriedade da comunidade (CIDH, 2020).

Já no que se refere ao Brasil, em 2018 a CIDH, no caso do Povo Indígena Xucuru, reconheceu a violação ao direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal dos povos (CIDH, 2018). A Corte pontou que houve demora de mais de 16 anos (1989 a 2005) no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação, acarretando violações. Determinou, portanto, o Estado brasileiro que garantisse, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade.

Resta claro que o marco temporal é inconvencional, pois busca burlar os tratados internacionais, fixando uma cronologia nacionalizada da promulgação da Constituição Federal de 1988, que não se vê em nenhum desses pactos. Pelo contrário, os documentos sustentam a responsabilidade estatal de rever quaisquer impedimentos para a manutenção de suas relações étnicas com a terra sem estabelecer um marco de tempo para a demarcação.

7. A COLONIALIDADE DO MARCO TEMPORAL

Ainda que o marco temporal surja no debate legislativo com a PEC n. 215/2000, seu conteúdo e objetivo não são novos. É, na verdade, apenas uma nova roupagem para a prática assimilacionista de extermínio dos povos indígenas adotada desde a colonização. Como afirma Souza Filho (2021, p. 24).

> Os avanços sempre se deram como invasão. Juridicamente sempre se deram com a negação dos direitos dos povos e o estabelecimento de um direito de propriedade sobre as terras, na forma de concessão de terras a proprietários privados, de regularização de aquisições ilegais, em geral com grosseiras fraudes, chamados no Brasil de 'grilos de terra', pela concessão de exploração mineral e até mesmo pela criação de unidades de conservação ambiental que exclui a permanência de povos que sempre conservaram a natureza daquele território. Em todas as modalidades a violência é a principal arma de ocupação.

É o arrastamento de um desejo egocêntrico e eurocêntrico implantado na colonização e perpetuado na colonialidade de exterminar não só o direito ao território étnico, mas também os povos indígenas, já que sua sobrevivência é codependente do Direito Humano à Terra e ao Território.

Como afirmam Samara Pataxó, Debora Dubrat e Juliana de Paula Batista, "a luta por direitos territoriais indígenas já ultrapassa 500 anos" (PATAXÓ; DUPRAT; BATISTA, 2021). E, portanto, a luta contra o marco temporal é mais uma espécie da luta contra a expropriação, forma na qual o Brasil vem sendo estruturado. Negar direitos territoriais étnicos é a base sólida que garantiu e garante o latifúndio e a monocultura. A colonização é um dos maiores projetos de dizimação de seres humanos da história. De acordo com dados da FUNAI (2020), em 1500 havia no Brasil em torno de 3 milhões de povos indígenas, passando a 1 milhão e duzentos mil em 1570 e setenta mil em 1957. Como afirmam Botelho e Held (2017, p. 381).

> [...] são quase quatro séculos em que indígenas e negros são violados em sua dignidade e invisibilizados, cujos direitos são negados pelo Estado além de serem coisificados pela sociedade. São quatrocentos anos em que homens brancos vindos da Europa cercaram a natureza/terra, escravizaram vidas, transformaram bens naturais em direitos invioláveis e via documento oficial, chamaram a terra de sua propriedade privada. Foi neste percurso que escolheram aqueles que seriam os condenados da terra.

A colonização ditou a modernidade. Foi ela que determinou que os modos de ser, fazer e viver dos povos indígenas e suas relações com a terra e a natureza confrontavam a civilidade moderna capitalista e, assim, impôs o assimilacionismo por meio de uma única língua, religião, direito e saber. A colonização definiu quem seriam os desterrados em suas próprias terras para além do seu tempo. O marco temporal é a extensão bem-sucedida da colonização na modernidade.

O processo de independência do Brasil (1822), também chamado de descolonização, seguiu as práticas violentas de extermínio e negação dos direitos territoriais étnicos. A realidade é que os efeitos da colonização foram pensados para perdurar para além do seu tempo. O marco temporal é a prova cabal do processo inacabado da colonização. Como sustenta Fanon (1968, p. 25), "[...] a descolonização é simplesmente a substituição de uma 'espécie' de homens por outra 'espécie' de homens".

A maior prova de que a colonização é um projeto de modernidade é que os sujeitos construídos e violentados como inferiores no passado, como mulheres, negros, indígenas, LGBTQIA+, deficientes, quilombolas e tantas outras minorias, seguem sendo tidos como inferiores no presente. Dussel (1993, p. 7) afirma que a "[...] a modernidade aparece quando a Europa se afirma como 'centro' de uma História Mundial que inaugura, e por isso a periferia é a parte de sua própria definição". Quijano (2005, p. 122) explica que "[...] a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus".

O prolongamento da colonização vem se dando, de acordo com os estudos decoloniais, por meio da colonialidade do poder, saber (epistemológica) e ser (ontológica). Apesar de a colonização e a colonialidade terem sido engenhadas no mesmo momento histórico, a colonização se estendeu até o processo de independência e a colonialidade apresenta-se como os efeitos negativos da colonização, que perduram até os dias de hoje (BOTELHO, 2021, p. 817).

O marco temporal é mais uma negação que se constrói por meio de uma ficção jurídica mal elaborada que se estrutura por meio da colonialidade do poder, do saber e do ser. Dentro da colonialidade do poder, o marco temporal pavimenta a dominação executada nas colônias por meio da superioridade étnica e cognitiva que domina, dizima, explora, confronta, compra e vende a vida, o trabalho, a religião, a terra e a natureza, entre outros. Definir um marco de tempo para garantir ou não direitos territoriais sem levar em consideração o processo histórico de dizimação é usar do poder para beneficiar quem sempre teve o poder.

O marco temporal reforça a estratificação social daqueles que podem ter terra e daqueles que não podem ter terra. É uma tentativa cruel de usar a história a favor daqueles que tentam negar a história de luta e existência dos povos indígenas.

A colonialidade do poder usa, para construir e distribuir direitos e identidade social, características próprias para garantir espaços de privilégios. Portanto, culpar os povos indígenas por meio do marco temporal de não estarem em seus territórios em 5 de outubro de 1988 é usar da violência para perpetuar a violência, pois lá não estavam, exatamente, por terem sido violentados. O marco temporal pune duplamente a vítima por ter sido violentada e expropriada de seus territórios.

O marco temporal sustenta a desigual estrutura social e fundiária que trouxe o Brasil até aqui. A tentativa da colonialidade do poder por meio do marco temporal é construir uma ordem social e jurídica a fim de que nada exista para além do agronegócio, da monocultura, do latifúndio, da liberdade de mercado, da propriedade privada e da posse da terra e do território a uns poucos.

O marco temporal se impõe, também, por meio da colonialidade do saber, pois, se o saber indígena está relacionado com o seu modo de ser, fazer e viver na terra e no território, negar o direito à terra por meio da demarcação é negar a epistemologia dos povos indígenas. A epistemologia indígena é terra, é água, é floresta, é cosmovisão.

A colonialidade do saber é a dimensão epistêmica da colonialidade do poder (RESTREPO; ROJAS, 2010). É a sobreposição do poder epistemológico de um saber ao outro, cuja meta é o silenciamento, a marginalização, a desqualificação ou simplesmente a total eliminação por meio do epistemicídio, que é a "[...] supressão dos conhecimentos locais perpetrada por um conhecimento alienígena" (SANTOS; MENESES, 2010, p. 16) e que se dá "[...] desde a evangelização e a escolarização ao genocídio ou à devastação ambiental" (NUNES, 2010, p. 233). O marco temporal é a garantia da sobreposição de um poder epistemológico dominante, pois ignora o saber indígena para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. É na verdade uma tese que, ao se preocupar meramente com o prazo de promulgação da Constituição, ignora quanto saber se está a descartar.

Por fim, o marco temporal é uma colonialidade do ser, pois busca colonizar o imaginário do dominado e atuar no interior deste por meio da força psicológica. Essa dominação do imaginário busca a naturalização perante a realidade imposta pela colonialidade do poder e do saber. Fazer que os povos indígenas e a sociedade acreditem no marco temporal, bem como afirmar que apenas o agro "é pop, é tech, é tudo", é uma forma de colonialidade do ser.

A colonialidade do ser se constrói por meio da racionalidade histórica pensada pelos homens que compõem o Estado que trata como bárbaros, incivilizados, atrasados, inferiores determinados grupos de seres humanos, como os indígenas, os negros e as mulheres (WALSH, 2008, p. 138). O marco temporal nega a possibilidade da territorialização do ser indígena. É a ontologia do ser encontrando resistência na data de promulgação da Constituição que sequer definiu esse momento como limítrofe para a demarcação de terras indígenas.

O marco temporal ignora a ontologia indígena e os define como sujeitos de menor valor pelo simples fato de não produzirem aquilo que é determinado como importante pelo capital. Sendo assim, em sua lógica produtivista, por não garantirem o aumento do PIB, não merecem terras. O marco temporal nega o existir indígena e busca, por meio da violência, convencê-los a não serem ninguém, a pertencer e existir por meio da construção de um senso comum em que não se veem. É a lógica que se hospeda em seres pensados para serem gastos junto com a natureza e a terra. O não direito a ser em conectividade com a natureza e a terra faz parte de uma estrutura rígida imposta na colonização que permanece no presente com força para o futuro por meio de medidas como o marco temporal.

CONCLUSÃO

O marco temporal se insere no mesmo campo acientífico do terraplanismo, do tratamento precoce contra a covid-19, da ideologia de gênero, do marxismo cultural, do negacionismo histórico e de tantas outras teses que, sem evidências, passaram a pôr em risco a democracia brasileira. O STF sabe que, ao julgar o recurso extraordinário de repercussão geral, terá a oportunidade de pôr fim a uma teoria inconstitucional criada dentro do negacionismo social que alaga o país.

O tempo não pode ser inimigo do direito originário à terra. Pelo contrário, a escuta profunda, a oralidade, a memória, a sensibilidade, os saberes ancestrais dos caciques, lideranças, rezadores, guerreiros, anciões, xamãs e membros da comunidade indígena ajudarão o direito e, caso queira, o STF a entender o motivo pelo qual em 1988 os seres humanos indígenas não se encontravam na terra onde sempre desejaram estar. O marco temporal só pode ser defendido por aqueles que nunca foram até uma área de conflito e olharam nos olhos dos idosos e das crianças indígenas que vivem a amargura da incerteza do reconhecimento ao direito territorial expresso na Constituição Federal.

O marco temporal representa situação de interpretação/aplicação da norma constitucional de forma limitada, sem respaldo em critérios objetivos e confiáveis e que sejam passíveis de replicação para outras situações de interpretação do texto constitucional. Ademais, desconsidera o histórico legislativo secular e que protegeu os direitos territoriais indígenas.

O julgamento do marco temporal, parado desde 2022, foi retomado em junho de 2023, tendo Alexandre de Moraes votando contra o marco temporal, mas o Ministro André Medonça pediu vistas, portanto, adiando o resultado do julgamento. Vale lembrar que a morosidade do STF em resolver o impasse caminha lado a lado com o extermínio dos povos indígenas. Sem terra demarcada não há segurança jurídica étnica. Sendo assim, até o mês de junho de 2023 a tese inconstitucional, inconvencional e colonial do marco temporal segue sem desfecho no STF com dois voto contrários ao marco temporal, sendo do relator Luiz Edson Fachin e do ministro Alexandre de Moraes e um voto favorável ao marco temporal do ministro Kassio Nunes Marques. O momento que vive o Brasil é muito diferente dos últimos quatro anos; prova é que pela primeira vez em sua história o país passa a ter um Ministério dos Povos Indígenas e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprova reserva de vagas para a magistratura brasileira para indígenas. Há, portanto, uma expectativa de que o marco temporal volte a julgamento no STF e de que sua inconstitucionalidade, inconvencionalidade e colonialidade se sobreponham, acabando de vez com mais uma herança negativa da colonização.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos indígenas e a Lei dos "brancos":** o direito à diferença. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2006.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Amicus curiae**. Disponível em: https://apiboficial.org/files/2021/02/Pet.-APIB-ACO-2323_Ocultado.pdf. Acesso em: 18 nov. 2022.

BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. A judicialização das demarcações de terras indígenas: o caso de Morro dos Cavalos. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Povos indígenas e direitos territoriais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

BOTELHO, Tiago Resende. A soberania alimentar como luta decolonial e territorial. **Revista Culturas Jurídicas,** V. 8, n. 20, 2021. Disponível: https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/52391/30555 . Acesso em: 18 nov. 2022.

BOTELHO, Tiago Resende; HELD, Thaisa Maira Rodrigues. A colonialidade e a inconstitucionalidade do marco temporal em face do direito ao território étnico indígena e quilombola. *In*: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; CALGARO, Cleide (org.). **Direito constitucional ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. p. 379-406.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 803.462**. 2015. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834 . Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf . Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4**. 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.017.36**. 2019. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no Recurso Extraordinário 1.017.365**. Relator: Min. Edson Fachin. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf. Acesso em: 2 jan. 2023.

CIDH. **Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Comunnity v. Paraguai**. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs*. Argentina**. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicarágua**. 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

CIDH. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales**: normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. **Resolución sobre Protección Especial de las Poblaciones Indígenas:** Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. 1972.

CIDH. **Sentença no caso do povo indígena Xucuru e seus membros *vs.* Brasil**. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. 2021. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf. Acesso em: 17 out. 2022.

COSTA, Sebastião P. Mendes da. Conhecimentos tradicionais, direitos culturais e direitos territoriais na perspectiva de povos indígenas na América Latina. *In*: HELD, Thaisa Maira Rodrigues; BOTELHO, Tiago Resende (org.). **Direito socioambiental e a luta contra-hegemônica pela terra na América Latina**. São Paulo: LiberArs, 2020. p. 329-343.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Argumento antropológico e linguagem jurídica. *In*: SILVA, Orlando Sampaio *et al*. (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FEIJÓ, Julianne Holder da Camara Silva. O Direito Indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 17. N. 34, 2014. Disponível em < http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p274/7628> Acesso em: 15 mar. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, jan./jun. 2004.

FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDÍGENAS (FUNAI). **Quem são?** 2020. Disponível em: https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao. Acesso em: 15 mar. 2023.

GRAU, Ero Roberto. **Por que tenho medo de juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 8. ed. refundida do **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). ***Amicus curiae***. 2021. Disponível em: ttps://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/memorial-recurso-extraordinario-n-1017365. Acesso em: 7 dez. 2022.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496861/RIL129.pdf?sequence=1. Acesso em: 28 dez. 2022.

NUNES, João Arriscado. O resgate da epistemologia. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologia do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 261-290.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). ***Amicus curiae***. 2021. Disponível em: https://s.oab.org.br/arquivos/2021/06/86667a06-1747-4eea-9719-ba17b855c8eb.pdf. Acesso em: 7 dez. 2022.

PATAXÓ, Samara; DUPRAT, Deborah; BATISTA, Juliana. **O marco temporal fere direitos indígenas e prejudica o Brasil**. Instituto Socioambiental. 2021. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/marco-temporal-fere-direitos-indigenas-e-prejudica-o-brasil. Acesso em: 3 jan. 2023.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Argentina: Clasco, 2005. p. 117-142.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. **Inflexión decolonial**: fuentes, conceptos y cuestionamientos. Colombia: Universidad del Cauca, 2010.
RIBEIRO, Darcy. **Configurações histórico-culturais dos povos americanos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Introdução. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 15-30.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Jusdiversidade. **Revista Videre**. V. 13, n. 26, 2021. Disponível <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/13934/7793> Acesso em: 7 dez. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e os direitos coletivos. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; ELOY AMADO, Luiz Henrique. Aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do povo Terena. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo K.; TINÔCO, Lívia N.; MAIA, Luciano M. (org.). **Índios, direitos territoriais e territorialidade**. Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018. p. 227-64.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad**: las insurgencias político-epistémicas de refundar el estado. **Revista Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, p. 131-152, Julio-Diciembre 2008.

Submissão: 19/06/2023. Aprovação: 11/12/2023.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENTRE CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E COSMOPOLITISMO

PERSONAL DATA PROTECTION BETWEEN SURVEILLANCE CAPITALISM AND COSMOPOLITANISM

João Pedro Seefeldt Pessoa[1]
Universidade de Santa Maria

Jânia Maria Lopes Saldanha[2]
Universidade do Vale dos Sinos

Têmis Limberger[3]
Universidade do Vale dos Sinos

Resumo:
A pesquisa tem por objetivo analisar as contribuições da mirada cosmopolita na compreensão do fenômeno da mundialização da privacidade no século XXI e da necessidade de regulação do direito à proteção de dados pessoais, no contexto do capitalismo de vigilância. Percebe-se o recrudescimento das práticas de vigilância pelo Estado e pelas entidades privadas, ressignificando a privacidade e a proteção de dados pessoais nesse novo paradigma social. O marco teórico traz aportes do capitalismo de vigilância, expressão cunhada por Shoshana Zuboff, bem como do cosmopolitismo, abordado por Marta Nussbaum, Mireille Delmas-Marty, Ulrich Beck, dentre outros. Adota-se, como metodologia de abordagem, o método hermenêutico fenomenológico, o método monográfico como metodologia de procedimento, a partir da revisão bibliográfica sobre o tema. Conclui-se que o cosmopolitismo pode ser um elemento especial na discussão de um projeto global de proteção de dados pessoais, considerando a tutela do indivíduo independentemente de conformações nacionais, em razão dos desafios do capitalismo de vigilância.
Palavras-chave:
Cosmopolitismo jurídico. Privacidade. Proteção de dados pessoais. Vigilância.

Abstract:
The research aims to analyze the contributions of a cosmopolitan perspective in understanding the phenomenon of the mundialization of privacy in the 21st century and the need for regulation of the right to personal data protection within the context of surveillance capitalism. There is a perceived intensification of surveillance practices by both the State and private entities, redefining privacy and the protection of personal data in this new social paradigm. The theoretical framework incorporates insights from surveillance capitalism, a term coined by Shoshana Zuboff, as well as cosmopolitanism, discussed by Martha Nussbaum, Mireille Delmas-Marty, Ulrich Beck, among others. The research adopts a hermeneutic-phenomenological method as the approach methodology, utilizing a monographic method as the procedural, through a literature review on the subject. The study concludes

[1] Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestrado em Direito pela Universidad de León – UNILEON (Espanha). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA..

[2] Estágio Sênior pelo Institut des Hautes Études sur la Justice (IHEJ) (França). Doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

[3] Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha (Espanha). Doutorado em Direito pela Universidade Pompeu Fabra (Espanha). Mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

that cosmopolitanism can be a special element in the discussion of a global project for personal data protection, considering the safeguarding of individuals regardless of national boundaries, due to the challenges posed by surveillance capitalism.
Keywords:
Legal cosmopolitanism. Privacy. Protection of personal data. Surveillance.

1 INTRODUÇÃO

O tratamento de dados pessoais é uma realidade da sociedade em rede e desafia uma grande adaptação por parte dos titulares, agentes de tratamento e Poder Público em favor de um regime de proteção desses ativos, tendo em vista o capitalismo de vigilância, baseado num mercado digital de dados e no fluxo transfronteiriço de informações. O avanço das tecnologias de informação e comunicação pressupõe, para além de uma nova forma de relacionamento com os usuários, a adoção de leis de privacidade, normas técnicas, políticas públicas e medidas de segurança, capazes de conferir um grau maior de proteção aos titulares de dados pessoais.

Percebe-se, contudo, existir um fenômeno complexo a respeito da mundialização da privacidade e proteção de dados pessoais, num cenário de atores variados – públicos e privados -, espaços múltiplos – nacionais, regionais e internacionais -, e normas internacionais com graus variados de obrigatoriedade – *hard law e soft law* -, de modo que as correntes teóricas do cosmopolitismo jurídico podem auxiliar na criação de soluções globais. Dessa forma, a presente pesquisa questiona em que medida a mirada cosmopolita pode contribuir com a compreensão do fenômeno da mundialização da privacidade no século XXI e da necessidade de regulação do direito à proteção de dados pessoais, no contexto do capitalismo de vigilância?

O objetivo geral da presente pesquisa é, então, analisar as contribuições da mirada cosmopolita na compreensão do fenômeno da mundialização da privacidade no século XXI e da necessidade de regulação do direito à proteção de dados pessoais, no contexto do capitalismo de vigilância. Especificamente, pretende-se, a) na primeira seção, explorar o recrudescimento das práticas de vigilância pelo Estado e pelas entidades privadas, ressignificando a privacidade no século XXI no contexto do capitalismo de vigilância; e b) na segunda seção, investigar a mundialização do direito à proteção de dados pessoais e a necessidade de soluções globais, a partir das contribuições da mirada cosmopolita.

Para elaboração do presente trabalho, alerta-se o leitor que o marco teórico adotado, para fins de análise do direito à proteção de dados pessoais, é oriundo das noções de capitalismo de vigilância, expressão cunhada por Shoshana Zuboff; em relação ao cosmopolitismo, emprega-se os caminhos seguidos pelos teóricos de um cosmopolitismo contemporâneo, tais como Martha Nussbaum, Mireille Delmas-Marty, Ulrich Beck. As referências teóricas

entendem que o tratamento de dados, sem uma proteção efetiva e sem uma mudança de paradigma, pode comprometer a segurança nacional, ser utilizado para corromper a própria democracia, ameaçar a sociedade e colocar em risco os titulares, razão pela qual o tema merece aprofundamento e se justifica.

Sobre a metodologia de abordagem, adota-se o método hermenêutico-fenomenológico, uma vez que a pesquisa pretende perquirir qualitativamente sobre o fenômeno da privacidade e da proteção de dados pessoais no século XXI, como se mostra por si mesmo, levando em consideração que a compreensão humana pressupõe a interação do pesquisador com o mundo. Em relação à metodologia de procedimento, utiliza-se o método monográfico, na tentativa de analisar detalhadamente a privacidade e a proteção de dados pessoais como partes de um complexo social. Como técnica de pesquisa, usa-se a documentação indireta, em razão do levantamento de dados a partir da revisão teórica sobre o tema proposto.

O presente artigo está dividido em duas grandes seções, sendo que a primeira, por sua vez, está subdivida em duas subseções, tratando, inicialmente, sobre as rotas da vigilância e controle de corpos e, posteriormente, sobre a redefinição da privacidade no século XXI; por outro lado, a segunda seção também está subdividida em duas subseções, abordando, antes, a harmonização do direito à proteção de dados pessoais na União Europeia, e, depois, a confrontação entre o capitalismo de vigilância e o cosmopolitismo para repensar a privacidade na contemporaneidade.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DE CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: AS ROTAS DA VIGILÂNCIA E A REDEFINIÇÃO DA PRIVACIDADE

Na presente seção, com o objetivo de explorar o recrudescimento das práticas de vigilância pelo Estado e pelas entidades privadas, ressignificando a privacidade no século XXI no contexto do capitalismo de vigilância, pretende-se, num primeiro momento, analisar as rotas de vigilância, que permitiram o controle dos corpos e novas formas de alienação dos sujeitos; após, perpassa-se por uma redefinição da privacidade no século XXI, especialmente considerando o avanço e desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e o advento do capitalismo de vigilância.

2.1. As rotas da vigilância: do controle de corpos a novas formas de alienação

As práticas de vigilância não possuem uma história recente, mas, como dispositivo de poder, foram bem analisadas por Michel Foucault quando da teorização da sociedade disciplinar inspirada no arquétipo do panoptismo e no utilitarismo de Jeremy Bentham. No contexto das instituições totais, p. ex., – família, escola, quartel, fábrica, hospital e, principalmente, prisão - , as práticas de vigilância serviram para docilizar os sujeitos e moldar os corpos, à medida em que o indivíduo se sujeita à disciplina por entender que estava sendo permanentemente vigiado, embora não necessariamente estivesse, num funcionamento automático do poder (FOUCAULT, 2013).

Após a profusão das medidas disciplinares, ocorre uma assunção da vida pelo poder, direcionada, agora, à multiplicidade de indivíduos, ao corpo-população, merecendo atenção e controle os processos de natalidade, fecundidade, higienização, longevidade, mortalidade, dentre outros, numa nova estatística de demografia pública (FOUCAULT, 2005). Ademais, a biopolítica, agora sobre a modulação do corpo, analisa as relações da espécie humana com os demais seres vivos, as coisas e o meio ambiente, de modo que coloca a vida sob domínio público, não somente como processo biológico cotidiano, como *zoé*, vida nua, mas também como *bíos*, sinergia coletiva, afetiva e econômica (AGAMBEN, 2007).

O aperfeiçoamento das tecnologias e o desenvolvimento da cibernética, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, revolucionaram as práticas de vigilância estatal, especialmente considerando a necessidade de antecipação de inimigos no contexto bélico e o aumento da espionagem militar. Surge, então, um regime de vigilância eletrônica global, fundado numa rede interplanetária de captação e inteligência de sinais, encabeçada, principalmente, pelo Tratado de Segurança UK-USA e pelos Cinco Olhos (Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos), capaz de interceptar e monitorar o tráfego de informações e comunicações mundiais, o que somente foi revelado no início do século XXI (GREENWALD, 2014).

Nessa linha, descobre-se a implementação de diversos outros programas de vigilância global e captação de informações (p.ex., *XKeyScore, PRISM, Lustre, Tempora* etc.), com a participação de agências de inteligência nacional, autoridades policiais, importantes universidades e centros acadêmicos, bem como empresas e organizações de diferentes setores. A Guerra ao Terror catalisou a criação de mecanismos de monitoramento eletrônico de fluxos de informações entre pessoas e grupos, banalizando e absolutizando o inimigo, já que qualquer um pode ser ou se tornar uma ameaça em potencial (GREENWALD, 2014).

Assim, o panoptismo "está vivo e bem de saúde, na verdade, armado de músculos (eletronicamente reforçados, ciborguizados) tão poderosos que Bentham, ou mesmo Foucault,

não conseguiria nem tentaria imaginá-lo" (BAUMAN, 2013, p. 22). No século XXI, o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público e o monitoramento estatal são condição de possibilidade para um regime de biopoder baseado em um Estado de vigilância, a fim de antecipar, predizer e controlar todas as formas de vida.

Entremeio ao recrudescimento do Estado de vigilância, as técnicas de vigiar e classificar também vão ser apropriadas pelo setor privado, não somente pelas gigantes das telecomunicações, mas também por *startups* e companhias que buscam algum ponto de disrupção a partir da coleta e tratamento de dados dos usuários, que, desde então, impactam profundamente as relações sociais. A Google é um dos maiores exemplos dessa nova revolução social, porque afeta "nós", "o mundo" e "o conhecimento", daí porque se fala em "googlelização de tudo", já que "ao catalogar nossos juízos individuais e coletivos, nossas opiniões e (ainda mais importante) nossos desejos, a empresa também vai se transformando numa das mais importantes instituições globais" (VAIDHYANATHAN, 2011, p. 14).

No início da história da Google, os dados sobre o indivíduo e os respectivos comportamentos eram utilizados apenas em favor do usuário para personalizar a experiência na internet, na fase do ciclo de reinvestimento do valor comportamental (ZUBOFF, 2019). Logo, a companhia descobriu o superávit comportamental, i.e., a extração, o depósito e o tratamento de quaisquer dados produzidos pelos usuários, que, por mais irrelevantes que possam parecer, eventualmente, a partir de inteligência de máquina e combinação com diferentes fatores, podem ser traduzidos em produtos de predição e receitas de publicidade (ZUBOFF, 2019).

Trata-se de um capitalismo de vigilância, iniciado pelo "*superávit comportamental* descoberto mais ou menos já pronto no ambiente on-line, quando se percebeu que a *data exhaust* que entupia os servidores do Google podia ser combinada com as suas poderosas capacidades analíticas para gerar predições de comportamento do usuário" (ZUBOFF, 2019, p. 404). A Google, assim, "impôs a lógica da conquista, definindo a experiência humana como livre para ser apossada, disponível para ser compilada na forma de dados e reivindicada como ativos de vigilância" (ZUBOFF, 2019, p. 404).

Os usuários, então, não são o produto das companhias, como se costumava referir em razão da aparente gratuidade da plataforma, mas se tornaram os fornecedores dos ativos de vigilância, ou seja, o objeto ou o local de extração da matéria-prima para a criação de receitas de vigilância, cuja possibilidade e probabilidade de predição de comportamentos, gostos e opiniões é o grande produto dessa estrutura, vendido para os reais clientes (anunciantes), ou seja, são as empresas que pagam para atuar nos novos mercados comportamentais (ZUBOFF, 2019). Esses atores privados são, incontestavelmente, os mais verdadeiros e poderosos clientes

do capitalismo de vigilância. Ocorre que essa nova lógica de acumulação é institucionalizada e automatizada, acaba por reformular a própria economia global, agora também baseada na vigilância de dados, sendo cooptada por diferentes atores sociais.

Alguns autores, como Dominique Bourg (2019, p. 11 e 35), comparam o imenso poder das plataformas de vigilância a uma feudalização *sui generis*. Ele lembra que, após o período feudal, a Europa conheceu dois tipos de soberania: a dos Estados e a da Igreja. Esta última, na medida em que organizou a vida de milhões de indivíduos, assumiu a condição de "dona da ordem universal". Observando a ordem mundial atual, ele compara a soberania eclesiástica à do império das grandes empresas do capitalismo de vigilância que, seguramente, influenciam a organização das sociedades acima dos Estados, impondo regras contratuais e condições gerais de utilização de dados e serviços reduzindo os indivíduos à condição de vassalos

Assim, o imperativo de predição precisa ser constantemente reabastecido pelos ativos de vigilância, de modo que os dados comportamentais e dados pessoais dos usuários são minerados absoluta e exaustivamente pelas redes sociotécnicas, legitimadas pelo aceite nos "termos e condições". Trata-se de um Estado geral da vigilância, que "tende a tornar-se incorporada em diversos dispositivos, serviços e ambientes que usamos cotidianamente, mas que se exerce de modo descentralizado, não hierárquico e com uma diversidade de propósitos, funções e significações nos mais diferentes setores" (BRUNO, 2009, p. 02).

No horizonte, o Estado de vigilância e a economia de vigilância se entrecruzam, submetendo todos a essa nova lógica de biopoder institucional (PESSOA, 2020; PESSOA, 2021). Nesse caminho, os usuários pouco ou nada sabem sobre essa nova estrutura econômica, já que a velocidade, personalização e aparente gratuidade das tecnologias deixa para trás os questionamentos, evidenciando uma dependência dos usuários em relação às plataformas e uma ignorância quanto aos riscos e desafios da privacidade nessa era de vigilância.

Cabe falar, então, sobre uma "necessidade de pensar a regulação em uma sociedade marcada pela vigilância, o que não implica apenas a adoção de dispositivos legais que protejam dados e informações, mas também todo e qualquer instrumento ou técnica que apresente um efeito regulatório" (RODRIGUEZ, 2021, p. 116). Dessa forma, "a adoração de medidas dessa natureza exige, por vezes, a conivência com algumas formas positivas de vigilância virtual, norteadas por garantias e princípios que digam respeito à tutela das informações transferidas no espaço material e imaterial da sociedade" (RODRIGUEZ, 2021, p. 116).

O arranjo regulatório deve pressupor que "a) a regulação informacional não deve adotar, exclusivamente, o direito à privacidade como peça irradiante de todo seus sistema protetivo, pois nele não se esgotam os conflitos que envolvem controle e acesso de informações", bem

como que "b) a construção de um corpo legislativo deve contar com apoio técnica para tecnologias de informação e comunicação existentes, mas sem a elas se restringir, sob pena de limitar sua aplicação a determinado momento de evolução tecnológica" (RODRIGUEZ, 2021, p. 117).

Nesse contexto, caso a tutela da privacidade fique condicionada aos interesses e avanços econômicos ou ainda a uma autorregulação pelo mercado, tais circunstâncias podem comprometer a verdadeira proteção desse direito, haja vista que as redes de poder econômico tendem a eliminar os espaços próprios da privacidade em favor do lucro e da publicidade (RODOTÀ, 2008). Trata-se de reconhecer uma nova territorialidade especialmente a partir do entendimento que a internet desafia as fronteiras materiais e físicas, o que, por si só, é um dos desafios do Direito Internacional, já que "a porosidade entre lugares materiais e imateriais talvez exija muito mais do que uma autorregulação por parte do cidadão, necessitando, isso sim, de um marco regulatório claro" (RODRIGUEZ, 2021, p. 113). É até mesmo possível identificar esse espaço-mundo da vigilância digital como um sexto continente de controle quase que perfeito, cujo grande risco é a consolidação de novas formas de totalitarismo e novas e mais nocivas modalidades de alienação humana (SALDANHA, 2013).

2.2. Uma redefinição da privacidade no século XXI

Assim, é preciso atentar que essa alteração do paradigma pressupõe a ressignificação de conceitos, marcada pelo fluxo internacional e transfronteiriço de dados, numa sociedade em rede hiperconectada. Embora tenha sido falado sobre o fim da privacidade no apagar das luzes do século XX, torna-se necessário definir o direito à privacidade para além da concepção sólida e estática dos textos normativos fechados de autoconfinamento para alcançar uma perspectiva aberta, dinâmica e fluida, numa sociedade tecnológica (PEREZ LUÑO, 2012; PESSOA, 2020; RODOTÀ, 2008).

O direito à privacidade, como categoria analítica autônoma de análise, é uma construção moderna estadunidense, elaborada por Samuel Warren, motivado pela divulgação de fatos íntimos do casamento de sua filha nos jornais, e por Louis Brandeis. Os autores publicaram, em 1890, um artigo sobre o *right to privacy* (direito à privacidade), inspirado na expressão cunhada por Thomas McIntyre Cooley, *right to be let alone* (direito de ser deixado só), com base nas necessidades da burguesia estadunidense do final do século XIX (BRANDEIS, WARREN, 1890). Nesse sentido, a doutrina Warren-Brandeis distanciou a privacidade de uma concepção

da tutela da propriedade individual, como anteriormente já tinha sido aventada, e aproximou da necessidade de proteção da vida privada, no âmbito da personalidade humana.

Os autores mencionam que, diante das inovações recentes, era necessário elevar a proteção da personalidade humana e a segurança do cidadão estadunidense a um novo nível, tendo em vista que as novas câmeras e máquinas, fotografias instantâneas, revistas e programas televisivos de fofocas, dentre outras tecnologias, acabaram invadindo o espaço privado do lar e o foro íntimo das pessoas, não obstante o indivíduo possua o direito de estar só ou o direito de ser deixado só (BRANDEIS, WARREN, 1890). Desse modo, a tutela da privacidade vai além do material que contenha determinada revelação íntima, mas atinge também a própria informação veiculada, sendo que a pessoa tem o direito de ser deixada em paz e não fazer público aquilo que lhe é privado.

A doutrina Warren-Brandeis tornou-se popular e ganhou força nos ordenamentos jurídicos nacionais com o passar do tempo, porém, considerando o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e as complexidades das relações sociais no decorrer do século XX, o direito à privacidade superou os limites conceituas, desenvolvendo-se na forma de figuras afins, como, por exemplo, “vida privada”, “intimidade”, “sigilo”, “imagem”, “honra”, “proteção de dados pessoais”, dentre outras. A categorização do direito à privacidade é complexa e multifacetada, em razão da própria internalização de conceitos e necessidade de adequação dos termos aos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais.

Sobre o tópico, a doutrina alemã da teoria das esferas serviu, por muito tempo, para representar os níveis de privacidade do sujeito na ideia de três círculos concêntricos. O primeiro e maior é a esfera da vida privada (*Privatsphäre*), onde estão as informações que o sujeito não quer que sejam de domínio público embora possam ser de conhecimento de pessoas próximas; o segundo, no interior daquele, é a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*), onde estão as informações que o sujeito compartilha com determinadas pessoas, de forma reservada, íntima, discreta; o terceiro, mais ainda no interior dos demais, é a esfera do segredo (*Geheimnsphäre*), onde estão as informações que o sujeito não quer que sejam do conhecimento de ninguém ou de somente algumas pessoas elegidas (COSTA JR, 1995).

A teoria das esferas ou dos círculos concêntricos de privacidade acabou sendo superada, uma vez que considerava o sujeito uma “cebola passiva” e demandava uma intensa subjetividade no entendimento do grau das esferas, de modo que a insuficiência técnica e as recentes inovações tecnológicas desafiaram os limites da doutrina (DONEDA, 2006). Para substituir a teoria das esferas, pode-se mencionar a teoria do mosaico, que dispõe que os dados relacionados a uma pessoa, num primeiro momento, podem ser irrelevantes, sob um ou outro

prisma ou ainda se considerados de forma isolada, mas, se analisados com outros dados, por si só também irrelevantes, podem gerar um conjunto pleno de significados, de modo que a privacidade deve refletir o mosaico formado com a revelação de tais informações.

Nesse sentido, ressignificar o direito à privacidade "decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito", havendo que se falar em um direito à autodeterminação informativa (RODOTÀ, 2008, p. 24). A expressão "direito à autodeterminação informativa", primeiramente utilizada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão, quando do julgamento de um processo relacionado com as informações pessoais coletadas de um censo no ano de 1983, representa o direito de proteção da própria pessoa, considerando o processamento tecnológico de dados e a tutela do sujeito contra o tratamento das informações, devendo a possibilidade de dispor livremente dos seus dados ser alçada ao patamar de um direito fundamental (MARTINS, 2016).

A conceituação da privacidade somente como o direito de estar só ou direito de ser deixado só, restringindo algumas informações compreendidas privadas do conhecimento público, perdeu, há alguns anos, a capacidade de ser o único fundamento de tutela, sem desconsiderar, no entanto, que essa questão ainda é um aspecto essencial a ser observado em determinados contextos. No entanto, trata-se do fim "de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade: de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída" (RODOTÀ, 2008, p. 17).

O direito à privacidade não pode ser entendido somente na concepção isolacionista do "ser", numa lógica excludente de "pessoa-informação-sigilo", isto é, a possibilidade de manter reservada uma informação e exigir que não haja intromissões indesejadas, mas assumir que, com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, há uma relativização daquilo que é sigiloso, íntimo e privado. A questão da privacidade, na Era da Informação, pressupõe novos direitos e introduz-se a possibilidade de os próprios indivíduos controlarem as informações e se empoderaram diante desse contexto, em uma verdadeira metamorfose do direito à privacidade, superando-se a ideia original do direito de estar sozinho, em seu aspecto individual, pela perspectiva de estar inserido no âmbito social e coletivo (PÉREZ-LUÑO, 2012, p. 115).

Fala-se, pois, em uma nova definição da privacidade como "o direito de manter o controle sobre as próprias informações", identificada com a "tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social, em um quadro caracterizado

justamente pela ‘liberdade das escolhas existenciais” (RODOTÀ, 2008, p. 92). A privacidade, relacionada àquilo que é secreto e reservado, cede espaço à lógica de “pessoa-informação-circulação-controle”, não mais limitada à burguesia do século XX e às fofocas, mas destinada à multidão na sociedade informacional.

Há, pois, como indicar que “a privacidade indica uma visão negativa e estática, em larga medida pautada na concepção de impossibilitar a interferência de terceiros”, mas a proteção de dados pessoais “confere ao titular poderes positivos e dinâmicos postos à sua disposição com vistas ao controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito” (SARLET, 2020, p. 51). O direito à proteção de dados possui uma fundamentalidade material, que reside na “relevância, para a esfera individual de cada pessoa e para o interesse coletivo (da sociedade organizada e do Estado), dos valores, princípios e direitos fundamentais associados à proteção dos dados pessoais e por ela protegidos”, tais como direito à dignidade da pessoa humana, direito ao livre desenvolvimento da personalidade e direito à privacidade (SARLET, 2020, p. 47).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática de 2021, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.393, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra a Medida Provisória nº 954/2021, que dispunha sobre compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE para fins produção estatística, assentou a constitucionalidade do direito à proteção de dados pessoais. Na decisão que concedeu a medida cautelar para suspensão do ato normativo, a relatora considerou que os dados pessoais “integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII)”, de modo que “sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional” (BRASIL, 2020).

Na verdade, trata-se de um longo processo normativo-regulatório, que pode ser classificado, conforme a doutrina especializada, em quatro gerações de leis (MAYER-SCÖNBERGER, 1997). A primeira geração de leis sobre proteção de dados pessoais, preocupada com o estado da técnica, estabeleceu um conjunto de normas que exigiam a autorização dos usuários para criação de bancos de dados estruturados e regulavam as atribuições do poder público para processamento das informações coletadas (DONEDA, 2011). Por sua vez, a segunda geração de leis sobre a temática, pensando na difusão da utilização de bancos de dados estruturados, previa normas que regulamentavam a privacidade como uma

liberdade negativa, ou seja, que o cidadão pudesse restringir o acesso aos dados pelo poder público (DONEDA, 2011).

Contudo, em razão da necessidade do fornecimento de dados pessoais diante dos fluxos de informação na globalização, a terceira geração de leis sobre proteção de dados, na década de 80, entendeu que, em se tratando de um processo complexo, a tutela da privacidade devia ir além da permissão ou não para utilização das informações, mas deveria levar em apreço a inclusão e informação ao usuário sobre as fases do tratamento de dados, numa autodeterminação informativa (DONEDA, 2011). Por fim, a quarta geração de leis sobre proteção de dados pessoais, momento normativo atual, percebe que a tutela da privacidade não pode ser limitada a uma escolha individual, porém deve exigir a elaboração de instrumentos coletivos de garantias e fortalecer o sujeito, em razão do evidente desequilíbrio na relação entre agentes e usuários, bem como a criação de autoridades independentes para supervisão pública do tratamento de dados na sociedade (DONEDA, 2011).

A democratização do acesso às tecnologias de informação e comunicação e a utilização indiscriminada das informações pessoais diante das inovações cibernéticas trouxe novos desafios à tutela da privacidade. Na rede informática, toda operação ou conjunto de operações, realizadas pelo próprio usuário ou por meio de processos automatizados, permite a coleta, produção, classificação, utilização, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, transferência, difusão, dentre outros tratamentos, de dados comportamentais e pessoais, de modo ser necessária a tutela de um grande número de informações, às vezes produzidas sem o conhecimento do sujeito, não estando mais a privacidade somente limitada àquelas informações privadas, íntimas ou secretas.

O direito à proteção de dados pessoais supera, dessa forma, o conteúdo essencial do direito à vida privada, à intimidade ou ao segredo, uma vez que não se fundamenta apenas na tutela do conteúdo de natureza privada dos dados eventualmente coletados, mas perpassa, também, pela posição de o sujeito saber sobre o tratamento de dados. Na sociedade em rede da Era da Informação (CASTELLS, 2002), com a relevância da grandeza *big data*, a partir da geração de dados independentemente de tempo, espaço e dispositivo, o direito à proteção de dados é um direito autônomo, traduzindo-se em uma tutela para garantia da dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade, frente ao uso perverso das tecnologias de informação e comunicação.

Em outras palavras, é preciso destacar que as normativas quanto à regulação de dados não servem para coibir ou proibir o tratamento, tendo em vista que a livre circulação de dados pessoais é uma realidade não somente de um mercado comum interno, mas também da

sociedade em rede. Assim, trata-se de um superpanóptico, formado por panópticos, banópticos e sinópticos (BAUMAN, 2013), que invertem a lógica de vigilância, fazendo com que o indivíduo forneça os próprios dados informacionais e de outros com quem interage para sustentar essa nova arquitetura de vigilância.

A regulação do direito à proteção de dados precisa considerar que o horizonte é marcado pelos fluxos globais de dados comportamentais e de dados pessoais como ativos econômicos e receitas de publicidade, especialmente diante do capitalismo de vigilância (PESSOA, 2020). Nessa perspectiva de "pessoa-informação-circulação-controle", cabe salientar que, se antes as informações estavam sob domínio do sujeito, que podia controlar se compartilhava ou divulgada com outras pessoas, na sociedade em rede, os dados – e, especificamente, os dados pessoais – estão espalhados pela malha digital, divididos em uma pluralidade de grandezas, obtidos de uma multidão.

O abuso ou uso indevido dos dados, no contexto da sociedade em rede, pode afetar desde a liberdade dos titulares até a própria democracia, como, por exemplo, por meio de mecanismos de manipulação da opinião pública, da criação de filtros invisíveis no debate político, da proliferação do fenômeno da desinformação, do desenvolvimento de consumos insustentáveis de bens e serviços, do vazamento ou comercialização de informações pessoais para agentes maliciosos e da vigilância massiva e constante dos cidadãos por parte de governos e empresas, além da utilização de tais ativos para prática de condutas criminosas. Trata-se, em verdade, de um grande mercado no qual as predições da evolução do comportamento humano são compradas e revendidas de maneira especulativa (MBEMBE, 2023).

O caso da Cambridge Analytica evidencia como a perda de privacidade pode ser usada, por exemplo, para manipular a própria democracia. Em violação à proteção de dados das pessoas, essa agência conseguiu criar perfis psicológicos detalhados, que foram utilizados para direcionar anúncios políticos específicos para eleitores e indecisos com base em suas inclinações, a favor de um determinado candidato às eleições, como ocorreu nos Estados Unidos da América, ou em direção a uma específica posição política, como aconteceu no Reino Unido nas discussões sobre o Brexit, cuja revelação do escândalo levou a empresa à falência e escárnio público (PRIVACIDADE, 2019).

Porém, não é só, já que o potencial impacto negativo do tratamento de dados pode trazer consequências preocupantes. O processamento de dados pode comprometer a segurança nacional, incluindo informações sobre cidadãos, funcionários do governo, membros de forças armadas e outras questões confidenciais; pode corromper a democracia, manipulando eleições e influenciando a opinião pública, especialmente por meio de campanhas de desinformação ou

de propagandas direcionadas; pode ameaçar a sociedade ao promover uma cultura de exposição e vigilantismo; pode colocar em risco a própria segurança dos indivíduos, em razão da exposição indevida de informações pessoais, que pode levar a roubos de identidade, fraudes financeiras, bem como problemas relacionados à segurança pessoal.

Chega-se a dizer que "os dados pessoais são perigosos, porque são sensíveis, altamente suscetíveis ao mau uso, difíceis de manter em segurança e cobiçados por muitos – desde criminosos a seguradoras e agências de inteligência", concluindo-se que "os dados são vulneráveis, o que acaba por tornar os seus titulares e qualquer pessoa que os armazene igualmente vulneráveis" (VÉLIZ, 2021, p. 128). Por essa razão, o direito à privacidade ultrapassa os limites de uma tutela individual e também desafia estratégias de proteção coletiva, especialmente a partir da proliferação de regulações extraterritoriais de proteção de dados, tornando-se elemento importante na construção da cidadania global.

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DA MIRADA COSMOPOLITA: OS ESFORÇOS EUROPEUS E A VIA DO COSMOPOLITISMO

Na presente seção, com o objetivo de investigar a mundialização do direito à proteção de dados pessoais e a necessidade de soluções globais, a partir das contribuições da mirada cosmopolita, procura-se analisar o desenho e a experiência de harmonização sobre a temática da proteção de dados pessoais na União Europeia, com a confrontação do capitalismo de vigilância ao cosmopolitismo jurídico.

3.1. Proteção de dados pessoais no desenho de harmonização na União Europeia

Se no panorama anterior, a violação da privacidade podia ser essencialmente a fofoca ou a revelação do segredo, atualmente, a violação ocorre por métodos abstratos e desconhecidos, a partir da manipulação e vigilância dos dados comportamentais e dados pessoais nas diferentes formas de tratamentos do capitalismo de vigilância. Nesse cenário, "raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados", sendo possível que não reflita sobre a periculosidade do uso de tais informações por parte de diferentes agentes estatais ou organizações (RODOTÀ, 2008, p. 37).

Como referido anteriormente, a Europa já vinha discutindo o caráter normativo da proteção de dados pessoais, pelo menos, desde a década de 70/80, em países como Alemanha,

Espanha e França. A Convenção nº 108, do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, foi um dos primeiros instrumentos internacionais adotados no âmbito da proteção de dados, com especial relevância à coleta e processamento de dados sensíveis sobre raça, política, saúde, religião, vida sexual, registro criminal, dentre outros (CONSELHO DA EUROPA, 1981).

Sobre a nova concepção da privacidade, no direito comunitário europeu, justamente em razão da livre circulação de pessoas, bens e dados, o direito à proteção de dados pessoais foi previsto, de forma autônoma, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, que, no art. 8º, estabelece que "todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito", de modo que "esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei", sendo que "todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação" (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

No âmbito, algumas diretivas já direcionavam a tutela dessa nova acepção do direito à privacidade, como no caso da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (UNIÃO EUROPEIA, 1995); da Diretiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações (UNIÃO EUROPEIA, 1997); e da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

Conquanto as diretivas não possuem obrigatoriedade de aplicação direta, representam, na verdade, um caminho que precisa ser adotado ou adaptado pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Considerando o recrudescimento do tratamento de dados e a necessidade de um marco comum, a União Europeia estabelece, então, o Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, também conhecido como Regulamento Geral de Proteção de Dados, ou pela sigla RGPD, sendo este um marco normativo obrigatório e diretamente aplicável nos países signatários (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD) exige uma mudança de postura, visto que, além de uma proteção repressiva – a exemplo da possibilidade de aplicação de multas milionárias pelo tratamento de dados pessoais em desconformidade com a lei -, é necessária uma atuação proativa, baseada na avaliação e mitigação do risco (ao contrário da norma anterior que considerava o tipo de dado ou o tipo de tratamento), bem como na responsabilidade ativa, consciente e diligente dos agentes de tratamento, requerendo a adoção de medidas de segurança administrativas e técnicas, boas-práticas e políticas de privacidade.

No entanto, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD) acaba por avançar as fronteiras físicas nacionais, superando os limites da territorialidade da União Europeia, já que a tutela é aplicável ao tratamento de dados por uma empresa estabelecida na União Europeia, independentemente do local de tratamento desses dados ou da nacionalidade do titular deles; e, ainda, ao tratamento de dados por uma empresa que, embora não estabelecida na União Europeia, ofereça bens e serviços ou monitoramento para usuários que ali se encontrem, além de servir como fonte de inspiração para normativas sobre proteção de dados pessoas em países de outros continentes (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

A comunidade europeia, a fim de concretizar os princípios e o próprio direito fundamental à proteção de dados, buscou tomar medidas ativas no cenário internacional, por meio da regulação de mercado, afastando qualquer tentativa de autorregulação. Evidentemente, tal ato ocorreu por ser a União Europeia detentora do maior mercado comum interno do mundo, sendo promovido por fortes instituições regulatórias e permitindo a imposição de suas normas aos mercados de consumo, além de uma propensão à regulação de direitos fundamentais (ao contrário da tradição norte-americana, por exemplo) (BRADFORD, 2012).

Na tentativa de manutenção das práticas comerciais com a União Europeia e a possibilidade de fluxos transfronteiriços de dados, países fora do bloco se viram diante da necessidade de adequação das normativas aos padrões europeus de exigência, dando origem ao fenômeno denominado “Europeização” ou “Efeito Bruxelas” (BRADFORD, 2012). Nesse viés, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) gerou grande impacto internacional, com previsão de medidas de cooperação internacional em tema de proteção de dados e restrições à transferência internacional de dados, especialmente considerando a concessão de decisão de adequação ou conformidade, isto é, uma chancela, por parte da União Europeia, de que os demais países possuem nível adequado de proteção de dados pessoais.

O “Efeito Bruxelas” foi precipuamente estudado e conceituado por Anu Bradford, na obra *The Brussels Effect*. De acordo com a autora, existem cinco requisitos que precisam estar presentes para ocorrer tal fenômeno, quais sejam: i) a jurisdição deve conter um grande poder

de mercado – na medida em que não há opção para o negociante em renunciar à venda, mas sim visualizar que os benefícios de acessar o mercado superam os custos de ajustes necessários; ii) capacidade regulatória para impor suas regras, com a devida *expertise*; iii) existência de órgãos regulatórios que visem criar normas rígidas, que repasse às companhias a ideia de que haverá um alto custo associado com o descumprimento de tais regras; iv) objetivo do Regulamento inelástico, com meta fixada em termos de localização, como os consumidores que compram um produto, assim o produtor não poderá escapar da jurisdição pela qual está regulado; e v) o sistema produtivo deve ser indivisível, o que significa que produzir diferentes versões do mesmo bem ou serviço terá um custo elevado (BRADFORD, 2012).

A título exemplificativo, as áreas afetadas no contexto mundial por esse fenômeno foram: i) a saúde e a segurança dos consumidores; ii) a proteção ao meio ambiente, por meio da restrição à produção e comercialização de produtos, bem como à utilização de determinados insumos e métodos produtivos; e iii) a economia digital, que engloba as restrições ao tratamento de dados pessoais (BRADFORD, 2012). Não por acaso, sinala-se que a possibilidade de transferência internacional de dados pessoais, inclusive sem o consentimento do titular, está condicionada à concessão de decisão de adequação por parte da União Europeia; quer dizer, a União Europeia avocou para si a iniciativa de determinar qual país possui um nível de proteção de dados pessoais adequado a permitir o fluxo de dados transnacionais com países do bloco, o que evidencia o fenômeno da europeização (GNOATTON, 2021).

A influência europeia, ante o pioneirismo de legislação própria tratando sobre proteção dos dados pessoais e posição importante no mercado internacional, fez com que a União Europeia tivesse a habilidade quase que unilateral de regular o mercado global com normas protetivas de tratamento de dados pessoais. Diante deste cenário, atores privados, grupos empresariais e países terceiros tiveram que se reorganizar interna e regionalmente, editando leis protetivas acerca da matéria, tudo isto visando atender o *standard* de proteção previsto no Regulamento.

Percebe-se um duplo matiz, uma vez que a regulação da privacidade em termos de proteção de dados pessoais "por um lado, procura proteger a pessoa física em relação ao tratamento de seus dados pessoais, por outro se destaca sua missão de induzir o comércio mediante o estabelecimento de regras comuns para proteção de dados na região", sendo necessário recordar "as exigências de um mercado unificado como o europeu em diminuir de forma ampla os custos de transações, o que inclui harmonizar as regras relativas a dados pessoais" (DONEDA, 2011, p. 102).

Com a promulgação de diretrizes sobre o tema nos últimos anos, é possível abordar, pelo menos, alguns modelos ou estratégias de regulação de proteção de dados: o modelo normativo-estatal, o modelo liberal e o modelo misto ou eclético. Nesse sentido, o modelo normativo-estatal possui como característica principal a existência de um sistema normativo centralizador, mais procedimental, cuja competência regulatória e fiscalizatória fica a cargo do próprio Estado; o modelo liberal pressupõe a existência de uma autorregulação regulada, na medida em que o Estado somente normatiza em áreas sensíveis, como saúde, finanças e crianças e adolescentes; o modelo misto ou eclético resulta de um conjunto de estratégias de regulação, tais como normas estatais, códigos mercadológicos, mecanismos alternativos de resolução de conflitos, soluções tecnológicas e posturas proativas no cumprimento e fiscalização da legislação sobre a temática (GUIDI, 2018, p. 85-110).

A elaboração de marcos jurídicos de proteção de dados pessoais, inclusive internacionais, não se reduz a questionar "se" e "por que" regular, mas questiona "por quem" e "como" tutelar o direito à proteção de dados pessoais, justamente porque a legitimação do tratamento de dados é fundamental para proteger a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade dos titulares, ou, pelo menos, oferecer garantias e salvaguardas aos usuários diante da economia de dados pautada no capitalismo de vigilância. Em caso contrário, i.e., relegando a proteção de dados à autorregulação ou a nenhuma regulação, pode-se correr o risco de chancelar a privacidade como simples *commodity* no mercado globalizado, como meto ativo de vigilância.

A discussão sobre marcos jurídicos de proteção de dados pessoais, considerando que os fenômenos jurídicos, políticos, sociais, culturais, econômicos e naturais estão interligados, traz a transversalidade própria da mundialização, ressignificando os processos e valores na sociedade em rede. Nessa linha de pensamento, é possível debater sobre a proteção de dados pessoais global, em razão dos desafios que já se avizinham, mormente pelo advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais e outras iniciativas regulatórias da União Europeia, que, mais do que normas de conexão, influenciam os atores internacionais a repensar as próprias agendas regulatórias comuns.

Entremeio a isso, encontram-se as normas técnicas ou de gestão, bem como os *frameworks* ou *standards* que influenciam nas discussões sobre a temática. Nesse sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), grupo dos países mais ricos do mundo, cujo ingresso pressupõe a adoção de normas técnicas, políticas diplomáticas e legislações estatais específicas, editou, em 1980, as Diretivas sobre Proteção da Privacidade e Fluxo de Dados Fronteiriços da OCDE (tradução livre para *OECD's Guidelines*

on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data), determinando que os membros adotassem legislação doméstica apropriada, encorajassem a autorregulamentação, fornecessem aos indivíduos meios razoáveis para exercerem seus direitos, trouxessem sanções e soluções apropriadas em caso de inobservância das medidas, garantissem não haver injusta discriminação contra os sujeitos dos dados e cooperassem internacionalmente (OCDE, 1980).

A ISO 27001:2013, por sua vez, criou o Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI), baseando nos requisitos de segurança da informação, quais sejam, confiança, integridade e acesso ou disponibilidade, com a certificação de adequação e conformidade das organizações que adotarem os padrões estabelecidos na norma técnica (ISO, 2013). Ainda, dentro da família ISO 27000, estabeleceu-se a ISO 27701:2019, que trouxe o Sistema de Gestão da Privacidade da Informação (SGPI), com particularidades relativas à proteção de dados pessoais (ISO, 2019).

Esse quadro traz uma importante mudança de postura, posto que "as normas técnicas e de gestão investem e colonizam o conjunto dos campos sociais em todos os níveis, inclusive nacionais, locais e setoriais, e invadem progressivamente todos os aspectos da vida pública até, e inclusive, a intimidade" (FRYDMAN, 2018, p. 81). Assim, pensando que a sociedade global é uma sociedade fragmentada em setores, regulados por instâncias e normas específicas, de modo que o Direito assume uma função de tradução e mediação, torna-se "necessário e urgente que o jurista se emancipe de uma concepção muito estreita, formal e rígida, a fim de voltar seu olhar, seu interesse e seus estudos para o campo mais vasto da normatividade, em toda a diversidade de suas formas e de suas técnicas" (FRYDMAN, 2018, p. 94).

3.2. O capitalismo de vigilância confrontado ao cosmopolitismo: como repensar a proteção de dados pessoais

O mercado digital global e os fluxos transfronteiriços de dados atravessam a inexperiência e a barreira territorial dos países, exigindo coordenação e cooperação internacional. Caberia, então, questionar sobre a possibilidade de caminhos regulatórios sobre proteção de dados pessoais, apesar dos desafios e limites advindos da corregulação, já que reflete sobre a privacidade não somente por um viés individual, do ponto de vista do usuário, mas desde uma tutela coletiva, direcionada a uma multidão, considerando a economia de dados pautada no capitalismo de vigilância.

Percebe-se um contexto de intensa desterritorialização, que impacta os conceitos clássicos de soberania e territorialidade, mormente porque as atividades transnacionais e os

fluxos informacionais ocorrem além das fronteiras físicas dos Estado-nação, apesar dos entes políticos tradicionais. O ambiente digital globalizado permite que indivíduos, grupos, empresas e governos acessem informações e realizem transações em diferentes jurisdições, o que reacende o debate sobre qual conjunto de leis e regulamentos deve ser aplicado em casos de conflito, justaposição ou emaranhado de normas jurídicas e técnicas.

Nesse sentido, convém tratar sobre uma mirada cosmopolita, que pode ajudar na compreensão desse fenômeno por diferentes ângulos, com base em princípios plurais e objetivos comuns, que desafiam as noções jurídico-políticas dos Estados nacionais. Isso porque "a multiplicação das fontes de criação do Direito, a fragilização da soberania e a erosão da representação unitária da vontade dos Estados são expressões do mundo contemporâneo", provocando, entre outros efeitos, "a interrelação entre vários sistemas normativos, o acentuado aumento da complexidade das razões jurídicas, a diversificação dos critérios de validade e a hibridação dos saberes jurídicos" (SALDANHA, 2018, p. 78).

No entanto, não se está a falar unicamente de um cosmopolitismo moral dos antigos, que, inspirado no cinismo ou no estoicismo greco-romano, em apertada síntese, pregava a fraternidade universal, baseada no respeito recíproco, uma vez que, controlando as ações e pensamentos, concentrando-se naquilo que pode mudar e agindo de forma racional para com o outro, seria possível maximizar o bem-estar de todos, responsabilizando pelo futuro (NUSSBAUM, 2020). Ademais, conforme a moral cosmopolita, o local de nascimento de um ser humano é mero acidente ou fruto do azar, de modo que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e interesse em um sentido profundo, desapegando-se dos bens materiais desnecessários para partirem em busca de uma comunidade cosmopolita.

Tampouco se está a referir somente de um cosmopolitismo filosófico dos modernos, principalmente guiado pelo pensamento kantiano, que, de forma resumida, convidava as Nações a constituírem uma aliança dos povos em favor de um projeto de paz segundo o direito das gentes. Conforme o cosmopolitismo kantiano, a paz perpétua poderia ser alcançada a partir de três caminhos: um interno, com a existência de uma Constituição para desenvolvimento nacional; um internacional, com a formação de uma Federação de Estados livres que poria fim ao estado de guerra e de natureza global; e cosmopolítico, com base na hospitalidade universal e nas relações pacíficas para além da ordem internacional (KANT, 2020; KANT, 2010; SALDANHA, 2018).

Mas, sim, abordar um cosmopolitismo contemporâneo, surgido, notadamente, a partir do novo pacto humanitário firmado após a experiência totalitarista do século XX e do fenômeno da mundialização do Direito, com especial ênfase nas acelerações e complexidades das relações

sociais em razão do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação. Ainda, quem sabe, explorar um cosmopolitismo jurídico em virtude do duplo fenômeno da internacionalização do direito constitucional e da constitucionalização do direito internacional, considerando instituições cosmopolitas, espaços públicos cosmopolitas, normas e atores também cosmopolitas (SALDANHA, 2018).

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, testemunha-se uma ampliação e um aprimoramento de documentos e tratados internacionais que protegem os direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e textos específicos, que têm buscado proteger os direitos de grupos particulares, como migrantes, refugiados, mulheres e crianças. No entanto, essa evolução normativa enfrenta desafios e oscilações, como é o caso da interação entre os interesses nacionais e as reivindicações de caráter cosmopolita que ultrapassam as fronteiras dos Estados nacionais (BENHABIB, 2006).

De um lado, identifica-se a tensão entre a busca por autonomia e autodeterminação em nível nacional, e, por outro lado, as demandas pelo reconhecimento de direitos universais e universalizáveis. A abordagem das iterações democráticas é vista como a forma necessária de convergência entre as aspirações e normas cosmopolitas e os processos de deliberação em contextos nacionais, que serão os destinatários dos resultados de processos globais (BENHABIB, 2006). A cooperação e a solidariedade transnacional tornam-se valores fundamentais para legitimar o cosmopolitismo contemporâneo.

Na perspectiva cosmopolita, as iterações democráticas representam uma profunda modificação na comunidade global, refletindo a emergência de novos códigos comunicativos e novos atores que transcendem as fronteiras nacionais e locais. O fenômeno da mundialização e os processos de cooperação transnacionais apresentam um desafio significativo no que concerne à necessidade premente de conciliar os princípios universalistas dos direitos humanos com as necessidades particulares e concretas de indivíduos e grupos que se conectam através de laços religiosos, linguísticos, étnicos e culturais (SALDANHA, 2018).

Necessário, pois, modificar o modo de compreender o mundo contemporâneo, conectado de diferentes modos, reestruturando, ainda que conceitualmente, tradicionais noções sobre o Estado e Direito. Nesse contexto, a “primeira modernidade”, relativa às sociedades individuais nacionais ordenadas, deve ser superada pela “segunda modernidade”, caracterizada pelas formas de vida transnacionais, já que a proteção e a blindagem dos nacionalismos individuais contra o global não é mais suficiente e pode acabar violando direitos e garantias individuais e coletivas (BECK, 2004, p. 10-15).

Trata-se de uma "empatia cosmopolita ou compaixão cosmopolita" (BECK, 2004, p. 15), a fim de que fazer com que a humanidade queira agir contra as mais variadas injustiças e violências contra os direitos humanos, inclusive surgidos ou desenvolvidos nesse novo paradigma social, alicerçado pelas tecnologias de informação e comunicação. Assim, "os movimentos das organizações internacionais humanitárias, somados aos das redes sociais que colorem o espaço virtual deste início de século, representam essa empatia global que se choca com o nacionalismo metodológico e excludente" (SALDANHA, 2018, p. 80).

A mirada cosmopolita, que não substitui a empatia nacional, mas complementa a visão mundial, pode ser fundamentada em cinco expressões: experiência de crises globais da sociedade mundial (vide pandemia de COVID-19), reconhecimento das diferenças da sociedade mundial e preocupação com a alteridade, empatia cosmopolita e mudança de perspectiva, (im)possibilidade de viver em uma sociedade mundial sem fronteiras e mistura entre culturas e tradições locais, nacionais, étnicas, religiosas e cosmopolitas (BECK, 2004, p. 17; SALDANHA, 2018, p. 80).

O marco teórico do cosmopolitismo não desconsidera a interconexão entre o local e o global. Em vez disso, defende a importância da imaginação dialógica, reconhecendo que o global está intrinsecamente vinculado ao local e vice-versa, já que ambos formam um conjunto de propriedades que não se excluem, mas coexistem em uma interdependência significativa. Beck argumenta que, diante do "cosmopolitismo subalterno", reconhece-se a interconexão entre o local e o global, entendendo que o Direito não pode ser limitado por fronteiras nacionais e há uma necessidade de ações e responsabilidades compartilhadas em relação aos problemas globais (BECK, 1999; BECK, 2004).

O cosmopolitismo jurídico requer o estabelecimento de instituições e ferramentas legais que possam interagir com questões globais, como direitos humanos, proteção ambiental e justiça social. Assim, o cosmopolitismo não busca eliminar as diferenças culturais e identidades locais, mas reconhecer a interdependência e buscar uma coexistência pacífica e justa entre diferentes perspectivas, sendo, portanto, uma abordagem necessária para enfrentar os desafios globais.

Por sua vez, Nussbaum fundamenta uma perspectiva de desenvolvimento humano cosmopolita, baseado na promoção das capacidades humanas básicas, inclusive em escala global (NUSSBAUM, 2020). Dessa forma, deve-se garantir o desenvolvimento das capacidades humanas básicas, tais como vida saudável, educação, participação política, liberdade de expressão, entre outras, que devem ser asseguradas a todos os seres humanos, independentemente de suas origens ou conformações nacionais, inspirada no pensamento

estoico que a nacionalidade é fruto do acaso, em reconhecimento de verdadeiros cidadãos do mundo.

Atentando-se para o objeto do presente trabalho, percebe-se que a temática da privacidade e da proteção de dados pessoais é uma questão global, que, de igual modo, precisa de soluções globais – ou cosmopolitas. Ora, os dados comportamentais e os dados pessoais dos usuários se tornam ativos de vigilância e geram receitas de toda sorte para os agentes de tratamento; os fluxos transfronteiriços de dados são pressupostos necessários no mercado de consumo globalizado e na economia digital; a internet e, em especial, as redes sociais, principais espaços para mineração de dados, são compartilhados globalmente, de modo que a informação e a comunicação é global; a *googlelização*, *facebookzação* e a *tiktokzação* de tudo homogeneíza e pasteuriza as relações sociais em diferentes lugares, coletando cada vez mais e mais dados; as *big techs* superam os limites territoriais nacionais e se volvem atores globais, inclusive mais ricos que muitos países, aplicando termos e condições – no horizonte, contratos de adesão – a bilhões de pessoas, alterando profundamente a compreensão e a significação dos fenômenos, dentre outros.

Além disso, as normas jurídicas e técnicas sobre privacidade vão se encaixando numa rede complexa de instrumentos regulatórios. A União Europeia publica, em 2016, um Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais diretamente aplicável nos Estados-membros, sem necessidade de transposição por norma nacional; ademais, o RGPD estabelece, dentre os requisitos para ocorrer o fluxo transfronteiriço de dados pessoais, a necessidade de decisão de nível adequado de proteção de dados, que compete à Comissão Europeia, fazendo com que diversos países se inspirem no modelo europeu para criação ou atualização de normas de privacidade, tais como o Brasil, Argentina, Uruguai, Nova Zelândia, Japão e, inclusive China.

Para conceder o nível de adequação, a Comissão Europeia analisa, dentre outros elementos, o primado do Estado de Direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor e sua aplicação, as medidas de segurança, a jurisprudência, bem como os direitos e recursos para o titulares dos dados; ainda, verifica a existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controle independentes, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados; e, também, os compromissos internacionais assumidos pelo país ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, assim como a participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Nessa linha, diferentes países buscam, na União Europeia, um modelo regulatório de privacidade e acabam importando regramentos similares sobre a proteção de dados pessoais, sendo que, um em especial, gera um efeito interessante: a possibilidade de aplicação extraterritorial da legislação sobre o tema, por muitas considerarem, no âmbito de aplicação, o local da operação de tratamento, independentemente de nacionalidade ou residência do titular, da sede ou domicílio do agente de tratamento ou de localização dos dados. Desse modo, cria-se um emaranhado de leis no espaço com significados comuns a respeito da privacidade e proteção de dados pessoais.

É possível dizer, então, que, "da análise do mosaico global das relações econômicas, jurídicas e políticas, antevê-se ter o cosmopolitismo deixado de ser uma simples ideia da razão e do mundo filosófico, para constituir-se numa pura e inexorável realidade", modificando o modo de compreender e se compreender no mundo (SALDANHA, 2018, p. 79). Para tanto, fala-se em uma mirada cosmopolita, i.e., "mínima exigência para que se entenda a realidade jurídico-social e política do século em curso a partir da 'reestruturação' conceitual das tradicionais percepções sobre o Estado e sobre as formas de produção e de aplicação do Direito" (SALDANHA, 2018, p. 79).

De fato, como advertiu Mireille Delmas-Marty (2020, p.16), o mundo é cada vez mais invadido por normas sensoriais que se impõem diretamente e impedem toda a desobediência. Ela faz a pergunta lancinante: como responderemos a essas práticas aparentemente inofensivas na forma de um "conta-gotas normativo" cotidiano que nos submete a todos? A resposta que a autora nos confere é a de que necessitamos de um novo humanismo jurídico neste tempo em que estamos "desbussolados" e no qual a inovação se opõe à conservação. Mais preocupante, ainda, é que as democracias, ao permitirem o armazenamento e o cruzamento de milhões de dados, em verdade, sucumbem ao "totalitarismo doce" da sociedade de vigilância (DELMAS-MARTY, 2020, p. 17).

No contexto do Estado de vigilância e do capitalismo de vigilância, a preocupação com a proteção de dados dos usuários das redes sociotécnicas assume especial relevância, especialmente no que se refere à concretização de direitos e assunção de responsabilidades, uma vez que o tratamento de dados comportamentais e de dados pessoais afeta o livre desenvolvimento da personalidade humana e o exercício da cidadania (vide efeitos nos processos eleitorais, por exemplo). Porém, levando em conta o totalitarismo digital global, não há respostas jurídicas unicamente na dimensão nacional, devendo-se considerar que "o reconhecimento da dimensão cosmopolita a determinadas normas é pressuposto para a proteção

os direitos na esfera global, independentemente da vinculação dos indivíduos ao território ou a qualquer conformação nacional" (SALDANHA, 2018, p. 119).

O direito à hospitalidade universal, sem ignorar sua importância nos fluxos migratórios e nos conflitos bélicos, tampouco tentar revolucionar ou superar o conceito inspirado no pensamento kantiano, pode ser revisitado no contexto da proteção de dados. Quer dizer, se o tratamento de dados pessoais é condição de possibilidade para o exercício da cidadania, para o livre desenvolvimento da personalidade humana e para mover a nova ordem econômica global, sem desconsiderar as severas críticas ao vigilantismo, o direito à proteção de dados (não somente pessoais) caminha em sentido cosmopolita, tutelando-se, de um lado, o titular, independentemente de nacionalidade ou localização, e, do outro lado, os dados pessoais, onde quer que tenham sido coletados, para onde transferidos, com quem compartilhados ou onde se localize o titular.

Reconhece-se o avanço de algumas legislações sobre a temática da proteção de dados pessoais em um sentido mundializado. O Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um agente de tratamento situado no território comunitário, independentemente de a operação ocorrer dentro ou fora, bem como ao processamento de dados pessoais de titulares residente da União Europeia, ainda que o controlador ou operador não esteja estabelecido naquele contexto (UNIÃO EUROPEIA, 2016). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil, por sua vez, também se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que o tratamento seja realizado no território nacional, ou tenha por objetivo ofertar bens ou serviços a indivíduos aqui localizados ou que os dados pessoais sejam coletados no espaço brasileiro (BRASIL, 2018).

O direito à proteção dos dados pessoais, em uma perspectiva global e atual, revela o fenômeno da fragmentação constitucional e o surgimento de normas transconstitucionais (TEUBNER, 2020). Isso ocorre porque o tratamento de dados pessoais não se limita a fronteiras físicas, graças às tecnologias de informação e comunicação, especialmente a internet. Portanto, diversas normas de proteção são estabelecidas por diferentes atores sociais em vários processos constitucionais, em diferentes comunidades políticas, com influências variadas de outros sistemas sociais. Essa complexidade vai além das fronteiras nacionais e desafia a concepção de um constitucionalismo digital e uma abordagem cosmopolita.

Há, portanto, um caráter transnacional e humanista, visto que as legislações nacionais têm aplicação além das fronteiras territoriais e precisam se adequar a padrões comunitários,

internacionais e técnicos para permitir o fluxo internacional de dados. Além disso, os agentes que tratam esses dados se conformam às normas técnicas de atores privados internacionais, e os titulares estão vinculados a termos e condições globais, inclusive de instituições privadas. Como resultado, existe uma complexa rede de normas constitucionais fragmentadas relacionadas à privacidade e proteção de dados pessoais, todas com o objetivo de garantir a segurança do titular dos dados, independentemente da conformidade nacional.

Desde o projeto jurídico de Kant, que remonta ao passado distante, até os marcos normativos internacionais que surgiram ao longo do século XX, o século atual requer mais do que apenas regulamentações nacionais ou as tradicionais do direito internacional, frente aos desafios da sociedade mundializada, inclusive mediada pelas tecnologias de informação e comunicação. Nesse caminho, para além da construção comum da esfera pública, "o cosmopolitismo jurídico se caracteriza por trazer como elemento primordial a necessidade de proteção dos indivíduos, dos grupos, dos animais não humanos e da natureza em suas relações com os estados no plano mundializado" (SALDANHA, 2018, p. 137).

Não se desconhece os desafios e conflitos de implementação de cosmopolíticas, mas esse novo paradigma social pode ser entendido como uma visão holística do mundo, que "concebe o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas, e reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza" (CAPRA, 1996, p. 16). O cosmopolitismo jurídico pressupõe uma solidariedade planetária, como expressão maior de um humanismo de interdependência, diante do horizonte da mundialização e do inevitável destino comum (SALDANHA, 2018).

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se insere dentro de um cenário desafiante de buscar caminhos ou criar soluções para problemas globais e complexos, especialmente a partir do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e do fenômeno da mundialização. Dessa forma, o problema da presente pesquisa questionava em que medida a mirada cosmopolita pode contribuir com a compreensão do fenômeno da mundialização da privacidade no século XXI e da necessidade de regulação do direito à proteção de dados pessoais, no contexto do capitalismo de vigilância.

Percebe-se, então, o recrudescimento das práticas de vigilância pelo Estado e pelas entidades privadas, de modo que a descoberta do superávit comportamental, da exaustão de

dados e do imperativo de predição forjaram uma nova lógica econômica de produção – o capitalismo de vigilância. Nesse contexto, a privacidade acabou ressignificada em favor de um direito à proteção de dados pessoais, que fez eclodir um emaranhado complexo de normas jurídicas e técnicas de regulação do tema, desafiando, ainda, proteções coletivas em favor dos titulares de dados.

Por sua vez, a mundialização do direito à proteção de dados pessoais e a eminente necessidade de soluções globais, considerando que o capitalismo de vigilância, em razão da perversa lógica de tratamento de dados dos titulares, desafia tutelas coletivas sobre o tema. Isso porque a proteção dos dados dos usuários está intimamente ligada ao livre desenvolvimento da personalidade humana e ao exercício da cidadania, que, contudo, diante das práticas de vigilância, não encontra resposta única na dimensão nacional.

Nesse sentido, o cosmopolitismo jurídico, na defesa dos direitos e interesses dos indivíduos independentemente da vinculação a território ou conformação nacional, pode auxiliar na pavimentação de caminhos para a tutela global dos titulares de dados. O cosmopolitismo jurídico pode ser um elemento especial na discussão de um projeto global de proteção de dados pessoais, ou pelo menos, sobre a necessidade de cooperação e coordenação regulatória internacional, a fim de tutelar o direito à privacidade, independentemente do lugar da coleta ou do tratamento, da nacionalidade do titular ou do agente de tratamento, porquanto a tutela do direito à proteção de dados pessoais está intrinsecamente conectada ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Assim, a mirada cosmopolita pode contribuir para a compreensão e para a refundação da privacidade no século XXI, a partir de uma ética cosmopolita, de uma solidariedade planetária e de um humanismo de interdependência, em razão dos nefastos perigos do capitalismo de vigilância. Por oportuno, não se olvida que tais questões assumem cada vez maior relevância considerando o horizonte de tratamento de dados pela inteligência artificial e a crise do antropoceno diante do advento do pós-humano.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer***:** o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz.* Barcelona: Paidós, 2004.

BECK, Ulrich. *O que é a globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENHABIB, Seyla. *Another cosmopolitanism.* Oxford: Oxford Press, 2006.

BOURG, Dominique. *Le marché contre l'humanité*. Paris: PUF, 2019.

BRADFORD, Anu. The Brussels Effect. In: *NorthWestern University Law Review*, v. 107, n. 1, p. 1-68, 2012. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRANDEIS, Louis. WARREN, Samuel. The right to privacy. In: *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, dez., 1890. Disponível em: http://faculty.uml.edu/sgallagher/brandeisprivacy.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.393, Decisão em Medida Cautelar *ad referendum*. Relatora: Minª. Rosa Weber. Brasília, DF, 24 de abril de 2020. *Diário de Justiça Eletrônica*. Brasília, 27 abr. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRUNO, Fernanda. Mapas de crime: vigilância distribuída e participação na cibercultura. In: *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*, Brasília, v.12, n. 2, p. 1/-16, maio/ago. 2009. Disponível em: http://www.e-compos.org.br/e-compos/article/viewFile/409/352. Acesso em: 10 abr. 2023.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da vida:* uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação*: economia, sociedade e cultura, vol. 3. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção nº 108, do Conselho da Europa, para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais*. Estrasburgo: Conselho da Europa, 1981. Disponível em: https://rm.coe.int/1680078b37. Acesso em: 10 abr. 2023.

COSTA JR. Paulo José da. *O direito de estar só:* tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Une boussole des possibles: g*ouvernance mondiale et humanismes juridiques. Paris: Collège de France, 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. In: *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-110, jul./dez. 2011. Disponível em:

https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315. Acesso em: 10 abr. 2023.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade***:** curso no Collège de France (1975-1976). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito*: governar por standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GNOATTON, Letícia Mulinari. *A conformidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados aos critérios exigidos pela União Europeia para a concessão de decisão de adequação ao Brasil nos termos do Regulamento Geral de Proteção de Dados.* 2021. 183 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: https://tede.ufsc.br/teses/PDPC1536-D.pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

GREENWALD, Gleen. *Sem lugar para se esconder*: Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Rio de Janeiro: Sextante, 2014.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos regulatórios para proteção de dados pessoais. In: BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara de (Org.). *Privacidade em perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 85-110.

ISO. *ISO/IEC 27001:2013*. Information technology — Security techniques — Information security management systems — Requirements. Genebra: International Organization for Standardization, 2013.

ISO. *ISO/IEC 27701:2019*. Security techniques — Extension to ISO/IEC 27001 and ISO/IEC 27002 for privacy information management — Requirements and guidelines. Genebra: International Organization for Standardization, 2019.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*: um projeto filosófico. Petrópolis: Vozes, 2020.

KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão:* decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016, p. 55-63. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4f4eb811-9fa5-baeb-c4ce-996458b70230&groupId=268877. Acesso em: 10 abr. 2023.

MAYER-SCÖNBERGER. General development of data protection in Europe. In: AGRE, Phillip; ROTENBERG, Marc (Org.). *Technology and privacy*: The new landscape. Cambridge: MIT Press, 1997.

MBEMBE, Achille. *La communauté terrestre.* Paris: La Découverte, 2023.

NUSSBAUM, Martha. *La tradición cosmopolita:* un noble e imperfecto ideal. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2020

OCDE. *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.* Paris: OCDE, 1980. Disponível em: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos en la sociedad tecnológica***.** Madrid: Editorial Universitas, S.A., 2012.

PESSOA, João Pedro Seefeldt. "*Verás que um filho teu não foge à luta":* a contravigilância na sociedade em rede e a nova ação conectiva dos movimentos sociais do século XXI. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: https://www.editorafi.org/102luta. Acesso em: 10 abr. 2023.

PESSOA, João Pedro Seefeldt. *O Efeito Orwell na sociedade em rede*: cibersegurança, regime global de vigilância social e direito à privacidade no século XXI. Porto Alegre: Fi, 2020. Disponível em: https://www.editorafi.org/073orwell. Acesso em: 10 abr. 2023.

PRIVACIDADE hackeada. Direção de Karim Amer; Jehane Noujaim. [S.L]: The Othrs; Netflix, 2019. (113 min.), son., color. Legendado.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância:* a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados:* vigilância, privacidade e regulação. Rio de Janeiro: Renovar, 2021.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha. *Cosmopolitismo jurídico:* teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do "Império Cibernético" na era da aceleração e da informação: Um "sexto" continente de liberdade perfeita ou de controle perfeito. In: TYBUSH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da. (Org.). *Direitos emergentes na sociedade global:* anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013, pp. 173-220.

SARLET, Ingo. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: DONEDA, Danilo (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais.* Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. 2 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000*. Niza: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 10 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas).* Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2002. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058. Acesso em: 10 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.* Luxemburgo: Jornal Oficial da União Europeia, 1995. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046. Acesso em: 10 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações.* Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 1997. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0066. Acesso em: 10 abr. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).* Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32016R0679. Acesso em: 10 abr. 2023.

VAIDHYANATHAN, Siva. *A googlelização de tudo (e por que devemos nos preocupar):* a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual. São Paulo: Cultrix, 2011.

VÉLIZ, Carissa. *Privacidade é poder:* por que e como você deveria retomar o controle de seus dados. São Paulo: Contracorrente, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância.* Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. Un capitalisme de surveillance. Disponível em: https://www.monde-diplomatique.fr/2019/01/ZUBOFF/59443. Acesso em: 18 abr. 2023.

Submissão: 14/06/2023. Aprovação: 08/08/2023.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NA BOLÍVIA: UMA ANÁLISE DE ASPECTOS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA ESTERILIZAÇÃO DE MULHERES A PARTIR DA PERSPECTIVA DA BIOPOLÍTICA

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN BOLIVIA: UN ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE PLANIFICACIÓN FAMILIAR Y ESTERILIZACIÓN DE LAS MUJERES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA BIOPOLÍTICA

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth[1]
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Fernanda Lavínia Birck Schubert[2]
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Joice Graciele Nielsson[3]
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Resumo:
O artigo busca, a partir da perspectiva da biopolítica, analisar aspectos do controle reprodutivo executado na Bolívia, especialmente, por meio de planejamentos familiares e esterilizações, e a forma como essas práticas podem afetar a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais e a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais de meninas e mulheres do país por meio de uma atuação estatal seletiva. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: como o arcabouço jurídico e as políticas públicas promovidas na Bolívia propiciaram/propiciam práticas de controle reprodutivo sobre os corpos femininos? Com base nos dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema, a hipótese levantada é que o arcabouço jurídico boliviano e as políticas públicas desempenhadas no país fazem com que o controle reprodutivo recaia sobre mulheres pobres, minorias nacionais ou étnicas, ou mulheres com deficiência, reforçando um estereótipo acerca do papel inerentemente reprodutivo e sua incapacidade de elas decidirem sobre sua saúde sexual e reprodutiva. O objetivo geral do texto consiste em analisar as disposições legislativas bolivianas que datam do final do século XX até a atualidade, as políticas públicas desenvolvidas e os debates recentes que estejam relacionadas ao controle reprodutivo das mulheres. Os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) Contextualizar, a partir da perspectiva biopolítica, fenômenos como o uso de pílulas anticoncepcionais, a realização de esterilizações forçada de mulheres, o planejamento familiar, que podem ser interpretados como formas de controle biopolítico e de atuação estatal seletiva que suprime de - algumas - mulheres a liberdade de decidirem ter ou não filhos/as. b) Identificar o arcabouço jurídico e o corpo de políticas públicas que regularam o fenômeno do controle reprodutivo realizado na Bolívia na segunda metade do século

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

[2] Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ com bolsa PROSUC/CAPES. Pós-graduanda em Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito. Bacharela em Direito pela Unicruz.

[3] Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS-FURB (2016), possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010) e Mestrado em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

XX, até o momento em que I.V. foi vítima de uma esterilização forçada no Hospital de la Mujer em La Paz, capital boliviana; c) Investigar a maneira como se deu a condenação da Bolívia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso I.V. vs. Bolívia, assim como repercussão dessa condenação no âmbito interno do país. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.
Palavras-chave:
Direitos Sexuais. Direitos Reprodutivos. Biopolítica. Bolívia.

Resumen:
El artículo busca, desde la perspectiva de la biopolítica, analizar aspectos del control reproductivo que se realiza en Bolivia, especialmente a través de la planificación familiar y de las esterilizaciones, y cómo estas prácticas pueden haber afectado la dignidad humana, los derechos humanos y fundamentales y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las niñas y mujeres del país a través de la acción estatal selectiva. El problema que guía la investigación se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿cómo el marco legal y las políticas públicas promovidas en Bolivia proporcionaron/ proporcionan prácticas de control reproductivo sobre los cuerpos femeninos? Con base en los datos recolectados de un conjunto de investigaciones realizadas sobre el tema, la hipótesis planteada es que el marco legal boliviano y las políticas públicas que se llevan a cabo en el país hacen que el control reproductivo recaiga sobre mujeres pobres, minorías nacionales o étnicas, o mujeres con discapacidad, reforzando un estereotipo sobre su función inherentemente reproductiva y su incapacidad para tomar decisiones sobre su salud sexual y reproductiva. El objetivo general del texto es analizar las disposiciones legislativas bolivianas desde fines del siglo XX hasta la actualidad, las políticas públicas desarrolladas y los recientes debates relacionados con el control reproductivo de la mujer. Los objetivos específicos del texto, que se reflejan en su estructura en tres apartados, son: a) Contextualizar, desde una perspectiva biopolítica, los fenómenos de esterilización forzada de las mujeres y planificación familiar en América Latina, que pueden ser interpretados como formas de acción estatal selectiva que suprime la libertad de - algunas - mujeres para decidir si desean tener hijos. b) Identificar el marco legal y el cuerpo de políticas públicas que reguló el fenómeno de control reproductivo realizado en Bolivia en la segunda mitad del siglo XX, hasta el momento en que I.V. fue víctima de una esterilización forzada en el Hospital de la Mujer en La Paz, capital de Bolivia; c) Investigar la forma en que Bolivia fue sentenciada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso I.V. x Bolivia, así como la repercusión de esta condena dentro del país. El método de investigación utilizado fue el hipotético-deductivo, mediante el uso de técnica de investigación bibliográfica y documental.
Palabras clave:
Derechos sexuales. Derechos reproductivos. Biopolítica. Bolivia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo pretende, a partir da perspectiva da biopolítica, analisar aspectos do controle reprodutivo executado na Bolívia, especialmente, por meio de planejamentos familiares e esterilizações, e a forma como essas práticas podem afetar a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais e a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais de meninas e mulheres do país por meio de uma atuação estatal seletiva. Trata-se de tema que apresenta especial relevância, uma vez que os corpos das mulheres permanecem sendo alvo de políticas de planejamento familiar e de anticoncepção direcionadas à seleção eugênica.

O artigo foi construído tendo por problema de pesquisa a seguinte pergunta: como o arcabouço jurídico e as políticas públicas promovidas na Bolívia propiciaram/propiciam práticas de controle reprodutivo sobre os corpos femininos? Como hipótese inicial, levando-se em consideração os dados levantados a partir de um conjunto de pesquisas realizadas sobre o tema, refletidas na bibliografia que dá sustentação ao presente estudo, torna-se possível afirmar

que a Bolívia propicia práticas irreversíveis de controle reprodutivo, como a esterilização cirúrgica, por meio de seu sistema de saúde ou entidades conveniadas, como se fossem métodos de anticoncepção.

Como objetivo geral, a pesquisa busca analisar as disposições legislativas bolivianas que datam do final do século XX até a atualidade, as políticas públicas desenvolvidas e os debates recentes que estejam relacionadas ao controle reprodutivo das mulheres. Para dar concretude ao objetivo geral, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em três seções, são: a) contextualizar, a partir da perspectiva biopolítica, fenômenos como o uso de pílulas anticoncepcionais, a realização de esterilizações forçada de mulheres, o planejamento familiar, que podem ser interpretados como formas de controle biopolítico e de atuação estatal seletiva que suprime de - algumas - mulheres a liberdade de decidirem ter ou não filhos/as; b) identificar o arcabouço jurídico e o corpo de políticas públicas que regularam o fenômeno do controle reprodutivo realizado na Bolívia na segunda metade do século XX, até o momento em que I.V. foi vítima de uma esterilização forçada no Hospital de la Mujer em La Paz, capital boliviana; c) investigar a maneira como se deu a condenação da Bolívia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso I.V. vs. Bolívia, assim como repercussão dessa condenação no âmbito interno do país.

O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

1 TÉCNICAS DE CONTROLE REPRODUTIVO E PLANEJAMENTO FAMILIAR: a instrumentalização biopolítica do corpo feminino

A abordagem de políticas populacionais foi feita, pela primeira vez, por Thomas Malthus, em 1798, que atribuiu à própria população a causa que impedia seu desenvolvimento socioeconômico. Desde então, o assunto passou a ser debatido a partir de diversos vieses, permeado por controvérsias e acompanhado por tabus e disputas ideológicas, como no contexto da Guerra Fria, em que, de um lado, se defendia o controle de natalidade, e, de outro, a política desenvolvimentista (ALVES, 2004).

A partir de uma perspectiva tradicional, as políticas populacionais podem ser compreendidas como uma série de medidas que são destinadas à modificação do estado da população, especialmente no que se refere ao volume, à distribuição e à densidade dentro de um dado território, assim como a aspectos qualitativos e quantitativos de uma atividade específica que desempenha (ALVES, 2006). Para Camargo (1982, p. 86), as políticas populacionais "[...] correspondem a intenções e ações do Estado e de instituições variadas

visando a alterar, em um dado momento do tempo, as tendências dos fatores demográficos dinâmicos e influenciar, desta maneira, o número, a composição e a distribuição da população".

A dinâmica demográfica a que se referem as políticas populacionais está relacionada aos elementos da mortalidade, da natalidade e da migração (ALVES, 2006). Dentre esses componentes, o presente trabalho traz destaque à natalidade, que está relacionada ao número de nascidos vivos e à população total de um dado território. Os conceitos de política populacional, controle de natalidade e planejamento familiar, apesar de estarem relacionados, não são sinônimos. O planejamento familiar está ligado à "[...] idade do casamento e do primeiro filho, espaçamento das gestações, terminação da parturição e métodos de concepção e contracepção", como explica Alves (2004, p. 20). Apesar da distinção conceitual, todos estão interrelacionados, e podem ser utilizados como uma forma coercitiva de retirada de direitos e de controle sobre os corpos, já que as ações e os discursos políticos não estão isentos de percepções doutrinárias e ideológicas (CAMARGO, 1986).

Muitas políticas populacionais impediram as mulheres de exercerem o controle sobre o próprio corpo e, em função disso, o século XX foi marcado pela sua atuação na luta pelos direitos sexuais e reprodutivos, que buscavam combater estruturas seculares de dominação e subordinação de mulheres e de controle sobre seus corpos, contruídas por um imbricamento de "[...] instituições patriarcais: a família, sistemas de saúde, comunidades religiosas, sistemas jurídicos e Estados", como explica Wichterich (2015, p. 17). Concomitantemente a isso, no entanto, puderam ser vislumbradas diversas condutas estatais que tiveram o intuito de manutenção das mulheres num estado biopolítico e, por consequência, do controle sobre suas vidas, bem como, da regulação sobre a reprodução, a fertilidade e a mortalidade. Nielsson (2020, p. 332) evidencia a ambiguidade que permeia esse assunto:

> [...] na consolidação dos direitos reprodutivos, embora se enfatize a não interferência do Estado, sua realização, paradoxalmente implica na demanda de políticas públicas promovidas pelo próprio Estado. Há uma retórica que requer a liberdade e autodeterminação individual sexual e reprodutiva que, para ser implementada, demanda serviços e políticas públicas por parte do Estado, seja pela via legislativa, na promoção de serviços públicos, ou na via judiciária. É nesta ambivalência que as técnicas biopolíticas operam, tomando o corpo biológico nos seus cálculos do poder, e o dispositivo da reprodutividade realiza, pela gestão dos direitos reprodutivos, a tomada e gestão do útero.

Como exemplo da atuação estatal direcionada à gestão dos direitos sexuais e reprodutivos, é possível mencionar as políticas internacionais voltadas à redução da população mundial desenvolvidas a partir da década de 1960, que incentivavam o uso de contraceptivos modernos na região que denominavam de terceiro mundo (na qual se incluía a América Latina),

como as pílulas anticoncepcionais[4]. O incentivo a esse novo método contraceptivo vinha acompanhado de notícias sensacionalistas sobre o risco do aumento populacional no mundo[5] e, na América Latina, esteve diretamente relacionado à Revolução Cubana de 1959, momento a partir do qual os países latino-americanos passaram a ser considerados como campos férteis para revoluções (PEDRO, 2003). Diante desse contexto, é possível dizer que a sua adoção foi impulsionada, seguramente, por interesses políticos e econômicos (WICHTERICH, 2015).

Essa suposta propensão revolucionária justificou a criação de diversas organizações que, em tese, eram destinadas a auxiliar os países latino-americanos. Como contraprestação a esse auxílio, os países do sul deveriam criar ou se submeter a programas com o objetivo de reduzir o crescimento de suas populações, sendo que muitos desses programas eram capitaneados por "[...] órgãos das Nações Unidas, em particular, por seu Fundo de População UNFPA, o Banco Mundial e a USAID, que foram apoiadas pela Fundação Rockfeller e pela Fundação Ford [...]", como lembra Wichterich (2015, p. 25).

É importante evidenciar, também, a atuação dos Corpos de Paz norte-americanos. Eles estiveram presentes em 88 países do sul global e foram responsáveis pela realização de esterilizações massivas de determinados grupos tidos como inferiores, como portadores/as de doenças hereditárias, doentes mentais, deficientes físicos, negros/as, indígenas. Jaramillo, Carpio e Rodas (2013, p. 4) salientam que "[…] muchos gobiernos […] no sólo que no se opusieron a ellas, sino que las propiciaron e incluso las encubrieron, de tal manera que no existen datos fidedignos acerca de sus reales repercusiones".

A Bolívia foi um dos países em que os Corpos de Paz promoveram esterilizações forçadas de mulheres campesinas em meados da década de 1960. A denúncia dessa prática abusiva e genocida foi feita por meio do filme *Yawar Mallku* (*Sangre de Cóndor*), dirigido por

[4] Por outro lado, na Europa, os Estados criavam políticas natalistas com o fim das guerras mundiais, e o uso de pílulas anticoncepcionais levou, em geral, mais tempo para ser autorizado (PEDRO, 2003).

[5] Como exemplo, é possível referir o que foi noticiado na Revista *Seleções*, no Brasil, na sua edição de abril de 1960, "num artigo intitulado 'Gente Demais! Que Fazer?', informava que dali a 40 anos, ou seja, no ano 2000, o mundo teria 8 bilhões de pessoas e, dessas, 70% seriam afro-asiáticas. A razão disso, informavam, era a redução da mortalidade infantil, bem como o aumento da longevidade. No mesmo artigo eram anunciadas as experiências dos doutores Gregory Pincus e John Rock, os quais desde 1956 estavam experimentando os contraceptivos hormonais em mulheres do Haiti e de Porto Rico, chamados no artigo da revista de 'campos de prova'. Dizia também que o medicamento era muito recente para se poder assegurar qualquer promessa de eficácia; que ainda era muito caro e que se registraram, nas mulheres que o experimentaram, queixas de 'efeitos secundários desagradáveis como náusea, dor de cabeça e tonturas'. Entretanto — afirmava o autor —, diante do perigo do crescimento demográfico, 'até mesmo um recurso anticoncepcional que não seja infalível poderá ter virtualmente importância nos países que mais crescem demograficamente'", como lembra Pedro (2003, p. 241). Assim, o uso de métodos contraceptivos inovadores foi incentivado mesmo diante do enorme risco que eles representavam à saúde das mulheres.

Jorge Sanjinés e estreado em 1969[6]. A repercussão do filme e a pressão popular resultaram na expulsão, no ano de 1970, do Corpo de Paz do território boliviano, assim como de outros 40 países onde atuavam (JARAMILLO; CARPIO; RODAS, 2013).

Outro caso de esterilização forçada massiva que ganhou notoriedade a partir de denúncias realizadas pela ativista Giulia Tamoyo aconteceu no Peru, entre os anos de 1996 a 2000. À época, foram esterilizadas 272.028 mulheres peruanas, cuja maioria residia no meio rural, e outras 18 acabaram mortas no procedimento ou em decorrência dele. Entre as zonas mais afetadas estavam Huancavelica, Piura, Ayacucho, Cusco, Apurímac, La Libertad, Puno, San Martín y Cajamarca, especialmente nas zonas de extrema pobreza. Ballón Gutiérrez (2014, p. 5) explica que

> La "información" que recibían las mujeres por parte de los profesionales de la salud eran muchas veces incomprensibles para las poblaciones que no hablaban castellano (poblaciones de habla quechua y aymara) o no se usaba ni explicaba el término "esterilización" sino el de "Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria" (AQV). Las personas que se sometían o que eran sometidas a la fuerza, no conocían los alcances de esta operación.

Como se pode perceber, as esterilizações não eram – ou não são – destinadas a populações tidas como desenvolvidas ou a pessoas saudáveis, mas sim, executadas sobre grupos marginalizados, cujos principais destinatários eram os corpos de mulheres rotuladas como passivas e oprimidas, e cujo "[...] descontrole da fertilidade [era] tido como um indicador de sociedades tradicionais, 'atrasadas'", nas palavras de Wichterich (2015, p. 26). Biroli (2016) salienta que essas práticas de transformação dos corpos das mulheres em objeto de intervenção foram pautadas na eugenia[7], no racismo e na busca do controle social da pobreza.

---

[6] O filme *Yawar Mallku* se passa na comunidade de Kaata, localizada a cerca de 400 quilômetros de La Paz, na Bolívia. O protagonista é Ignácio, um homem que perdeu três filhos e, já no início da trama, manifesta o desejo de não morrer sozinho. Ele e a esposa, Paulina, tentam ter outro filho, e, como não conseguem, buscam respostas diante do espírito da *montaña poderosa*, momento a partir do qual descobrem que Paulina não pode mais ter filhos, o que também aconteceu com outras mulheres da comunidade. No decorrer das cenas, começam a surgir rumores de que a infertilidade das mulheres estaria vinculada à presença dos Corpos de Paz, cujos médicos realizavam atendimentos na comunidade (JARAMILLO; CARPIO; RODAS, 2013). Além das denúncias realizadas, o filme dirigido por Jorge Sanjínes é marcado pela participação maciça da comunidade boliviana, "[…] un cine con las comunidades a través del cual no solo las poblaciones se sientan identificadas y representadas, sino que alcance un nivel disruptivo tanto en la cultura occidental como en la cultura indígena. Un trabajo de mixtura con occidente. Un trabajo en comunidad con las comunidades", como salientam Juan e Pellegrino (2009, p. 5).

[7] O termo Eugenia foi criado no final do século XIX por Francis Galton, tendo se consolidado em meio a discursos raciais. Sua ideia central era aplicar o controle do cruzamento seletivo à espécie humana, para que fosse possível, a partir da escolha, transmissão ou interdição de características de um indivíduo, "[...] obter um número cada vez maior de sujeitos com características superiores" (SILVA, 2015, p. 236), baseando-se, sobretudo, em aspectos étnico-raciais. Para tanto, foram adotadas diversas intervenções políticas para inserir as proposições ditas científicas na sociedade, como feito na Alemanha, nos Estados Unidos e na Argentina (SILVA, 2015). Cabe destacar que as políticas eugenistas sempre estiveram atreladas às hierarquias de gênero, sendo que diversos projetos estiveram centrados essencialmente na feminilidade e na maternidade:"Às mulheres, a beleza como obrigação era evidenciada por representantes femininas indolentes e vulgares, cujos corpos obesos eram descritos

Essas políticas de contracepção e de esterilização forçada revelam a eleição da reprodutividade[8] como um instrumento que, ao mesmo tempo em que gerencia e manipula a vida de populações, exerce a disciplina sobre os corpos das mulheres, que são sujeitas destinadas à procriação (ou não, a depender do grupo de que estiver sendo analisado). Esse quadro torna possível o aprofundamento do tema a partir da ótica da biopolítica e do biopoder[9] (NIELSSON, 2020).

Na obra de Michel Foucault (2008; 2010), as categorias biopolítica e biopoder são utilizadas, em seus estudos sobre a governamentalidade, para abarcar a questão que envolve a normalização biológica dos seres humanos. Por biopolítica, Foucault (2008) designa o movimento, verificado a partir do final século XVIII, que faz com que a vida biológica se torne objeto da política, passando a ser produzida, administrada, gerida. Este movimento opera em deslocamento de ênfase: se antes o poder soberano exercia seu direito sobre a vida na medida em que podia matar, encarnando o "direito de fazer morrer ou de deixar viver", a partir do século XIX se opera a transformação que dá lugar ao biopoder como nova modalidade de exercício do poder soberano, que agora será um "poder de 'fazer' viver e 'deixar' morrer" (FOUCAULT, 2010, p. 287).

Nestes termos, a biopolítica pode ser definida como o conjunto de técnicas e estratégias de governo voltadas para a construção de poder que orienta e controla os corpos, a saúde e a vida de uma população inteira através da regulação da reprodução, fertilidade e mortalidade e de outros fenomenos que se direcionam ao corpo coletivo da população (FOUCAULT, 2008). A aplicação destas técnicas, por sua vez, configura um biopoder institucionalizado no Estado e gerido a partir dele e de suas instituições, com a pretensão de, mais do que somente controlar a

como exemplos do que não se deveria ser. De modo semelhante, mulheres sedutoras de posse de seus truques dissimuladores de imperfeições são indicadas como vulgares e de moral duvidosa" (SILVA, 2015, p. 238). Atenção: esse não é o conceito original de eugenia, mas uma interpretação do conceito a partir de sua dimensão de gênero. Não está claro nessa citação como o gênero participa na eugenia. Caberia explicar melhor a definição de eugenia (baseada na escolha e transmissão – ou interdição – de certas características físicas/biológicas de uma população, baseadas sobretudo em origens étnico-raciais), e então melhor explicar qual é o lugar do gênero na(s) política(s) eugenista(s).

[8] A reprodutividade, conforme Nielsson (2020, p. 885), produz sujeitas que tem a incumbência "[...] de propagar a vida, mas também de propagar a morte através da transmissão reprodutiva, uma possibilidade que pressupõe a legibilidade da procriação como uma governamentalidade. Através dela e das relações de poder se que engendram no agir sobre uma população, no governo dos outros e no governo de si mesmo (FOUCAULT, 2015) [...]". Além disso, a autora ressalta que esse dispositivo atribui unicamente às mulheres o encargo da resposabilidade por futuros, raças, povos e nações.

[9] A reprodução biológica como intrumento de controle e gestão da vida e a inserção do gênero na atuação do biopoder não estão presentes na obra de Michel Foucault. Apesar disso, a utilização do arcabouço foucaultiano para compreensão do corpo reprodutivo feminino enquanto espaço de exercício de poder e de instalação da biopolítica é não somente possível, como fundamental, para "[...] a análise dos corpos em relação aos limites entre vida e morte, natureza e cultura animadas e inanimadas, humanas e desumanas [...]", como explica Nielsson (2020, p. 889).

vida humana, fazê-la produtiva. Passa-se a incluir a vida humana nos cálculos do poder, objetivando cuidar e maximizar a vida humana para que ela seja produtiva.

Bittencourt (2015, p. 227) explica que o mecanismo da biopolítica atua a partir de uma espécie de *estatização do biológico*, uma vez que o Estado realiza "[...] uma 'gestão cauculista da vida', de sujeição dos corpos e controle das populações ao eclodir nas práticas políticas a gestão da natalidade, da saúde, longevidade, sexualidade, habitação, epidemias, imigração". Dentre os recursos utilizados para tanto, a autora elenca as "[...] previsões, as estimativas, estatísticas, medições globais para intervir nos fenômenos gerais".

O biopoder surgiu no século XVIII e foi fundamental ao desenvolvimento do capitalismo e à inserção das pessoas nos processos de produção. Ele propiciou o alinhamento de "[...] fenômenos naturais como o nascimento, a reprodução e a morte, aos processos econômicos. O objetivo é controlar as consequências dos fenômenos naturais de modo que elas signifiquem ganhos econômicos", conforme explicam Wermuth e Fornasier (2015, p. 219), distribuindo a vida em domínio de valor e utilidade.

Foucault (2010) aponta que o mecanismo que permite o exercício do poder de matar em um regime de biopoder é o racismo que, além de se introduzir no domínio da vida, tem como função tornar legítima a morte do *outro* "[...] da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), [...] o que vai deixar a vida em geral mais sadia, mais sadia e mais pura" (WERMUTH; FORNASIER, 2015, p. 221). A biopolítica funciona, portanto, como um meio para assegurar a prevalência de uma camada da população e a eliminação, muitas vezes indireta, de outra parcela.

Agamben adiciona alguns elementos importantes à perspectiva foucaultiana da biopolítica[10]. Esse incremento se dá a partir da compreensão de que a vida (*zoé*) do indivíduo ou do grupo passa a se resumir, a partir da biopolítica contemporânea, à sua relevância política. Segundo explica Bittencourt (2015, p. 228), " [...] ela relega seres humanos à condição de banimento, formando uma verdadeira barreira entre os banidos e os não banidos, os que vivem uma vida 'desqualificada', e os que vivem uma vida 'qualificada'". Essa desqualificação da vida constitui o que Agamben denomina de *vida nua*, que resulta de uma produção específica de poder, que reduz a vida de uma pessoa ou um grupo ao seu status biológico, apartado de

[10] Assim como Foucault, Giorgio Agamben não assume um compromisso, em suas obras, com o lugar que as mulheres ocupam na biopolítica, sendo dissociados dos aspectos da reprodutividade. "No entanto, talvez seja essa mesma dissociação que Deutscher considera a chave de seu potencial para a teoria feminista, um potencial intrigante de operar como uma lente para repensar os termos vida, vida nua, limiar e biopolítica [...]" (NIELSSON, 2020, p. 887-888).

qualquer sentido político. A *vida nua* se configura a partir do *Homo sacer*[11], uma figura que, apesar de não poder ser morta diretamente, está permanentemente exposta à violência e, somente por meio da exceção[12], se torna sujeito político (ESTÉVEZ, 2018).

Essa exceção se constitui naquilo que Agamben denomina de *campo*, marcado pelo modo de decisão do espaço político da modernidade, no qual o Estado assume, entre suas funções, o cuidado da vida biológica da nação. A exceção, nesse sentido, se transforma na nova disposição espacial que habita a vida nua. Ele representa uma localização sem ordenamento, em que se consolida a relação entre biopolítica, poder soberano e direito. Segundo Agamben (2007, p. 182) "o sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma *localização deslocante* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas".

A partir da compreensão das formas conceituais construídas por Foucault e Agamben, é possível analisar a biopolítica a partir da imbricação do gênero[13] e da precarização da vida humana. Foucault (1988) salienta a importância do controle do sexo[14] para "[...] uma série de táticas diversas que combinam, em proporções variadas, o objetivo da disciplina do corpo e o da regulação das populações". Dentre essas táticas, é possível mencionar a histerização dos corpos das mulheres que assegurou, também, a sua medicalização[15], já que a *histeria* foi

[11] *Homo Sacer* "é uma figura do direito romano que representa uma sacralidade da vida, qual seja um homem condenado que não pode ser morto num ritual. Contudo, quem o mata não é punido por homicídio. Isto é, uma figura marcada pela matabilidade, mas pela insacrificabilidade", explica Bittencourt (2015, p. 229). Está-se diante, portanto, de uma vida matável impunemente, ainda que protegidas pelas cartas que asseguram direitos (NIELSSON, 2020).

[12] Em análise à teoria de Agamben, Gomes (2018, p. 55) explica que "a exceção seria, nesse sentido, um dispositivo típico de articulação da forma com a qual o pensamento e a cultura ocidental se estruturam [...]", constituindo-se como um *modus operandi* de poder. O estado de exceção, por sua vez, se constituiria como um "[...] paradigma decorrente da operação da exceção (arqué) na seara jurídico-política [...]", que assegura que tanto o jurídico, quanto o não jurídico integrassem o mesmo ordenamento.

[13] Diz-se *gênero* em função de a terminologia *sexo* reforçar biologicismos e dualidades entre feminino e masculino, além de retirar o caráter histórico das construções de papéis sociais de mulheres e homens. A palavra gênero, a partir da compreensão de Joan Scott, é mais apropriada por constituir-se como uma categoria que é centrada nas construções sociais sobre os corpos, fugindo dos reducionismos biológicos. Judith Butler, por outro lado, avança na discussão ao refutar a dualidade construída ao entorno do sexo, enquanto atributo biológico, e do gênero, enquanto construção social. Para esta autora, o gênero se relaciona à performance historicamente construída e atribuída a homens e mulheres, ou seja, as ações, os signos, as posturas esperadas de cada grupo (BITTENCOURT, 2015).

[14] Como se está diante de um entendimento e de uma expressão utilizada por Foucault, optou-se por manter a terminologia *sexo*, em vez de *gênero*, apesar da compreensão de que esta última seria mais adequada, pelas razões trazidas na nota de rodapé anterior.

[15] Essa medicalização pode ser vislumbrada, para além das pílulas anticoncepcionais e das esterilizações, objetos principais do artigo, nos partos cirúrgicos enquanto padrão moderno de parir, na reprodução assistida, na terapia de reposição hormonal, nos procedimentos químicos e cirúrgicos em geral. Apesar dessas intervenções serem revestidas, muitas vezes, pela justificativa de que possibilitam maior autonomia e libertação das mulheres, o que se vislumbra é que o surgimento de muitas delas teve o condão de propiciar o amoldamento das mulheres para a reestruturação produtiva. Serviram, portanto, como instrumento de promoção de utilidade dos corpos femininos na estrutura de produção, sem deixar de lado, no entanto, os espaços pré-estabelecidos para homens e mulheres, o

construída como uma patologia intrínseca ao corpo feminino, o qual, conforme Foucault (1988, p. 99),

> [...] foi posto em comunicação orgânica com o corpo social (cuja fecundidade regulada deve assegurar), com o espaço familiar (do qual deve ser elemento substancial e funcional) e com a vida das crianças (que produz e deve garantir, através de uma responsabilidade biológico-moral que dura todo o período de educação) [...].

A biopolítica, portanto, vai reger de forma distinta a vida de homens e mulheres, na medida em que se destina, não apenas a manutenção das relações de poder e das formas políticas de controle sobre a vida, mas, também, da manutenção do status de quem exerce o domínio da própria biopolítica: os homens. Acerca desse assunto, Wermuth e Nielsson (2016, p. 16) salientam que "na biopolítica, em que o sexismo estabelece a cesura entre a vida que merece viver e merece morrer, a decisão entre vida e morte do corpo feminino está entregue às mãos do soberano homem, a partir de uma estrutura patriarcal de organização da sociedade".

É sobre o corpo feminino, portanto, que recai a função enunciativa do biopoder, uma vez que a ele sempre foi atribuído um caráter territorial, que pode ser ocupado pelos homens e por eles utilizados. É esse corpo que, segundo Segato (2014), se transforma em campo próprio de ações de guerras não convencionais. Nielsson (2020, p. 890) explica que o corpo das mulheres "[...] é o espectro que carrega os signos de pertencimento, dando azo a uma espécie de crueldade funcional e pedagógica que transmite uma mensagem sacrificial de domínio disciplinar e biopolítico [...]", já que se destina não apenas ao controle do corpo individual, mas à gestão da própria espécie a partir do dispositivo da reprodutividade.

O despojamento de direitos das mulheres, que decorre das práticas das estratégias biopolíticas de controle sobre o corpo, especialmente àquelas relacionadas à reprodutividade, culminam na constituição daquilo que Nielsson (2020) denomina *hystera homo sacer*¸ que tem sua vida reduzida a uma posição hierarquicamente inferior na distinção valorativa das vidas humanas, na medida em que se transforma em mero corpo biológico (deslocado de sentido político), uma *vida nua*. Nielsson (2020, p. 892-893) explica que

> na estratégia de redução de sujeitos políticos a vidas biológicas, o útero figura como elemento biológico fundamental, tanto do corpo individual feminino, quanto do corpo da espécie, e por isso, para a gestão do poder, seu controle é fundamental. Neste paradoxo, enquanto a biopolítica significa o útero e o corpo que o detém poderoso, o dispositivo da reprodutividade controla este útero e este corpo, o impossibilita de integrar o corpo político, e o reduz a mera "vida reprodutiva".

---

que significa dizer que essa inserção feminina não as desonerou dos trabalhos privados que já desempenhavam antes (BITTENCOURT, 2015).

Pode-se dizer, portanto, que a biopolítica e os dispositivos de que ela lança mão reduzem as mulheres aos seus úteros e, a depender dos interesses que o circundam, elegem os úteros que são dignos ou úteis ao cumprimento da função social da reprodutividade, e os que são indignos ou inúteis para tanto. Essa distinção valorativa hierárquica tem influência de marcas variáveis como raça, classe, idade, nacionalidade, sexualidade[16] (NIELSSON, 2020).

A atribuição de valor à vida de cada mulher, ou a um grupo de mulheres, é influenciada, diretamente, pelo direito que, por meio de regulamentações ou de políticas públicas, legitima ou dá margem às suspensões de direitos e à redução da vida ao corpo biológico e ao dispositivo da reprodutividade. É diante desse contexto que se faz importante analisar o arcabouço jurídico e o corpo de políticas públicas que regularam o fenômeno do controle reprodutivo e da atuação biopolítica na Bolívia.

2 A INSERÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NAS CONFERÊNCIAS MUNDIAIS E NA LEGISLAÇÃO INTERNA BOLIVIANA

No intuito de analisar a maneira como se dá a atuação biopolítica dos Estados, que acontece, muitas vezes, disfarçada como políticas de planejamento familiar e de contracepção segura, este tópico analisará o arcabouço jurídico relacionado ao tema, tanto a nível global, quanto a nível do Estado da Bolívia, assim como às políticas públicas moldadas internamente ao longo da segunda metade do século XX.

O planejamento familiar foi assunto da Primeira Conferência Mundial de População, que aconteceu em Roma no ano de 1954. Nesse encontro, foi defendida a necessidade de intervenção nos países em que o crescimento populacional aumentava e, a partir de então, os países tidos como mais desenvolvidos passaram a implementá-las em seus próprios territórios e, também, em outras regiões, por meio, por exemplo, da Aliança para o Progresso e do Corpo de Paz, ambos encabeçados pelos Estados Unidos (UNFPA, 2019).

No ano de 1974[17], foi realizada, em Bucareste na Romênia, a Conferência Mundial de População, na qual foi aprovado o Primeiro Plano de Ação Mundial sobre População. Essa

[16] A influência dessas variáveis na definição das políticas pode ser vislumbrado, por exemplo, na América Latina das décadas de 1960/1970, onde foram distribuídas as primeiras pílulas anticoncepcionais (cuja eficácia ainda não havia sido devidamente comprovada) para controle da população, na Índia da década de 1990, onde foram instalados campos de esterilização forçada, assim como na China, onde, no mesmo período, instalou-se uma política de filho único. O sul global, portanto, foi marcada por políticas antinatalistas. Por outro lado, em países europeus foram criadas políticas natalistas, como incentivo monetário aos casais que desejam ter filhos, a condecoração com medalhas, a criação de créditos fiscais (WICHTERICH, 2015).

[17] Pouco antes, em 1969, foi firmado o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como também é conhecido, e assegurou o direito de homens e mulheres contraírem matrimônio, cuja condição de realização é o livre consentimento dos próprios contraentes. Ele foi ratificado pela Bolívia no ano de

Conferência foi marcada, pela primeira vez, pela necessidade de pensar as políticas populacionais a partir de uma perspectiva mais ampla, aliando as tendências demográficas com desenvolvimento econômico e social. Esse novo posicionamento significou dizer que "[…] las naciones no son más pobres porque tienen mucha población, sino porque los modelos de desarrollo económico y social no responden a las necesidades y demandas de ésta, y porque, la distribución de las riquezas es inequitativa" (UNFPA, 2019, p. 10). Ainda na década de 1970, foi realizada a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher no México, que declarou esse período como a Década da Mulher e elegeu o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher (UNFPA, 2019).

No âmbito interno boliviano, o ano de 1974 foi marcado pela criação do *primer Programa de Planificación Familiar* (PROFAM) do Ministério da Saúde da Bolívia. Seu objetivo principal era propiciar o espaçamento entre os nascimentos dos/as filhos/as de uma mesma família, no intuito de reduzir a taxa de crescimento populacional e facilitar o desenvolvimento do país, bem como tentar reduzir a mortalidade e a morbidade infantil e materna (UNFPA, 2019). Apesar na nova postura adotada na Conferência Mundial, o *primer Programa de Planificación Familiar* ainda foi marcado pelo reforço da tese de que o crescimento populacional estava ligado ao não desenvolvimento econômico do país.

Na década de 1980, as Conferências de Copenhague, na Dinamarca, e de Nairóbi, no Quênia, trouxeram maior visibilidade aos direitos das mulheres e às reivindicações de equidade. Na mesma época, foram realizadas seis conferências sobre mulheres na América Latina e no Caribe, assim como encontros feministas regionalizados, a exemplo do Primeiro, que foi realizado na Colômbia em 1981 e chamou atenção para a autonomia dos corpos das mulheres. Em 1984, surgiu a Rede de Saúde das Mulheres Latino-americanas e Caribenhas (RSMLAC), que representou a organização regional de mulheres e possibilitou a criação de pautas comuns (UNFPA, 2019).

Na Bolívia, no ano de 1987 foi organizado o *Centro de Investigación, Educación y Servicios (CIES)*, cujo objetivo era incluir a saúde sexual e reprodutiva como parte fundamental dos direitos das mulheres. Esse Centro foi responsável por impulsionar convênios com o Ministério da Saúde da Bolívia, sindicatos e sindicalistas, mineiros, professores, estudantes universitários, e tinha o intuito de facilitar o acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva e propiciar o debate sobre o direito à regulação da fecundidade e ao exercício livre e satisfatório da sexualidade. Em 1988, o CIES realizou a publicação do texto *Planificar para la Vida*, cuja

1993, por meio da Lei 1.430, que reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (UNFPA, 2019).

foco principal esteve no significado de planejamento familiar, e foi apresentado no *Seminario de Lucha contra el Aborto* (1989), realizado pelo Ministério da Saúde da Bolívia (UNFPA, 2019).

Em 1992, na Bolívia, foram elaboradas as primeiras propostas de políticas da *Coordinadora de la Mujer* envolvendo a saúde reprodutiva e o planejamento familiar. Em 1993, a *Unidad de Políticas Sociales* (UDAPSO/ONAMFA) construiu uma nova *Propuesta de Políticas Sociales para la Mujer*, na qual se incluía a regulação da fecundidade como parte de ampliação da cobertura dos serviços de planejamento familiar. Apesar desses documentos referirem a saúde reprodutiva, ainda não o faziam a partir da perspectiva do conceito de saúde sexual ou direitos sexuais e reprodutivos. Nesse mesmo ano, foi construída a *Estrategia Nacional de Salud Reproductiva* (UNFPA, 2019).

Em nível mundial, o início da década de 1990 foi marcado pela circulação de conceitos como planificação familiar, direitos reprodutivos e saúde reprodutiva (UNFPA, 2019). Esses novos elementosforam incorporados ao tema das políticas populacionais a partir da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), realizada na cidade do Cairo, no Egito, em 1994, onde a atuação de feministas, ambientalistas e defensores/as de direitos humanos teve fundamental importância (ALVES, 2004). Esse Programa de Ação da CIPD teve o intuito de mudar o paradigma a partir do qual partiam as políticas populacionais: o enfoque nas políticas de aumento populacional deu lugar a uma abordagem mais voltada aos direitos individuais (PATRIOTA, 2004). Em 1995, essas pretensões foram confirmadas pela 4ª Conferência da Organizações das Nações Unidas sobre Mulheres, em Beijing (Pequim), na China (WICHTERICH, 2015).

Ambas as Conferências tiveram especial importância para os direitos sexuais e reprodutivos, uma vez que, no Cairo, foi definido o conceito de saúde reprodutiva e foi feita menção à saúde sexual e aos direitos reprodutivos. Já em Beijing, a saúde sexual e reprodutiva passaram a ser compreendidas como integrantes dos direitos sexuais e reprodutivos (UNFPA, 2019)[18]. Segundo o UFNPA (2019, p. 32),

> Luego de las Conferencias de El Cairo y Beijing, se instaló el concepto de que los derechos sexuales y derechos reproductivos eran 'los más humanos de los derechos' y parte insustituible de los derechos humanos ya que comprometen los aspectos más íntimos de mujeres y hombres. Esto significó incorporar el respeto a la diversidad, el reconocimiento de las identidades sexuales y genéricas, y que la mujer asuma el control sobre su propio cuerpo y defienda su integridad corporal.

[18] Antes disso, na Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Teerã, no Irã, no ano de 1968, os direitos reprodutivos foram abordados a partir de uma perspectiva diversa: era a prerrogativa dos pais de definirem o número de filhos e o espaçamento entre eles, assim como a educação sobre esse assunto. Não havia, portanto, uma preocupação com a autonomia das mulheres, mas sim, do casal heterossexual (SAMPAIO, 2015).

Os direitos sexuais e reprodutivos, nesse contexto, podem ser descritos como o direito de as mulheres decidirem sobre seus próprios corpos. Estão relacionados à sexualidade, saúde sexual e ginecológica, decisão livre e autônoma sobre ter ou não filhos/as, bem como, sobre como educá-los/as, tudo sem qualquer maneira de coerção ou discriminação (SAMPAIO, 2015).

Logo após a realização das Conferências que trouxeram avanços importantes no que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos, em junho de 1996, na Bolívia, a *Secretaría Nacional de Salud* apresentou a *Norma Boliviana de* Salud NB-SNS-01-96, cujo foco estava na atenção à mulher e ao recém-nascido. Além de estabelecer orientações sobre gestações e emergências obstétricas, ela abordou os métodos contraceptivos, com ênfase às pílulas anticoncepcionais e o dispositivo intrauterino (BOLIVIA, 2010).

No mesmo ano, a *Secretaría Nacional de Salud* publicou a segunda edição do texto de referência em saúde sexual e reprodutiva, como *documento complementario a las Normas y protocolos de atención a la mujer y al recién nacido de los tres niveles de atención, así como de la Currícula de los centros de capacitación en salud reproductiva y escuelas de salud pública*. Essa publicação teve o intuito de promover o aprofundamento de assuntos vinculados à saúde sexual e reprodutiva, com ênfase às normas já existentes no país à época (BOLIVIA, 2010).

No ano de 1998, o *Ministerio de Salud y Previsión Social* aprovou *a Norma Boliviana de Salud MSPS 4-98,* que se referia à anticoncepção cirúrgica voluntária, especificamente, à oclusão tubárica bilateral (OTB) em risco reprodutivo. Tal norma estabeleceu regras gerais para a realização da oclusão tubárica nos estabelecimentos de saúde que atendam aos requisitos cirúrgicos mínimos e de biossegurança, com a atuação de pessoas capacitadas para tanto. Além disso, a norma salientou a necessidade de haver orientação adequada sobre o procedimento, bem como, consentimento informado (BOLIVIA, 2010).

No mesmo ano, *o Ministerio de Salud y Previsión Social* aprovou a *Resolución Ministerial n° 0421 de 22/09/1998*, que autorizou o uso do medicamento Acetato de Medroxiprogesterona (AMPD), popularmente conhecido como Depo-provera, na rede que integra o *Ministerio de Salud y Deportes*. O referido medicamento anticoncepcional tornou-se um dos mais utilizados pelas mulheres bolivianas (BOLIVIA, 2010). Ainda em 1998, foi aprovada a Enmienda Thiart, que previa requisitos restritivos para projetos de planejamento familiar.

Em 1999, o *Ministerio de Salud y Previsión Social* aprovou o *Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 1999-2002*, por meio da *Resolución Ministerial nº 134*. O Programa "[…] oficializó la política específica del sector en aspectos relacionados con la atención a la Salud Sexual y Reproductiva en el país, definió alcances programáticos, y uno de sus componentes fue el de anticoncepción […]" (BOLIVIA, 2010, p. 29).

A segunda metade do século XX foi marcada, portanto, pela inserção paulatina do assunto dos direitos sexuais e reprodutivos nas conferências mundiais e na legislação interna boliviana. Apesar de isso representar um aparente avanço, o que se percebeu foi a ênfase em planejamento familiar, instrumento utilizado, muitas vezes, para frear o crescimento populacional de um dado grupo de pessoas (como de descendentes de povos originários no caso da Bolívia), assim como a métodos contraceptivos.

O contexto exposto neste tópico torna possível a análise de um caso emblemático de esterilização forçada ocorrida no *Hospital de la Mujer em La Paz*, capital boliviana, que chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O episódio foi reflexo de uma atuação biopolítica e representou uma violência de gênero, cujos detalhes do caso serão tratados no próximo tópico.

3 AS ESTERILIZAÇÕES FORÇADAS NA BOLÍVIA: a instrumentalidade biopolítica do corpo de I.V. e de outras bolivianas submetidas ao procedimento

Apesar de o final do século XX ter sido marcado pela inserção da pauta dos direitos sexuais e reprodutivos nas disposições normativas internacionais e ter, também, se inserido no âmbito interno na Bolívia, o que poderia, em tese, representar algum avanço na garantia de direitos às mulheres, essa inserção foi utilizada como respaldo para o controle biopolítico do corpo de I.V., uma mulher que foi submetida a uma esterilização forçada no *Hospital de la Mujer em La Paz*. Este tópico se destina à análise do caso e da forma como se deu a condenação da Bolívia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como os impactos dessa condenação no âmbito interno do país.

A esterilização forçada é um procedimento irreversível que ocorre quando uma pessoa é esterilizada sem o próprio conhecimento ou sem que tenha fornecido consentimento para tanto. Esse procedimento, que causa danos físicos e psicológicos, é aplicado principalmente sobre mulheres que pertencem a grupos estigmatizados: mulheres pobres, mulheres deficientes, mulheres que pertencem a minorias étnicas ou nacionais, mulheres com HIV, utilizando-se do argumento de que essas mulheres não deveriam ter filhos por não serem aptas ou pelo aumento da prole não ser uma *boa* decisão. Em vários casos, a justificativa de realização do procedimento também é a necessidade médica (SOOHOO; PHILLIPS, 2016).

Antes de tratar das especificidades do caso I.V. x Bolívia (Caso nº 12.655), que chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, é necessário se ater brevemente à história pessoal da vítima. I.V., que possuía nacionalidade peruana e, aos 18 anos, foi detida pela DINCOTE (*Dirección contra el Terrorismo*) no Peru devido sua atuação política. Grávida, ela sofreu violência física, psicológica e sexual, tendo dado à luz à primeira filha dentro da prisão. Em 1991, I.V. deu à luz a sua segunda filha e, diante da insegurança política pela qual passava no Peru, ela e sua família fugiram para a Bolívia, onde conquistaram a situação de refugiados em 1994 (SOOHOO; PHILLIPS, 2016).

No ano 2000, I.V. estava grávida de sua terceira filha quando começou a frequentar o *Hospital de Mujeres de La Paz*, um hospital estatal, para consultas pré-natais, sendo que em nenhuma oportunidade foram abordados assuntos de métodos contraceptivos ou esterilização. Em 1º de julho do mesmo ano, I.V. compareceu no referido hospital após o rompimento da bolsa e, no mesmo dia, foi submetida a uma cesárea. Durante a operação e enquanto I.V. estava sob efeito de uma anestesia epidural, foi realizada uma laqueadura tubária bilateral, sem que houvesse seu consentimento escrito ou de seu companheiro, contrariando as disposições da *Norma Boliviana de Salud MSPS 4-98*, mencionada no tópico anterior. Os médicos, que eram funcionários públicos, realizaram o procedimento sob a justificativa de que uma futura gravidez poria em risco a vida de I.V., e alegaram que a vítima informou seu consentimento oralmente, enquanto estava sob anestesia peridural. Não havia, no entanto, nenhum risco de vida iminente à vítima (SOOHOO; PHILLIPS, 2016).

Em audiência perante a Corte Internacional de Direitos Humanos (2016b, p. 23), I.V. indicou que:

> Jamás me pidió ninguna consulta [refiriéndose al Dr. Torrico] ninguna explicación nada […], el médico decidió sobre mi vida, sobre mi cuerpo de manera inhumana, me ligó las trompas de Falopio, incluso con el método más radical, con el método pomeroy, mutilando mis sueños […] y también el de mi familia. […] Las únicas dos preguntas que me hizo durante el proceso de la cesárea, en el acto quirúrgico fueron dos: primero, dónde me hicieron la primera cesárea, a lo que yo respondí: en Lima, Perú. Y la segunda fue si había tenido complicaciones, a lo que yo le dije que no. […] El Dr. Vargas [tampoco] me dijo absolutamente nada, estaba como un mudo durante todo el proceso quirúrgico […].

Em razão desse contexto e do fato de I.V. ter tido seu poder decisório anulado de forma discriminatória, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustentou que

> [...] existen indicios de que la actuación del equipo médico que practicó la cirugía a I.V. estuvo influenciada por estereotipos de género sobre la incapacidad de las mujeres para decidir autónomamente respecto de su propia reproducción. Al respecto,

> consideró que la decisión médica de practicar una esterilización sin contar con el consentimiento informado de I.V. refleja una concepción de que el personal médico está facultado para tomar mejores decisiones que la propia afectada sobre el control de su reproducción. Para la Comisión, "la presencia de esta clase de estereotipos de género en los funcionarios de la salud tiene un impacto diferenciado sobre las mujeres y deriva en su tratamiento discriminatorio en los servicios de salud y especialmente en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva". Al respecto, la Comisión recordó que los estereotipos de género persistentes en el sector salud operan como una barrera para las mujeres en el acceso a servicios de salud materna, lo cual configura también una situación de discriminación en el acceso de las mujeres a la salud (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b, p. 41-42).

Como resultado do procedimento de esterilização, que, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, anulou de forma discriminatória o poder decisório de I.V., ela perdeu a capacidade de ter filhos, o que pôs fim ao seu sonho de dar à luz um filho homem e, também, que causou o sentimento de não ser uma *mulher completa*. Segundo o peticionário, a vítima teve sentimento de perda extremos, além de ter passado por humilhações e dores (SOOHOO; PHILLIPS, 2016).

Diante da situação, foram realizadas três auditorias, um pronunciamento do *Tribunal de Ética del Colegio Médico Departamental de La Paz*, um procedimento administrativo perante a *Unidad de Asesoría Jurídica del Servicio Departamental de Salud de La Paz*, além de uma ação penal para apuração do delito de lesão, que foi extinto. Apesar disso, nenhuma pessoa foi responsabilizada disciplinar, administrativa ou penalmente, nem tampouco houve reparação civil à vítima (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b).

Diante da inércia do Estado Boliviano em responsabilizar os médicos que praticaram a esterilização forçada em I.V., em 07 de março de 2007, o *Defensor Público del Pueblo de Bolivia* apresentou uma petição, em nome de I.V., na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A petição foi admitida e, em agosto de 2014, a Comissão expediu um relatório, no qual constavam as conclusões a que ela havia chegado sobre o caso, e as recomendações ao Estado da Bolívia, que foi notificado em outubro de 2014 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016a).

Após a Bolívia ter tomado conhecimento do relatório, diante da não apresentação de documentos ou de solicitação de prorrogação de prazo para atendimento de recomendações, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em abril de 2015. Analisados o caso e os argumentos expostos pelas partes, a Corte emitiu sentença em novembro de 2016, na qual declarou a responsabilidade internacional do Estado Plurinacional da Bolívia, em função da violação de direitos de integridade pessoal, liberdade pessoal, dignidade, vida privada e familiar, acesso à

informação e a fundar uma família, todos reconhecidos nos artigos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), descumprindo, também, o seu artigo 1.1. Além disso, a Corte condenou o Estado da Bolívia por não cumprir as obrigações decorrentes do artigo 7.a) e b) da Convenção de Belém do Pará, na medida em que não agiu de modo a abster-se de atos/práticas de violência contra a mulher por seus servidos públicos, tampouco agiu com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência perpetrada. Por fim, a Corte declarou o Estado responsável pela violação dos direitos a garantias judiciais e proteção judicial, que são reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b).

A Corte salientou a disparidade na relação entre médico e paciente, uma vez que o primeiro exerce poder sobre o último em função do seu conhecimento profissional especializado e do controle das informações que detém. Essa relação de poder deveria ser pautada por princípios de ética médica, especialmente, aqueles relacionados à autonomia da paciente, beneficência, não maleficência e justiça. O princípio da autonomia assume especial relevância no contexto das relações médico x paciente, na medida em que propicia o equilíbrio entre ambas as partes, "[...] a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b, p. 3). O consentimento livre e informado é uma expressão do princípio da autonomia, e tem a função de evitar ingerências arbitrárias que invadem a esfera da integridade pessoal ou privada das pessoas.

Acerca do consentimento informado, a Corte salientou a necessidade de que ele seja realizado previamente, antes de qualquer ato médico, sendo que não cabe sua convalidação após a finalização do ato. A única exceção a essa regra é a ocorrência de uma situação de urgência/emergência, que exponha a paciente a risco iminente de vida. A laqueadura tubária bilateral, realizada em I.V. para evitar futuras gestações, não se caracteriza como procedimento de urgência/emergência, razão pela qual não se encaixa na exceção à regra (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016a).

Além disso, a Corte enfatizou a indispensabilidade da liberdade na manifestação do consentimento. Ele deve ser livre, voluntário, autônomo, e não pode ser condição para realização de outros procedimentos ou benefícios. Também não deve haver qualquer tipo de coerção, ameaças ou desinformação, e a paciente não pode ser induzida ou incentivada a decidir de uma forma ou outra. Em se tratando da esterilização, a Corte ressaltou que apenas a mulher deve conceder ou não o consentimento, independentemente da opinião de seu companheiro. A Corte destacou, ainda, que o consentimento não pode ser considerado livre se tiver sido

solicitado a uma mulher que "[...] no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b, p. 4-5). Ao tratar especificamente do caso de I.V., a Corte concluiu que a vítima foi submetida a uma esterilização forçada, o que

> […] significó una afectación e intromisión en su cuerpo, la pérdida permanente de su capacidad reproductiva y la vulneración de su autonomía en las decisiones relacionadas con su salud sexual y reproductiva. A su vez, la esterilización sin consentimiento generó la anulación de su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a su cuerpo y capacidad de reproducción, perdiendo en forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas. Asimismo, vulneró valores y aspectos esenciales de la dignidad y vida privada de I.V., al consistir dicha esterilización en una intromisión en su autonomía y libertad reproductiva y una injerencia arbitraria y abusiva en su vida privada, violando su derecho de decisión referente a la cantidad de hijos o hijas que quería tener y al espaciamiento de los mismos y a fundar una familia a través de su derecho a procrear (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016b, p. 9).

Além de ter representado a anulação do seu direito de autonomia, a Corte entendeu que da esterilização[19] decorreram diversas situações de discriminação que tinham o intento de impedir o acesso de I.V. à justiça: sua condição de mulher, sua posição socioeconômica, sua condição de refugiada. A Corte referiu, especificamente, os obstáculos geográficos pelos quais I.V. passou para alcançar um tribunal, tendo que percorrer longas distâncias sem qualquer proteção na busca por justiça, e passar por pressões, que incluíram averiguações sobre a qualidade de sua residência na Bolívia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016a).

Diante dessas conclusões, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenou que o Estado Plurinacional da Bolívia: a) dispor gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, e de imediato, tratamento médico adequado e eficaz e, especificamente em saúde sexual e reprodutiva, bem como tratamento psicológico e/ou psiquiátrico à I.V.; b) realizar as publicações indicadas; c) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelo caso I.V. x Bolívia; d) construir uma publicação ou cartilha que desenvolva, de maneira sintética, clara e acessível, os direitos da mulher quanto à sua saúde sexual e reprodutiva, na qual devem constar informações sobre o consentimento prévio, livre,

[19] A Corte declarou não ter chegado à conclusão de que a decisão de praticar a lagadura das trompas de Falopio em I.V. tenha sido influenciada pela sua origem nacional, sua condição de refugiada ou posição socioeconômica. No entanto, reconheceu que a prática recai mais fortemente sobre mulheres que pertencem a grupos mais vulneráveis, em função de posição socioeconômica, raça, deficiência, HIV, e que essas circunstâncias incidiram na magnitude dos danos sofridos por I.V. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016a).

integral e informado; e) desenvolver programas de educação e formação permanentes direcionados a estudantes de medicina e profissionais médicos, assim como os demais profissionais que integram o sistema de saúde e previdência social, acerca de temas como consentimento informado, discriminação baseada em gênero e estereótipos, e violência de gênero; f) pagar os valores fixados para indenização por dano material e imaterial, bem como para reembolso de custas e despesas; g) restituir ao Fundo de Assistência Legal a Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos o valor gasto durante a tramitação do caso (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016a).

O Coletivo Margarida Alves (2020, p. 21), ao analisar a sentença proferida pela Corte, salientou que, embora não tenha sido utilizada a expressão *violência obstétrica*, o caso foi julgado "[...] à luz do conceito de violência de gênero como um problema sistêmico e estrutural, que se manifesta também nas instituições de atenção e cuidado à saúde, estabelecendo padrões de direitos humanos a serem observados no cuidado à saúde reprodutiva em toda a região".

Emitida a sentença que reconheceu a responsabilidade internacional do Estado da Bolívia no caso nº 12.655, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu início ao procedimento de supervisão de cumprimento de sentença. A primeira supervisão do cumprimento de sentença se deu no ano de 2017, sendo que, por meio da *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2017*, a Corte determinou que o Estado da Bolívia havia cumprido com o ato de público de reconhecimento de responsabilidade internacional, com a publicação da sentença nas modalidades ordenadas (na integralidade e resumo oficial), assim como com o pagamento da reparação econômica (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2017).

A segunda supervisão aconteceu no ano de 2018, quando, por meio da *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2018*, declarou que o Estado da Bolívia deu parcial cumprimento às seguintes medidas de reparação: disposição gratuita, por meio de instituições públicas de saúde especializadas, e tratamento médico adequado e eficaz em saúde sexual e reprodutiva, assim como tratamento psicológico e/ou psiquiátrico; construir uma publicação ou cartilha que desenvolva, de maneira sintética, clara e acessível, os direitos da mulher quanto à sua saúde sexual e reprodutiva, na qual devem constar informações sobre o consentimento prévio, livre, integral e informado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A Corte concluiu que essas medidas foram cumpridas apenas parcialmente em função de que o Estado deve continuar fornecendo tratamento médico e psicológico/psiquiátrico à I.V.,

assim como os medicamentos de que necessitar, pelo tempo que for necessário[20]. Quanto à publicação ou cartilha, o cumprimento da medida foi considerado parcial, sendo que, para seu cumprimento total, a Corte solicitou que o Estado procedesse à publicação e disponibilização da cartilha em lugares de maior acesso ao público (como na página da internet do *Ministerio de Salud y Previsión Social* e na *Defensoría del Pueblo*) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A Corte também realizou a supervisão no ano de 2020, sendo que a *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 junio de 2020* manteve aberto o procedimento de supervisão das seguintes medidas: disposição gratuita, por meio de instituições públicas de saúde especializadas, e tratamento médico adequado e eficaz em saúde sexual e reprodutiva, assim como tratamento psicológico e/ou psiquiátrico; construção de uma publicação ou cartilha que desenvolva, de maneira sintética, clara e acessível, os direitos da mulher quanto à sua saúde sexual e reprodutiva, na qual devem constar informações sobre o consentimento prévio, livre, integral e informado; adoção de programas de educação e formação permanente destinado a estudantes de medicina, profissionais médicos e demais profissionais dos sistemas de saúde e previdência social, acerca dos temas de consentimento informado, discriminação baseada em gênero e estereótipos, assim como violência de gênero. A manutenção da supervisão se deu porque o cumprimento das medidas não aconteceu integralmente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Apesar de a Bolívia ter sido condenada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela prática de esterilização forçada no caso I.V., inclusive como o reconhecimento de que sua realização se constitui como uma forma de violência contra a mulher, ela ainda continua sendo realizada, muitas vezes como método de contracepção.

Em consulta às estatísticas disponibilizadas pelo Ministério de Saúde da Bolívia, visualiza-se que foi registrada, durante o ano de 2018, a realização de 4.869 casos de AQV Femenino, sendo que o maior número de procedimentos está concentrado na faixa etária entre 20 e 34 anos, e o departamento que realizou mais esterilizações foi Cochabamba. Ao longo de 2019, o número de AQV Femenino foi ainda maior: foram realizadas 4.914 esterilizações, sendo que o departamento que fez mais procedimentos foi Beni. A faixa etária com maior incidência foi, novamente, entre 20 e 34 anos. Em 2020, as estatísticas do Sistema de Saúde

[20] "Para proceder a valorar el cumplimiento total de esta reparación, el Estado en su próximo informe deberá presentar información actualizada sobre las medidas que ha adoptado para garantizar la provisión de los medicamentos recetados a favor de la señora I.V." (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 7).

revelaram a realização de 4.471 esterilizações de mulheres, sendo que Cochabamba, novamente, foi o departamento com maior incidência do procedimento. A faixa etária com maior número de casos de AQV Femenino foi de 20 a 34 anos. É importante ressaltar que tanto em 2018, quanto em 2019, foram registrados 5 casos de AQV Femenino em meninas menores de 15 anos (não há nenhum registro para 2020)[21].

Muitos casos de esterilização forçada, no entanto, entram para as estatísticas nacionais de saúde como se fossem *Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria*, procedimento de esterilização realizado de forma voluntária, a pedido da mulher. Embora não existam dados oficiais acerca dessas esterilizações ilegais, denúncias circulam pela mídia, como a que foi realizada pela jornalista Malkya Tudela, no *Connectas*, uma *Plataforma Periodística para las Américas*. Ao visitar hospitais públicos, Malkya apurou que os registros referentes às esterilizações são inconsistentes ou negligenciados, e que os profissionais médicos não possuem clareza sobre como proceder as esterilizações de menores. A jornalista expõe que a maioria das esterilizações em adolescentes é feita no sistema público de saúde da Bolívia, em centros dependentes do *Ministerio de Salud* e com amparo do programa de planejamento familiar destinado a mulheres em idade fértil (TUDELA, 2017).

Um dos casos relatados por Tudela (2017) foi o de Karmiña[22], uma adolescente de 13 anos, que chegou ao *Hospital Boliviano Holandés*, na cidade de El Alto, em 15 de janeiro de 2017. Ela foi diagnosticada com uma lesão cística no ovário direito, assim como uma infecção urinária. Três dias depois de ingressar no hospital, a adolescente deu alta com uma laqueadura tubária. Não houve, no entanto, nenhum consentimento informado para realização do procedimento. Nos registros do hospital, as irmãs que acompanhavam Karmiña somente assinaram um documento de hospitalização que, além de outras informações, continha a autorização para que a adolescente fosse examinada por estudantes e professores universitários pesquisadores.

Outro caso descrito por Tudela (2017) foi o de Beatriz, uma adolescente de 18 anos de idade, que já havia passado por três cesáreas, estava em estável e se ocupava de atividades domésticas. Nos arquivos do hospital, foi localizado um consentimento informado firmado, em tese, por Beatriz, sem constar, no entanto, seu nome ou a data de assinatura do documento.

[21] Quanto à faixa etária entre 15 e 19 anos, as estatísticas registram os seguintes números: 100 casos de AQV Femenino em 2018 (conforme https://estadisticas.minsalud.gob.bo/Reportes/Form_301_2018.aspx); 83 casos de AQV Femenino em 2019 (conforme https://estadisticas.minsalud.gob.bo/Reportes/Form_301_2019.aspx); e 101 casos de AQV Femenino em 2020 (conforme https://estadisticas.minsalud.gob.bo/Reportes/Form_301_2020.aspx).

[22] A jornalista informou que os nomes das vítimas foram substituídos por nomes fictícios, para respeitar suas identidades (TUDELA, 2017).

Havia, ainda, uma informação escrita pelo médico, segundo a qual a "Paciente solicita salpingoclasia bilateral, refiere que le dijeron que es muy joven pero pese a eso solicita la ligadura junto a su pareja".

Tudela (2017) também conta o caso de Inés, órfã de mãe e portadora de HIV, ela largou os estudos depois de ter completado o ensino fundamental. Ela viveu com o companheiro em Chapare durante alguns meses, mas, por sofrer violência de gênero, retornou à casa do pai. O consentimento informado foi assinado, por meio de impressão digital, por Inés e seu pai.

Segundo Tudela (2017), a maioria dos consentimentos informados são, assim como os de Beatriz e Inés, traz a impressão digital como assinatura da paciente e seu companheiro, pai ou mãe. Vários deles sequer possuem nome e outros dados que identifiquem a paciente que se submeteu à esterilização, ou data em que foi realizado o procedimento. Além disso, os consentimentos informados assinados pelos adolescentes são de difícil leitura, pois foram fotocopiados com tinta fraca.

Cabe destacar que, apesar de ter se buscado localizar, por meio de pesquisa de jurisprudências, casos de esterilizações forçadas que alcançaram o sistema de Justiça da Bolívia, não se obteve sucesso. É possível que essa dificuldade tenha sido encontrada justamente em razão de muitas esterilizações forçadas, como a de I.V., de Karmiña, de Beatriz, de Inés, serem perpetradas justamente por meio de dispositivos do próprio Estado.

O que se verifica, portanto, é que, apesar de o final do século XX ter sido marcado pela inserção da pauta dos direitos sexuais e reprodutivos nas disposições normativas internacionais e na legislação interna na Bolívia, isso serviu, muitas vezes, como respaldo jurídico para o controle biopolítico do corpo de mulheres e gestão da vida, especialmente, dos grupos mais vulneráveis.

Esse controle seletivo de quem pode e quem não pode ter ou continuar tendo filhos fica evidente nos casos de I.V. e nos casos de Karmiña, Beatriz e Inés, descritos acima, em que o procedimento de esterilização cirúrgica foi utilizado como meio de anticoncepção. Essas mulheres, assim como outras que passam por esterilizações forçadas ou que são induzidas a realizar esterilizações que, estatisticamente, são enquadradas como voluntárias, tem sua vida digna reduzida unicamente aos seus corpos biológicos, reforçando os controles biopolíticos presentes nos Estados e na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo principal analisar, a partir da perspectiva da biopolítica, aspectos do controle reprodutivo executado na Bolívia, especialmente, por meio de planejamentos familiares e esterilizações, e a forma como essas práticas podem afetar a dignidade humana, os direitos humanos e fundamentais e a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais de meninas e mulheres do país.

Para tanto, foi realizada, no primeiro tópico, uma contextualização histórica de fenômenos de planejamento familiar e métodos contraceptivos na América Latina, a partir da perspectiva da biopolítica. Esses fenómenos podem ser interpretados como maneiras de atuação do Estado que suprimem a liberdade de escolha de algumas mulheres, especialmente, aquelas que pertencem a grupos vulneráveis.

No segundo tópico, buscou-se identificar o marco legal e as políticas públicas que regularam o fenômeno do controle reprodutivo realizado na Bolívia desde o século XX, especialmente, a partir da sua segunda metade. Esse período foi marcado pela inserção da pauta dos direitos sexuais e reprodutivos na normativa internacional e na legislação interna boliviana. Embora isso represente, num primeiro momento, um avanço, o que se percebeu foi a ênfase em planejamento familiar e métodos contraceptivos, utilizados, muitas vezes, para frear o crescimento populacional de um dado grupo de pessoas (como de descendentes de povos originários no caso da Bolívia).

O terceiro e último tópico teve o objetivo de analisar o caso I.V. versus Bolívia, que tramitou junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como a repercussão da sentença proferida dentro do país. Apesar da repercussão negativa da condenação da Bolívia, e em que pese a CIDH tenha reconhecido o cumprimento de grande parte das determinações da decisão, ainda são noticiados casos de esterilizações cirúrgicas forçadas ou induzidas, apesar das estatísticas governamentais não revelarem esse dado.

O que se verifica, portanto, é que a atribuição de valor à vida de cada mulher, ou a um grupo de mulheres, é influenciada, diretamente, pelo direito que, por meio de regulamentações ou de políticas públicas, legitima ou dá margem às suspensões de direitos e à redução da vida ao corpo biológico e ao dispositivo da reprodutividade, estruturando a cesura e a exclusão de corpos indesejados. Os aspectos biopolíticos que permeiam o Estado e a sociedade promovem a redução da vida digna das mulheres unicamente aos seus corpos biológicos, como se vislumbra no caso de I.V. e de outras inúmeras mulheres distantes dos holofotes.

Percebe-se, a partir do cenário analisado, uma verdadeira instrumentalização da capacidade reprodutiva do corpo das mulheres, realizada a partir da atuação positiva do Estado, ao estabelecer uma série de direitos e regras que atendem à demandas de uma sociedade

capitalista, elitista e patriarcal, que permanentemente estrutura a cesura e a exclusão de vidas consideradas indesejáveis, fazendo, com isso, que a dignidade das mulheres em geral, mas especialmente das mulheres negras, pobres, em situação de rua ou vulnerabilizadas seja negada. Nestes termos, considera-se relevante desvelar a imbricação entre biopolítica e patriarcado, e a centralidade do exercício do controle do corpo reprodutivo feminino para os cálculos do poder, operada, no mais das vezes, a partir do próprio Estado e de suas normas. Libertar estes corpos através da plena efetivação da justiça sexual e reprodutiva é um caminho imprescindível ao enfrentamento de todas as formas de poder.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

ALVES, José Eustáquio Diniz. O Choque de Civilizações *versus* Progressos Civilizatórios. *In*: CAETANO, André Junqueira; ALVES, José Eustáquio Diniz; CORRÊA, Sônia. **Dez anos do CAIRO: tendências da fecundidade e direitos reprodutivos no Brasil.** Campinas: Associação Brasileira de Estudos Populacionais - ABEP, 2004. p. 19-39.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **As Políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas, 2006.

BALLÓN GUTIÉRREZ, Alejandra. El caso peruano de esterilización forzada: Notas para una cartografía de la resistencia. **Aletheia**, Argentina, v. 5, n. 9, p. 1-21, 2014. Disponível em: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.6418/pr.6418.pdf. Acesso em: 15 jul. 2021.

BIROLI, Flávia. Aborto, justiça e autonomia. *In:* BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Aborto e Democracia**. São Paulo: Alameda, 2016.

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. A biopolítica sobre a vida das mulheres e o controle jurídico brasileiro. **Revista Gênero & Direito**, Paraíba, n. 03, p. 225-245, 2015. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/25963. Acesso em: 14 jul. 2021.

BOLIVIA. Ministerio de Salud y Desportes. **Norma nacional, regras, protocolos y procedimientos en anticoncepción.** La Paz, 2010. Disponível em: https://www.minsalud.gob.bo/images/Documentacion/redes_salud/NORMA%20NACIONAL%20REGLAS%20PROTOCOLOS%20Y%20PROCEDIMIENTOS%20EN%20ANTICON.pdf. Acesso em: 17 jul. 2021.

CAMARGO, Cândido Procópio F. de. Política populacional no Brasil. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 3, Vitória, ES, 1982. **Anais**[...] São Paulo: ABEP, 1982, p. 85-100.

COLETIVO MARGARIDA ALVES. **Violência obstétrica no abortamento**: o que é?: como nos defender?: quais os nossos direitos?. [Belo Horizonte: CURIMIM], 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso I.V. vs. Bolivia: Sentencia de 30 de noviembre de 2016**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 30 de noviembre de 2016.** San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016b. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/resumen_329_esp.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de noviembre de 2017**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V_14_11_17.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2018**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/velizfranco_21_11_18.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 junio de 2020**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/IV_bolivia_01_06_20.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

ESTÉVEZ, Ariadna. Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?. **Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad**, Guadalajara, v. xxv, n. 73, p. 9-43, 2018. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v25n73/1665-0565-espiral-25-73-9.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque; J. A. Guilhon Albuquerque. 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Ana Suelen Tossige. Exceção e estado de exceção no pensamento de Giorgio Agamben. **Profanações**, v. 5, n. 2, p. 48–61, 2018. Disponível em: https://www.periodicos.unc.br/index.php/prof/article/view/1906. Acesso em: 7 jan. 2023.

JARAMILLO, Edgar Tamayo; CARPIO, Fernando Ordóñez; RODAS, Tiberio Torres. **Yawar Mallku, una visión desde lo constitucional**. 2013. Disponível em: http://dspace.ucuenca.edu.ec. Acesso em: 12 jul. 2021.

JUAN, Maria Cecilia; PELLEGRINO, Cynthia Mariel. **Voces silenciadas:** Oyendo al subalterno en Yawar Mallku. *In:* XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009. Disponível em: https://cdsa.aacademica.org/000-062/408. Acesso em: 12 jul. 2021.

NIELSSON, Joice Graciele. Planejamento familiar e esterilização de mulheres no Brasil: a ambivalência entre a retórica dos direitos humanos e a prática do controle reprodutivo sobre o corpo das mulheres. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**, Belo Horizonte, v. 23, n. 45, p. 318-345, 2020. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/21990. Acesso em: 12 jul. 2021.

NIELSSON, Joice Graciele. Corpo Reprodutivo e Biopolítica: a hystera homo sacer. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 880-910, 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/40921/30709. Acesso em: 12 jul. 2021.

PATRIOTA, Tânia Cooper. Cairo+10: os desafios no Brasil e na América Latina. In: CAETANO, André Junqueira; ALVES, José Eustáquio Diniz; CORRÊA, Sônia. **Dez anos do CAIRO: tendências da fecundidade e direitos reprodutivos no Brasil.** Campinas: Associação Brasileira de Estudos Populacionais - ABEP, 2004. p. 59-64.

PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 23, n. 45, p. 239-260, 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbh/a/CBwFBCqgdprcPL8x53x8bNz/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

SAMPAIO, Paula Faustino. Direitos Sexuais e Reprodutivos. *In:* COLLING, Ana Maria; tedeschi, Losandro Antonio (Org.). **Dicionário Crítico de Gênero**. Dourados: UFGD, 2015. p. 166-171.

SEGATO, Rita Laura. Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. **Revista Sociedade e Estado**, v. 29, n. 2, p. 341-371, maio/ago. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/se/a/XSfjZV5K7f9HkTy5SLTp7jw/?lang=es&format=pdf. Acesso em: 15 jul. 2021.

SILVA, André Luiz da. Eugenia. *In:* COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (Orgs.). **Dicionário Crítico de Gênero**. Dourados: UFGD, 2015. p. 229-232.

SOOHOO, Cynthia; PHILLIPS, Suzannah. **Escrito de Amici Curiae en el caso de I.V. Caso Nº 12.655 contra el Estado de Bolivia.** Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humano, 2016. Disponível em: https://womenenabled.org/pdfs/IV%20v%20Bolivia%20Escrito%20de%20Amici%20-%20HRGJ%20WEI.pdf. Acesso em: 04 ago. 2021.

TUDELA, Malkya. Esterilizaciones ilegales en adolescentes. **Connectas**, Bolivia, 2017. Disponível em: https://www.connectas.org/una-prueba-al-sistema-de-salud-de-bolivia/. Acesso em: 01 ago. 2021.

UNFPA. **50 años por el derecho a decidir**: derechos sexuales y derechos reproductivos. La Paz, Bolivia: UNFPA, 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; FORNASIER, Mateus de Oliveira. Da arquitetura da inclusão (sociedade disciplinar) à engenharia da exclusão (biopolítica): uma análise a partir da Arqueologia/Genealogia do Poder em Michel Foucault. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 1, n. 1, p. 202-227, 2015. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/951. Acesso em: 05 jun. 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. O Campo como Espaço da Exceção: Uma Análise da Produção da Vida Nua Feminina nos Lares Brasileiros à Luz da Biopolítica. **Prim Facie**, *[S. l.]*, v. 15, n. 30, p. 01-34, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/33084. Acesso em: 13 jul. 2021.

WICHTERICH, Christa. **Direitos Sexuais e Reprodutivos.** Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015.

Submissão: 03/11/2021. Aprovação: 11/01/2023.

ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS: PARÂMETROS PARA A INTERAÇÃO ENTRE DECISÕES NACIONAIS E ESTRANGEIRAS

JUDICIAL ACTIVISM AND TRANSJUDICIAL DIALOGUES: PARAMETERS FOR THE INTERACTION BETWEEN NATIONAL AND FOREIGN DECISIONS

Bruno Makowiecky Salles[1]
Universidade do Vale do Itajaí

Paulo Márcio Cruz[2]
Universidade do Vale do Itajaí

Resumo:
Este artigo, pautado em método indutivo-dedutivo, promove uma articulação entre a categoria do Ativismo Judicial e a dos diálogos mantidos entre juízes e Cortes, estudados em doutrinas como o Transconstitucionalismo e o Transjudicialismo e reunidos sob a fórmula mais ampla dos Diálogos Transjudiciais. O objetivo, sem pretender exaurir o tema, é o de contribuir para a construção de alguns parâmetros que conciliem os elementos articulados, visando que as interações transjudiciais revistam-se de cientificidade e harmonizem-se com a legitimidade democrática. Como resultado, a mencionada articulação entre as categorias permitiu a criação, a título conclusivo, de certos parâmetros não-taxativos sujeitos a um contínuo desenvolvimento.
Palavras-chave:
Ativismo Judicial. Transconstitucionalismo. Transjudicialismo.

***Abstract*:**
This article, based on an inductive-deductive method, seeks to articulate the category of Judicial Activism with the dialogues between judges and Courts studied in doctrines such as Transconstitutionalism and Transjudicialism, gathered under the broader formula of Transjudicial Dialogues. The objective is to contribute to the construction of some parameters that reconcile the articulated elements, aiming that the transjudicial interactions have scientificity and harmonize with the democratic legitimacy. As a result, the research allowed the creation of certain parameters subject to continuous development.
***Keywords*:**
Judicial Activism. Transconstitutionalism. Transjudicial Dialogues.

1 INTRODUÇÃO

A temática do Ativismo Judicial é amplamente debatida na Ciência Jurídica. Há controvérsias na busca de um conceito e acerca das virtudes e vicissitudes da prática. Da mesma

[1] Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *Dottore di Ricerca In Scienze Giuridiche* pela *Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG, Itália (2019). Exerce o cargo de Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina (2009)..
[2] Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor e permanente e coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI. Professor visitante das Universidade de Perugia (Itália) e Alicante (Espanha).

forma, as conversações[3] entre juízes e Tribunais mundo afora recebem olhares variados. Trata-se de uma realidade crescente, seja nos diálogos entre juízes e Tribunais de países diferentes, seja naqueles estabelecidos entre juízes nacionais e Cortes Transnacionais ou Internacionais. Estes complexos eixos temáticos tocam-se em determinada altura: até que ponto as interações com o direito estrangeiro, para a aplicação em âmbito doméstico, representam ou não concretizações do Ativismo Judicial?

O presente artigo[4] busca promover uma articulação entre a categoria do Ativismo e os referidos colóquios entre juízes e Cortes, estudados em doutrinas como o Transconstitucionalismo e o Transjudicialismo e aqui reunidos sob a fórmula mais ampla dos Diálogos Transjudiciais. O objetivo é o de contribuir para a construção, sem caráter exaustivo, de alguns parâmetros que conciliem os elementos articulados, pretendendo que as interações transjudiciais revistam-se de cientificidade e compatibilizem-se com a legitimidade democrática no cenário contemporâneo.

Para tanto, em um primeiro momento desenvolve-se a ideia de Ativismo Judicial, expondo-se elementos teóricos que permitam a proposição de um conceito e a identificação de algumas de suas dimensões práticas. A seguir, adentra-se no tema dos Diálogos Transjudiciais, perpassando noções importantes para compreendê-los, como as de Transnacionalidade, Direito Transnacional, Transconstitucionalismo e Transjudicialismo. Por fim, realiza-se a articulação entre os conteúdos a fim de compatibilizá-los e de fornecer, com humildade científica, diretrizes para que os Diálogos Transjudiciais evitem os problemas de legitimidade democrática próprios das práticas judiciais ativistas.

Em relação à metodologia, cabe o registro de que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo-dedutivo. Na fase de tratamento de dados, empregou-se o método cartesiano. Por fim, o texto foi composto também sob a base lógica indutiva-dedutiva, na medida em que descreve as partes do tema proposto e as articula indutivamente rumo a uma percepção mais geral, e, paralelamente, utiliza-se de alguns conceitos gerais que orientam o estudo das partes pesquisadas (LAKATOS; MARCONI, 1992, p. 106). Tal método é importante para promover a articulação entre as categorias trabalhadas com a observância de bases conceituais consistentes. As diversas fases da pesquisa foram auxiliadas com recurso às técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica (PASOLD, 2018, p. 112-

[3] Quando se fala em conversações ou diálogos, não se está tratando de comunicações em um sentido literal, exigindo-se alguma abstração para visualizar as práticas dialógicas em dinâmicas que remetem a interações interinstitucionais. A ideia não é a de colóquios síncronos, em tempo real, mas assíncronos ao longo do tempo.
[4] Este artigo, exclusivamente na parte destinada ao Ativismo Judicial, contém trechos da obra: SALLES, 2021.

114).

2 ATIVISMO JUDICIAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E CONCEITO.

Os debates acerca do Ativismo Judicial são antigos, notadamente na literatura e na experiência jurídica norte-americanas, que podem ser consideradas o berço do assunto (CAMPOS, 2014, p. 41). Tais debates passaram a revestir-se de maior destaque a partir do surgimento do *judicial review* (RAUPP, 2016, p. 08). A questão de fundo já era objeto de controvérsias, aliás, antes mesmo de ter sido cunhado o termo Ativismo Judicial, cuja autoria é atribuída ao historiador Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado em janeiro de 1947 na popular revista Fortune (SCHLESINGER JR, 1947, p. 73-80), não surgindo, curiosamente, de decisão judicial ou ensaio científico (KMIEC, 2004, p. 1445-1446).

A análise dos posicionamentos da Suprema Corte e de seus membros faz parte da cultura jurídica americana. Em conhecida obra, Christopher Wolfe estabelece um trajeto histórico e divide em três ciclos o *judicial review* exercido pela Corte: a era da tradição (*the traditional era*), a era da transição (*the transitional era)* e a era moderna (*the modern era*). Referidas eras são caracterizadas por tipologias diferentes de decisões ativistas, seja com o reconhecimento e a expansão do *judicial review* sem uma expressa previsão constitucional, seja com a invalidação de opções políticas com base em cláusulas abertas, seja com a interpretação criativa de princípios constitucionais para conferir direitos e liberdades aos cidadãos, tudo condicionado pelo contexto histórico e pela composição do Tribunal (WOLFE, 1994, p. 03-07).

Embora a praxe e a produção doutrinária americanas sejam pioneiras no assunto, o Ativismo Judicial e as indagações que ele enseja estão presentes em distintos regimes democráticos, tanto na família jurídica da *common law* como na da *civil law*. Na Alemanha, por exemplo, notam-se questionamentos sobre o modo como o Tribunal Constitucional interpreta o sistema de direitos fundamentais (HABERMAS, 1997, p. 320-321), ao adotar como concepção metodológica a chamada jurisprudência de valores (LARENZ, 1997, p. 163-172). Na Itália, as discussões sobre o ativismo aparecem em temas como o controle de legalidade da ação política em operações penais, em expressões como *supplenza giudiziaria* (RODOTÀ, 1996, p. 23) e em técnicas de interpretação constitucional como as sentenças aditivas[5]. No Brasil, a doutrina exibe

[5] Sentenças aditivas são espécies de sentenças manipulativas, assim entendidas as que alteram o significado de uma lei sem alterar o texto normativo. No caso das sentenças aditivas, elas reconhecem a inconstitucionalidade da lei, por não conter alguma previsão que deveria nela constar, e suprem a lacuna, inserindo no conteúdo da lei uma situação por ela não contemplada. A respeito deste assunto: CAMPOS, 2014, p. 118.

inúmeros casos de ativismo do Supremo Tribunal Federal (RAMOS, 2010, p. 230-282), normalmente inovando no ordenamento jurídico ou enfrentando polêmicas que o Legislativo omite. O Tribunal Constitucional da Colômbia já proferiu decisões ativistas emblemáticas em temas como a revisão da decretação de estado de exceção pelo Presidente e a imposição de deveres estruturais ao Executivo e ao Legislativo na promoção de políticas públicas (CAMPOS, 2015, p. 99-154).

Os dilemas sobre o Ativismo também chegaram nas decisões das Cortes de Direitos Humanos, em situações nas quais determinam aos Países a concretização de normas vagas. E aportaram no Tribunal de Justiça da União Europeia, quando cria princípios gerais de direito para o funcionamento do sistema (FREITAS, 2015, p. 173-180), estabelece diálogos entre ordenamentos ou cita decisões da Corte Europeia (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 19-20). Além desses, vários outros exemplos nacionais e internacionais poderiam ser apontados, mas a ilustração fugiria aos limites do artigo.

Como regra, os juízes atuam somente quando provocados, conduzem as lides de acordo com as normas do devido processo (LA TORRE, 2015, p. 03) e não têm preferências ou simpatias por partes e postulações, agindo como terceiros imparciais que, amparados no conhecimento técnico-jurídico, aplicam o direito legislado ou jurisprudencial para a resolução de conflitos intersubjetivos ou normativos. Em tal cenário, os atos de planejar resultados e dar início às medidas necessárias para obtê-los são afetos, em princípio, aos Poderes Legislativo e Executivo, encarregados de criar políticas e implementá-las ativamente (LA TORRE, 2015, p. 03). Da mesma forma, a iniciativa para deduzir pretensões em busca de bens jurídicos incumbe aos litigantes. Os juízes adjudicam soluções a tais iniciativas fundamentados em um direito preexistente (SHAPIRO, 2002, p. 162), justificando-as racionalmente com base em leis e padrões jurídicos desenvolvidos.

Ocorre que essa concepção sobre a figura dos juízes, e mesmo essa divisão de funções no regime democrático e no processo judicial, são desafiadas por alguns fatores. A condição humana na interpretação do direito, os vários tipos de demandas cotidianamente canalizadas para decisão dos juízes, as dificuldades na fixação de quais são os limites e o papel da função judicial (RAUPP, 2016, p. 02) e, também, as lacunas, ambiguidades e vaguezas do sistema jurídico contribuem, cada qual em alguma dose, para a criação judiciária do direito (FRIEDMAN, 1994, p. 21) e para uma postura mais ativa dos julgadores. Hoje se afirma que está superada, e para alguns chega a ser infantil (BARAK, 2006, p. 9), a crença de que inovações ou proatividades inexistem, reconhecendo-se espaço para tais situações especialmente nas lides sobre temas constitucionais e nas relações entre Poderes, assim como nos chamados casos

difíceis (*hard cases*).

Em uma abordagem mais genérica, o Ativismo é tido como doutrina ou argumentação que privilegia a prática de efetiva transformação da realidade, em detrimento de atividades puramente especulativas (MICHAELIS, 2018). Tal ideia decorre da etimologia. Na expressão tem-se a junção do prefixo 'ativo', que transmite um norte de mais ação e menos contemplação, ao sufixo 'ismo', o qual soma um significado normalmente ligado à formação de doutrinas, princípios, modos e teorias, que podem ser filosóficas, religiosas, artísticas, literárias, científicas, econômicas, políticas etc. (MICHAELIS, 2018).

Essa conotação genérica de um modo ativo de portar-se, não obstante insuficiente, fornece uma noção útil ao campo do Direito, no qual o "activismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar" (GARAPON, 1998, p. 54). Contudo, especificar o sentido do Ativismo Judicial demanda outros aportes.

Na área jurídica, em razão da imprecisão conceitual e da forma, às vezes, aberta e sem critérios com a qual a expressão é empregada, devem-se buscar parâmetros para conferir um significado ao Ativismo Judicial (CAMPOS, 2014, p. 151), inclusive a fim de atribuir cientificidade à categoria e evitar que se convole numa só "*rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with*" (ROOSEVELT III, 2006, p. 03)[6]. Também é preciso algum cuidado para filtrar possíveis situações de uso ideológico e manipulatório da expressão, ocorridas quando aqueles que objetivam conter os poderes dos juízes ou reter o controle de legalidade utilizam-na, sem bases adequadas, como discurso para frear a magistratura (ACCATTATIS, 2008, p. 88), adjetivando como Ativismo algo que reflete o mero adimplemento de funções jurisdicionais.

Na tentativa de lapidar um conceito, a doutrina indica duas acepções prevalecentes conferidas ao Ativismo (RAUPP, 2016, p. 65-66). Tais acepções, por sua vez, podem apresentar alguns pontos comuns no que diz com a criação judicial do direito e uma interferência mais ou menos genérica na função legislativa, além de se afigurar viável que venham acopladas em certos contextos, podendo ambas, ainda, manifestar-se por inúmeros modos.

Em uma acepção, considera-se Ativismo a postura voluntarista dos juízes ao interpretar e aplicar o direito, substituindo as leis e os precedentes por suas convicções pessoais, predileções quanto a resultados, visões do mundo, de moral, de humanismo, de justiça ou de política, tanto faz se de uma política progressista ou conservadora (BARAK, 2006, p. 265). O

[6] Tradução livre: "abreviação retórica carregada para decisões com as quais o orador discorda".

Ativismo ocorre sempre que os magistrados, sem autorização, inventam regras e as impõem como se direito estatal fossem, seguindo não as leis mas sua própria criação (LAWRENCE, 2015, p. 15-21) e exercendo, com isso, uma função legislativa *ad hoc* e retroativa, que implica a incidência da norma criada para fins de regulação de fato pretérito. Nesse sentido a prática, em regra, costuma ser vista como algo negativo, que mina o Estado de Direito com a ampla discricionariedade judicial (WOLFE, 1994, p. 11).

Em rigor, o critério para classificar-se uma decisão como ativista está, para efeito desta acepção, no grau de (des)prendimento do juiz em relação ao direito, ao conduzir o feito e ao adjudicar a decisão, o que pode se aferir tanto nas relações jurídicas de direito público quanto nas relações de direito privado. Tem-se aqui um ativismo no campo aplicativo ou operativo.

Em uma outra acepção, também se enxerga como Ativismo o comportamento dos juízes voltado a sindicar ou influenciar, com vigor e sob crivos rígidos, as ações e omissões dos outros Poderes, reduzindo a deferência para com as opções políticas e interferindo mais diretamente nas esferas classicamente reservadas ao Legislativo e ao Executivo, com o objetivo de concretizar as normas constitucionais e certos direitos fundamentais (RAUPP, 2016, p. 61). Trata-se, assim, "(...) *della tendenza del potere giudiziario ad assumere le vesti del potere legislativo e del potere esecutivo in situazione specifiche* (...)" (OLIVIERO, 2018, p. 281)[7].

Aqui, a tônica para classificar-se uma decisão como ativista ou não é ligada, fundamentalmente, à tripartição dos Poderes e ao nível de usurpação, pelos juízes, dos encargos dos legisladores e administradores, seja invalidando normas em *judicial review* ou em controle de legalidade, seja suprindo omissões parlamentares ou executivas, seja impondo comportamentos ou políticas, individual ou coletivamente. Tem-se então um ativismo em uma perspectiva relacional. As percepções sobre o caráter positivo ou negativo de tal atitude já se dividem mais, comparativamente à primeira acepção (SALLES, 2021, p. 190).

Evidente que tudo desagua em uma questão de grau ou intensidade. Todavia, nos dois casos de Ativismo, juntos ou isoladadamente, nota-se um lugar-comum: aos juízes cabe, de maneira mais assertiva, a posição de criadores de direito, legisladores ou administradores, para lá da função clássica de resolver disputas com base nas leis e moderar os excessos dos demais ramos (KURLAND, 1979, p. 320). Tem-se mais tomada de decisões pessoais ou políticas e menos adjudicação de direitos.

Sob tais diretrizes, propõe-se que o Ativismo Judicial (*lato sensu*) seja conceituado como uma atitude jurisdicional de tendências transformadoras, mais do que contemplativas,

[7] Tradução livre: "(...) da tendência do poder judiciário de assumir o papel do poder legislativo e do poder executivo em situações específicas".

que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (*i*) interpretativo, aplicativo ou operativo, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, de precedentes ou de padrões jurídicos em geral, e (*ii*) institucional ou relacional, por meio de uma interferência mais direta nas atribuições dos demais Poderes, de modo a conferir aos juízes, em ambas as situações, um papel que vai além da visão clássica de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar os excessos dos outros ramos, podendo isso se verificar na Jurisdição constitucional e na ordinária, tanto coletiva quanto individual, bem como em várias dimensões práticas de operação do direito (SALLES, 2021, p. 195).

O Ativismo Judicial possui algumas dimensões práticas, externando-se, exemplificativamente, em cenários de interpretação da Constituição e das leis, de afirmação de direitos, de atividade de criação quase-legislativa do direito, de determinação de políticas públicas, de autoexpansão da Jurisdição, de condução dos processos, de superação de precedentes, de fundamentações maximalistas, de decisões orientadas mais para o resultado do que para o direito, de partidarismo judicial, de pretensões de soberania judicial (CAMPOS, 2014, p. 165-174), de atividades de controle da legalidade política na esfera penal (GHEZZI, 1996, p. 61), de utilização do direito transnacional (FREITAS, 2015, p. 173-180) e de aplicação expansiva de direitos pelas Cortes Internacionais (ALLAN, 2015, p. 71). Não significa que os exemplos listados acima sejam, forçosamente, um sinônimo de Ativismo, mas práticas ativistas podem se concretizar nas ambiências acima citadas.

Na extremidade oposta de um mesmo *continuum* em relação ao Ativismo, tem-se a filosofia da Autocontenção (*judicial self-restraint*) e é possível falar em diversos graus dela (BARAK, 2006, p. 266). Em essência, juízes autocontidos economizam em suas predileções pessoais, evitam contradizer as condutas dos demais ramos do Governo, ao menos quando não houver um erro claro, e invocam a prudência na interpretação da Constituição, na criação do direito e na imposição de políticas públicas. Além disso, eles costumam "autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas" (CANOTILHO, 2000, p. 1309).

A tônica da Autocontenção está nas atitudes de deferência e prudência. A primeira desponta como uma amostra de respeito ao sistema democrático-representativo de tomada de decisões. A segunda tem como principal objetivo a preservação institucional do Judiciário, evitando desgastes de imagem e reações políticas (CAMPOS, 2014, p. 178), ou até receios de fragilização dos Tribunais por dificuldades de execução de julgados.

Assim, a categoria da Autocontenção Judicial (*lato sensu*) pode ser conceituada, em

resumo, como a tendência jurisdicional oposta ao Ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (*i*) interpretativo ou aplicativo e (*ii*) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e maior deferência às escolhas políticas dos demais ramos, manifestadas no *judicial review* e na judicação ordinária, coletiva ou individual, aí compreendidas as inúmeras dimensões da prática jurídica (SALLES, 2021, p. 209).

Para concluir o tópico, é importante registrar que não é fruto exclusivo de voluntarismo, não se reduz à ideologia individual dos juízes. Por mais que se afirme que a magistratura não figura entre as classes mais heterogêneas, inegável que os juízes têm diferentes visões de mundo, educação e personalidade. Essa diversidade é um espelho da pluralidade de ideias na sociedade (BARAK, 2006, p. XV). Mas não é só disso que resulta um Judiciário expansivo ou retraído. O modo de atuação dos juízes é condicionado por fatores institucionais ligados ao grau de independência e às garantias da magistratura, o que se relaciona, por sua vez, a temas como a forma mais ou menos politizada de investidura, a política remuneratória da classe, o controle e a formatação da carreira, a capacitação durante a vida profissional (MASTITZ; PEDERZOLI, 1995, p. 155-180) e possíveis outros.

3 NOTAS SOBRE OS DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS.

A Transnacionalidade constitui um fenômeno por meio do qual as relações sociais, políticas, econômicas, culturais e outras transpassam os limites dos Estados Nacionais em um mundo globalizado e conectado (CRUZ; PIFFER, 2017, p. 54), tornando em alguma medida defasadas, à luz de problemas compartilhados, noções como território, nacionalidade e soberania. O Direito Transnacional é algo a ser forjado e contextualizado nessa nova realidade (CRUZ; BODNAR, 2009, p. 01-24), não se confundindo com o Direito Internacional Público e com o Direito Internacional Privado. Os próprios prefixos '*trans*' e '*inter*' já indicam diferenças, na medida em que o primeiro denota algo que "vai além de" ou "para além de", enquanto o segundo exprime a ideia de "diferença ou apropriação de significados relacionados" (CRUZ; BODNAR, 2009, p. 05).

O Direito Internacional Público constitui o conjunto das normas, sejam convencionais como os Tratados Internacionais, sejam costumeiras, sejam ainda principiológicas, que regem as relações entre Estados, organizações internacionais e indivíduos, naquilo em que tais relações transcendem os limites físicos dos Estados. Os objetivos de tal ramo do direito são, essencialmente, os de manter a paz, promover a segurança das relações internacionais e coordenar os interesses variados para que os Estados atinjam suas finalidades e interesses

recíprocos (MAZZUOLI, 2011, p. 44-63). É um direito que, numa visão clássica, liga-se à noção de Estado como sujeito de direitos e obrigações internacionais (FRANCIONI, 2009, p. 06-07).

Por outro lado, o Direito Internacional Privado compreende o plexo de normas que se ocupa do conflito de leis no espaço. Ele busca, a partir da análise de elementos de conexão, definir qual o foro e/ou o direito aplicável, se de ordem nacional ou estrangeira, a um conflito com carga de internacionalização (DEL'OLMO; JÚNIOR, 2017, p. 02). Nesse sentido, encarrega-se da definição da competência e/ou da norma de um Estado soberano para apreciar conflitos que reúnam elementos exógenos.

O Direito Transnacional surge sob uma angulação diferente. Ele também se volta a uma diversidade de situações que dissolvem fronteiras. De certa forma, ele engloba os Direitos Internacionais Públicos e Privados, assim como os direitos nacionais (JESSUP, 1965, p. 87). Contudo, ele o faz em chaves diversas, com o objetivo de promover a democratização, a cooperação e a solidariedade, mitigando a visão de soberania, de conflito, disputa, exclusividade, resguardo ou poder de um Estado em suas relações com outro (JESSUP, 1965, p. 62).

O caráter comum dos problemas mundiais é enxergado pelo Direito Transnacional, que, no lugar de soberanias compartimentadas, mira uma comunidade interligada. Propõe-se, então, um nível superior de integração, baseado numa pauta axiológica afim, em interesses compartilhados e consensos. As normas transnacionais abrangem um conceito mais amplo e outras formas de juridicidade, considerando-se Direito Transnacional não só o que possui positivação formal, mas também deliberações de organizações privadas, contratos, soluções em mediações e arbitragens e etc. E a maneira como agentes públicos e privados, tal como Estados, entidades internacionais, empresas multinacionais, organizações e outros, integram-se para interpretá-lo e aplicá-lo rege-se pelo processo transnacional (KOH, 1994, p. 181-207).

Pode-se dizer que esta concepção de Direito Transnacional engloba categorias como o Transconstitucionalismo e o Transjudicialismo. Tais categorias possuem semelhanças entre si, mas são abordadas, nos ensaios científicos, com sutis e relevantes distinções.

Transconstitucionalismo é uma expressão consagrada na doutrina brasileira, especialmente no pensamento de Marcelo Neves (NEVES, 2009). Cuida-se de um crescente entrelaçamento entre duas ou mais ordens jurídicas, tanto nacionais quanto internacionais, supranacionais e transnacionais, que decorre da integração sistêmica da sociedade mundial e de uma espécie de desterritorialização das questões constitucionais (NEVES, 2014, p. 211), implicando uma rede transversal construtiva e de aprendizado recíproco na busca de respostas

para problemas constitucionais como os que envolvem direitos fundamentais ou humanos e a organização do poder (NEVES, 2014, p. 194-198).

Esse entrelaçamento não se limita a um diálogo entre juízes e Cortes de sistemas diversos (NEVES, 2014, p. 194), embora tenha nele sua forma mais relevante. Compreende também intercâmbios permanentes nas relações entre legislativos, governos e administrações de diversos países (NEVES, 2009, p. 118), que impulsionam a evolução das ordens jurídicas em direções comuns. Também aqui, ressalta uma concepção pautada no diálogo, mais do que na força e na soberania, pressupondo-se que o direito constitucional e os vários atores do direito interno não adotem um modelo de resistência, tampouco de servil convergência, mas de articulação (NEVES, 2009, p. 258-259) com as fontes e práticas externas, o que serve como um teste para as próprias tradições do país face a face com outras experiências.

Bastante similar é a ideia de Transjudicialismo. Há peculiaridades, como o fato de que ela se restringe ao universo dos processos judiciais e não parece se limitar, necessariamente, a questões constitucionais, conquanto estas sejam as principais. Trata-se de uma forma de comunicação transjudicial, impulsionada por diversas causas (SLAUGHTER, 1994, p. 129-132), que leva a uma maneira de aplicação e interpretação do direito através do qual os juízes adentram em um processo de reflexão e diálogo com decisões alienígenas (SLAUGHTER, 1994, p. 101), internalizando-as em seus sistemas de modo a gerar, ainda que sem coordenação intergovernamental, uma construção progressiva de categorias e instituições compartilhadas (LUPI, 2009, p. 294-295).

Em estudo pioneiro, Anne-Marie Slaughter propôs algumas tipologias de interações, as quais variam quanto às formas de comunicação e ao grau de engajamento recíproco (SLAUGHTER, 1994).

Em relação à comunicação, há três possíveis formas. Ela pode ser horizontal, estabelecendo-se entre Cortes e juízes do mesmo *status* hierárquico em seus respectivos sistemas. Vertical, perfazendo-se entre Cortes e juízes ligados à jurisdição da outra, como ocorre com Tribunais nacionais em relação aos supranacionais. E mistas, aferidas quando Cortes supranacionais incentivam as comunicações horizontais ou atuam de maneira a disseminar princípios jurídicos nos demais ordenamentos (SLAUGHTER, 1994, p. 103-112).

No que se refere ao grau de engajamento recíproco, também são três os possíveis modos. Existem os diálogos diretos, mantidos por uma Corte ou juiz e correspondidos por outros. Os monólogos, verificados quando uma Corte ou juiz encampa decisões estrangeiras, para uso doméstico e sem reciprocidade, a fim de enriquecer e conferir força aos fundamentos de sua decisão. E os diálogos intermediários, que se concretizam por meio dos incentivos às interações

dados pelas Cortes supranacionais (SLAUGHTER, 1994, p. 112-114), nas situações em que referidas Cortes, por exemplo, respaldam determinada compreensão de um Tribunal nacional e assim a projetam para outros Tribunais internos (LUPI, 2009, p. 296).

O mesmo estudo aponta para algumas funções e pressupostos do Transjudicialismo, bem como para certas consequências do fenômeno.

Entre as funções residem o fortalecimento dos Tribunais supranacionais, uma melhor aceitação das obrigações internacionais, uma espécie de fertilização cruzada (*cross-fertilization*), o incremento do caráter persuasivo, da autoridade e da eficácia das decisões que adotam a prática e o fomento à deliberação coletiva acerca dos problemas comuns (SLAUGHTER, 1994, p. 114-122).

Os pressupostos são a independência da magistratura em relação ao Executivo e ao Legislativo, a confiança no poder da persuasão, mais do que na força, e uma percepção por parte dos Tribunais e juízes de que estes compartilham identidades e métodos no exercício de suas funções, agindo como aplicadores ou intérpretes do direito e não como atores políticos diretos (SLAUGHTER, 1994, p. 122-129).

As principais consequências radicam no incremento da qualidade das decisões a nível mundial, na autopercepção das Cortes como integrantes de uma comunidade jurídica transnacional, no esmaecimento das fronteiras entre direito doméstico e internacional, no aumento da proteção universal dos direitos humanos e no fortalecimento do princípio da separação dos Poderes em escala global (SLAUGHTER, 1994, p. 132-135).

A passagem pelas noções de Transconstitucionalismo e Transjudicialismo levada a efeito nas linhas precedentes revela afinidades que permitem, para os fins deste artigo, agrupá-las numa fórmula mais ampla que será denominada Diálogos Transjudiciais. Tais diálogos representam uma realidade que avança, notando-se menções cada vez mais recorrentes, em decisões mundo afora, a precedentes ou interpretações firmadas em Cortes de outras ordens jurídicas. Todavia, apesar de serem recebidos positivamente por expressiva parte do pensamento mundial, eles não são unanimidade.

Há quem vislumbre na prática uma perspectiva comunitarista a serviço do capitalismo ou de agendas globais em detrimento da soberania nacional. Afirma-se, ainda, que por meio dela as referidas agendas avançam via direito doméstico, substituindo e deixando em segundo plano os Tribunais Transnacionais (PEREIRA, 2012, p. 169-199), que não possuem força suficiente para implementá-las.

A divergência, que é teórica e também ideológica, justifica a observação segundo a qual o tema se convolou num “pomo de discórdia entre progressistas e conservadores” (ALLARD;

GARAPON, 2005, p. 19), entre o direito externo e a verticalidade legiscêntrica ou a anterioridade do precedente (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 72). E, a depender do modo pelo qual as interações transjudiciais operam, elas realmente podem enfrentar complicações do ponto de vista do Ativismo Judicial.

Por tais motivos, já se observou que similar intercâmbio transjudicial:

> (...) condensa em si mesmo as esperanças mais desmedidas e os receios mais irracionais. Alguns consideram-no o estádio último de um 'governo de juízes', transposto para um nível global, em detrimento dos interesses nacionais e da legitimidade democrática. Outros, pelo contrário, antevêem aqui o sinal de um caminhar lento, mas seguro, em direcção a um direito universal que, embora não esteja ainda concretizado – ainda estamos longe disso – constituiria, no entanto, o horizonte de expectativa de uma humanidade unida (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 09).

Na percepção dos autores deste artigo, o avanço dos Diálogos Transjudiciais é algo positivo, desde que ocorra de modo criterioso, técnico e equilibrado. Assim como ocorre com o direito comparado[8], as interações entre problemas e respostas constitucionais, entre institutos jurídicos, direitos, classificações, sistematizações, conceitos e outros permitem progressos importantes nas investigações históricas e filosóficas do direito. Elas também servem para o aperfeiçoamento do direito nacional, o melhoramento do regime das relações internacionais (DAVID, 1978, p. 27-36) e a identificação de eventuais tendências de unificação do direito em escalas continentais ou globais (FERRARI, 2014, p. 775-776).

Em toda a discussão também fica latente a problemática da transplantação. Sabe-se que princípios, regras, modelos, concepções e instituições "*that seem effective in other legal cultures may not transplant well to our own*" (RHODE, 2004, p. 39)[9]. É natural que, se cada sociedade tem uma cultura jurídica própria, um padrão de ideias, pensamentos e atitudes perante a lei e as instituições, não se possa simplesmente arrancá-las de uma sociedade e transplantar para outra (FRIEDMAN, 1978-1979, p. 29). Todavia, tal truísmo não impede que experiências jurídicas de outros sistemas, institutos, princípios ou compreensões neles firmadas migrem e auxiliem na a solução de problemas.

A maior parte dos ordenamentos compartilha normas fundamentais comuns (BARAK,

[8] Importa registrar que o direito comparado não se resume a um simples equivalente da utilização do método científico comparativo. Mostra-se inadequada a compreensão de que o direito comparado não passa de uma maneira formal de pesquisar e descrever o conhecimento aplicada ao setor jurídico, entendendo-se que se cuida, mais do que isso, de um ramo ou disciplina do direito que pode ser praticado com a utilização de diversos métodos científicos e suplanta a atividade de cotejamento, prestando-se a diversas finalidades não exclusivas dele.

[9] Tradução livre: "que parecem efetivas em outras culturas jurídicas podem não ser bem transportadas à nossa".

2006, p. 58), especialmente de índole genérica, desligadas das especificidades de instituições e princípios, que interagem, podem ser veiculadas por mecanismos afins e têm o efeito de amalgamar aspectos dos diversos sistemas positivos (MENDONÇA, 2016, p. 100). Isso é possível a partir do instante em que o direito é apreendido não tanto do ponto de vista de relativismos culturais, mas como ciência (ZANON JÚNIOR, 2014, p. 51) que, a exemplo da tecnologia, da medicina e da química, exibe algumas máximas gerais que cruzam livremente fronteiras (FRIEDMAN, 1978-1979, p. 29).

Contudo, mencionados intercâmbios não podem ser concebidos como um *free pass* para a fuga do direito nacional, para a escolha aleatória de um direito alienígena preferencial aos juízes ou para práticas similares, devendo ser pensados parâmetros para que eles se desenvolvam de maneira legítima.

O tópico que segue conterá uma articulação entre a categoria do Ativismo Judicial e os Diálogos Transjudiciais, numa tentativa de trazer à reflexão, com humildade científica, algumas diretrizes para que referidas conversações revistam-se de cientificidade e evitem os problemas de legitimidade democrática próprios das práticas judiciais ativistas.

4 ATIVISMO E DIÁLOGOS TRANSJUDICIAIS: PARÂMETROS PARA AS INTERAÇÕES

Para que as conversações transjudiciais assumam cientificidade e não se transformem em mero veículo do Ativismo no plano interno, alguns apontamentos podem ser externados na tentativa de trazer à reflexão e sistematizar parâmetros não-taxativos.

Os Diálogos Transjudiciais não têm como *habitat* natural aquele número maior e silencioso de demandas cotidianas, cujas decisões são tomadas com urgência, no improviso, automatizadas, sem luxos ou preocupações teóricas (GARAPON, 1998, p. 172). Eles encontram campo fértil sobretudo nos *hard cases* que são objeto de discussão pública ou ofereçam dificuldades na resolução fático-jurídica (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 24).

Casos difíceis são aqueles nos quais, por força do grau de incompletude dos ordenamentos jurídicos ou da incapacidade do legislador de antecipar todas as situações, inexiste uma solução jurídica clara na lei ou nos precedentes. Nessas zonas cinzentas, as interações transjudiciais podem auxiliar a produzir decisões compatíveis com o direito nacional e afinadas mundo afora. Elas também guardam potencial valioso em situações nas quais o direito nacional é ainda hesitante, não consolidado, dividido ou mesmo anacrônico, podendo encontrar um porto-seguro ou modernizar-se sob holofotes exógenos.

Em qualquer dessas possibilidades, o direito estrangeiro, antes de ser aceito de forma acrítica, precisa sofrer um processo de decantação pelo direito nacional, ser vertido para o léxico jurídico interno (LUPI, 2009, p. 303) e submetido a uma análise criteriosa acerca da compatibilidade entre princípios, institutos, conceitos e classificações gestados em famílias jurídicas diferentes (SALLES, 2021, p. 233-269). Significa que o direito interno ilumina, orienta e conduz as interações com o direito externo, em um processo sinérgico e dialético.

Tal concepção, como se vê, em nada é compatível com citações estrangeiras superficiais ou baseadas em *slogans* vagos, nas quais um princípio ou instituto é utilizado como artifício retórico para, sem uma contextualização consistente, justificar uma solução preferencial qualquer. Também não se justifica uma importação *ad hoc*, discricionária, seletiva, apartada do sentido do ordenamento. Sem qualquer desprestígio aos direitos transnacional e internacional em prol de um radical nacionalismo, o que se requer é uma autêntica conversação entre as fontes a partir do direito nacional. Uma decisão judicial consistente deve permear-se por toda essa consciência, necessariamente observando, quanto aos fatos e ao direito, um dever de fundamentação[10] que a legitime e lhe confira racionalidade.

Essas são reflexões ou premissas gerais, que permitem outros apontamentos mais específicos.

Um primeiro apontamento liga-se à determinação do direito aplicável. Mesmo sem se apegar ao formalismo jurídico e sem negar que as decisões judiciais sejam influenciadas por fatores empíricos, valores morais, consequências e raciocínios práticos, é válido pressupor que as decisões judiciais sejam determinadas primordialmente pelo direito, entendido como um corpo de normas aplicáveis por operações lógicas, como textos constitucionais ou legislativos e precedentes judiciais. Esse corpo de normas preserva como fonte imediata o direito nacional.

As conversações transjudiciais não autorizam que o direito estrangeiro seja utilizado como um puro e simples sucedâneo do direito nacional nas hipóteses em que, havendo direito legislativo ou jurisprudencial interno, a solução nele prevista descontente o juiz ou Tribunal. Simpatias judiciais por encaminhamentos forâneos fogem das interações legítimas, não podendo os diálogos ser reduzidos a um pretexto para a importação de soluções tidas como preferenciais em atropelo às normas domésticas.

Tal afirmação vale, aliás, para as duas acepções do Ativismo. Abrange tanto o desprendimento em relação ao direito nacional quanto a imposição, sem correspondência no ordenamento interno, de ações e omissões aos demais Poderes para efetivar direitos importados.

[10] A exigência de fundamentação incrementa a qualidade das decisões e reduz a discricionariedade dos agentes públicos. Ela também atua como um veículo de transparência. A respeito deste assunto: SUNSTEIN, 2001. p. 31.

Reduzir os diálogos transjudiciais a uma mera opção de escolha pelo direito alienígena é uma expressão do Ativismo Judicial.

Um segundo parâmetro deriva do primeiro e avança para uma questão também de método. A tomada da decisão judicial segue um itinerário próprio: ela parte da aferição dos fatos para a avaliação do direito, construindo-se a solução mediante a fusão de tais elementos. A interação com sistemas externos ocorre como um elemento adicional nesse processo cognitivo.

Em se tratando de regras, aplica-se a tradicional lógica da subsunção do fato à norma, com eventual avaliação de regras externas que possam, de alguma maneira, contribuir para a solução ou fortalecê-la. Perante os princípios, opera-se um raciocínio mais circular, via atribuição de valor normativo aos fatos, procedendo-se, ainda, à ponderação na hipótese de colisão (ZAGREBELSKY, 2003, p. 125-134). A aplicação dos princípios também pode passar por fertilizações com normas principiológicas e estudos dogmáticos estrangeiros. Quanto aos precedentes, as interações entre os julgados nacionais e alienígenas há de seguir o raciocínio analógico, comparando-se se as razões determinantes (*ratio decidenci*) e as proposições de direito que animam as decisões e os casos têm paralelismos suficientes que justifiquem a mesma decisão.

Chega-se então ao ponto nuclear deste segundo apontamento: os colóquios transjudiciais não se prestam a inverter o percurso, os polos e os métodos decisórios. É inviável que o direito estrangeiro sirva como ponto de largada ou fonte imediata para que, a partir dele, justifique-se retroativamente a decisão interna. O olhar direcionado a um direito externo a ser acriticamente importado, sem um percurso que parta das fontes domésticas e estabeleça os diálogos e adaptações com base nelas, mostra-se uma forma ilegítima de aplicação, configurando uma forma de Ativismo Judicial. Da mesma forma, é inviável que a interações com o direito estrangeiro desconsiderem as técnicas de aplicação de regras, princípios e precedentes, reduzindo-se a atos de vontade.

Há ainda um terceiro apontamento, que lida com questões variadas. Por vezes o direito estrangeiro não é trazido a campo com fins de aprimoramento da solução, mas como mera "prova de erudição" (NEVES, 2014, p. 198). Em outras ele é citado como fim em si, um argumento de autoridade (LUPI, 2009, p. 293) empregado para reduzir o dever de fundamentação. E existe sempre o risco de que a prática sirva como instrumento de colonialismo na cultura jurídica ou de bravatas em desfavor da ordem jurídica nacional (NEVES, 2014, p. 199-210).

Todas essas são formas inadequadas do emprego dos Diálogos Transjudiciais, pois

fogem às reais finalidades que os justificam. Mais do que inadequadas, essas práticas poderão revelar-se ativistas se, diante dos critérios já estudados, implicarem importação de soluções descontextualizadas, mera opção pelo direito estrangeiro, criação de um direito dissociado do ordenamento interno, estabelecimento de relações entre os Poderes que não se enquadrem nos arranjos constitucionais nacionais, entre outras configurações.

Para concluir, releva enfatizar que os intercâmbios entre Cortes e juízes mundo afora são um fenômeno relativamente recente, rico e repleto de complexidades. Cabe à doutrina e à jurisprudência, aos poucos, articulá-las com os atuais desafios da Ciência Jurídica, entre os quais o Ativismo Judicial, desenvolvendo parâmetros que lhes confiram balizas, suporte e legitimidade. É esta a pretensão do presente artigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ativismo Judicial e Diálogos Transjudiciais são temas técnicos, tanto quanto são complexos e controvertidos. Em determinada altura eles se tocam e passam a demandar, por parte da Ciência Jurídica, um desenvolvimento articulado. Descrever, sistematizar, conceituar e conjuminar tais categorias é determinante para a construção de parâmetros que confiram às interações transjudiciais cientificidade e legitimidade democrática.

O Ativismo Judicial pode ser conceituado como uma atitude jurisdicional de tendências transformadoras que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (*i*) interpretativo, aplicativo ou operativo, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, de precedentes ou de padrões jurídicos em geral, e (*ii*) institucional ou relacional, por meio de uma interferência mais direta nas atribuições dos demais Poderes. Em ambas as situações, confere-se aos juízes um papel que vai além da visão clássica de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar os excessos dos outros ramos. Inúmeras são as dimensões práticas e variados são os pontos de vista acerca do tema.

Por outro lado, os Diálogos Transjudiciais avultam no âmbito de um Direito cada vez mais Transnacional, estudando-se em doutrinas como o Transconstitucionalismo e o Transjudicialismo. Eles podem ser resumidos nos intercâmbios que juízes e Tribunais realizam mundo afora, na busca, especialmente diante dos *hard cases*, por respostas similares a problemas comuns. Sendo assim, provocam toda uma sorte de interações entre ordens jurídicas que gravitam em eixos distintos, mas revelam convergências, acoplamentos e afinidades. Tal como o Ativismo, eles despertam inúmeras indagações sobre se têm cabimento e, caso afirmativo, como e em que intensidade devem ocorrer.

A articulação entre essas categorias permite trazer à reflexão determinados apontamentos, numa tentativa de construir parâmetros não-taxativos sujeitos a um contínuo desenvolvimento.

Para tanto, é importante firmar a premissa de que os diálogos travados entre juízes e Cortes não têm como *habitat* natural as situações rotineiras e de fácil resolução. Eles se prestam, notadamente, a auxiliar o Judiciário a construir respostas adequadas em situações nas quais o direito nacional é turvo, ou seja, não dispõe de uma solução jurídica clara, podendo contribuir, também, nos casos em que tal direito é lacunoso, hesitante ou anacrônico.

Sobretudo nessas hipóteses de turbidez, lacuna, hesitação ou anacronismo, as interações transjudiciais permitem que sejam produzidas decisões sólidas, modernizadas, compatíveis com o direito nacional e afinadas mundo afora. Isso se dá mediante um processo de decantação e adaptação das outras fontes ao direito interno, efetuando-se uma criteriosa análise de compatibilidade entre princípios, institutos, conceitos e classificações gestados em sistemas ou famílias jurídicas diferentes. Significa que o direito interno ilumina, orienta e conduz os diálogos com o direito externo, em um processo sinérgico e dialético.

Daí resultam algumas variáveis. A determinação do direito aplicável não pode se resumir a um mero ato de escolha pelo direito externo. As interações entre Juízes e Cortes devem atenção aos métodos de aplicação de regras, princípios e precedentes. O uso dos colóquios fora de seu propósito legítimo deve ser evitado, assim como deve sê-lo todo tipo de prática que implique, de um modo geral, importação de soluções descontextualizadas, criação de um direito dissociado do ordenamento interno, estabelecimento de relações entre os Poderes que não se enquadrem nos arranjos constitucionais nacionais, entre outras possibilidades ativistas. Uma decisão transjudicial consistente deve permear-se por toda essa consciência, necessariamente observando, quanto aos fatos e ao direito, um dever de fundamentação que a legitime e lhe confira racionalidade.

O tema é recente e ainda percorrerá inúmeros capítulos da história, objetivando-se que o presente artigo, dotado de pretensões contidas, sirva como efetiva contribuição ao tema.

REFERÊNCIAS

ACCATTATIS, Vincenzo**. Governo dei giudici e giudici del governo**. 7. ed. Franco Angeli: Milano, 2008.

ALLAN, James. Judicial activism: vanity of vanities. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 71-88.

ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation.*

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. v. 1, n. 4, p. 1-24, 2009. Disponível em: < https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488 >. Acesso em: 3 fev. 2021.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul. v. 3, n. 53, p. 51-66, set/dez 2017. Disponível em: < https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11371/6969 >. Acesso em: 3 fev. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 2. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Ltda, 1978. Título original: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de direito internacional privado**. 12. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. *In*: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.

FRANCIONI, Francesco. Il diritto di acesso alla giustizia nel diritto Internazionale generale. In: FRANCIONI, Francesco; *In:* FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffré, 2009. p. 03-44.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. The judicial activism of the european court of justice. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, v. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 173-180.

FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. *In:* CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. Vol. II. book I: promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-36.

FRIEDMAN, Lawrence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses.*

GHEZZI, di Morris L. Il panorama e le rovine: Alla ricerca di uno stato democratico di diritto in Italia. *In:* LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici:** la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1996. p. 49-64.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre faticidade e validade. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen.*

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução: Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Editora Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational law*.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1.441-1478, out. 2004. Disponível em: < https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359 >. Acesso em: 12 mai. 2021.

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 71, p. 181-207, 1994. Disponível em: < https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers >. Acesso em: 12 mai. 2021.

KURLAND, Philip. B. Government by judiciary. **University of Arkansas at Little Rock Journal,** v. 2. n. 2. p. 307-322, 1979. Disponível em: < https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol2/iss2/1/ >. Acesso em: 12 mai. 2021.

LA TORRE, Massino. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and European experiences. Ius Gentium, vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodolodia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

LAWRENCE A., Alexander. Judicial activism: clearing the air and the head. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. Ius Gentium, v. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 15-21.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O TRANSJUDICIALISMO E AS CORTES BRASILEIRAS: Sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S.

l.], v. 4, n. 3, p. 293–314, 2014. Disponível em: < https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6156 >. Acesso em: 4 fev. 2021.

MASTITZ, Anna; PEDERZOLI, Patricia. Training the legal professions in Italy, France and Germany. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995. p. 155-180.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed, rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos**. Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (online). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponível em: < https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/ >. Acesso em 21 de agosto de 2018.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958 >. Acesso em: 21 ago. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVIERO, Maurizio. Costituzionalismi, crisi della democrazia e populismi. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; e BONISSONI, Natammy. **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018. p. 275-292.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. *Brazilian Journal of international Law.* Brasília, v. 09, n. 4, p. 169-199, 2012. Disponível em: < https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/interacoes-transjudiciais-e-transjudicialismo-sobre-a-linguagem-ironica-no-direito-internacional-juiz-ruitemberg-nunes-pereira >. Acesso em: 4 fev. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.

RODOTÀ, Stefano. Magistratura e politica in Italia. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici:** la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiacomo Feltrinelli editore, 1996. p. 17-30.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático:** intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático:** intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 e 201-212, january/1947.

SHAPIRO, Martin. The success of judicial review and democracy. *In*: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization.** New York: Oxford University Press, 2002. p. 149-183.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: < https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/ >. Acesso em: 4 fev. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time:** judicial minimalism on The Supreme Court. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Título original: *Il Diritto Mitte: legge, diritii, giustizia.*

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ed. Curitiba: Prismas, 2014.

Submissão: 12/05/2021. Aprovação: 19/12/2023.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A HIPÓTESE DA LOTERIA DE MARMOR[*]

CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW AND MARMOR'S LOTTERY HYPOTHESIS

Henrique Napoleão Alves[1]
Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo:
O presente artigo discute o cenário proposto por Marmor em que um sistema de loteria computadorizado exerce o controle de constitucionalidade. O autor usa esse cenário para criticar a legitimidade do sistema existente. O artigo tem dois objetivos principais: descrever os argumentos de Marmor e entendê-los de maneira crítica. A etapa descritiva é realizada por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, com a descrição precisa dos argumentos de Marmor e sua contextualização na literatura existente. A etapa de compreensão e crítica também é realizada por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, além de interpretação e argumentação racional. O artigo se justifica pela importância social dos tribunais constitucionais e suas bases de legitimidade, e pela ausência de outros trabalhos com a mesma abordagem, e pode ser relevante para estudos de Filosofia do Direito, da teoria constitucional e do controle de constitucionalidade. Os principais resultados incluem uma reflexão sobre como a alternativa da loteria não escancara a ilegitimidade do sistema existente, que pode ser defendido por sua capacidade de produzir soluções juridicamente fundamentadas; fazer frente às necessidades de competência jurídica impostas pelos casos difíceis; permitir algum grau de segurança, previsibilidade e confiança; entre outras razões.
Palavras-chave:
Filosofia do Direito. Teoria da constituição. Controle de constitucionalidade. Loteria constitucional.

Abstract:
This article discusses the scenario proposed by Marmor in which a computerized lottery system exercises judicial review. The author uses this scenario to criticize the legitimacy of the existing system. The article has two main objectives: to describe Marmor's arguments and to understand them critically. The descriptive stage is carried out through theoretical and bibliographic research, with a precise description of Marmor's arguments and their contextualization in the existing literature. The understanding and critique stage is also conducted through theoretical and bibliographic research, as well as interpretation and rational argumentation. The article is justified by the social importance of judicial review and constitutional courts, and their bases of legitimacy, and the absence of other works with the same approach. It may be relevant for studies in the philosophy of law, constitutional theory, judicial review. The main findings include a reflection on how the lottery alternative does not starkly expose the illegitimacy of the existing system, which can be defended for its ability to produce legally grounded solutions; meet the needs for legal expertise imposed by difficult cases; allow some degree of security, predictability, and trust; among other reasons.
Keywords:
Legal philosophy. Constitutional theory. Judicial review. Constitutional lottery.

1. INTRODUÇÃO

Enquanto conceito jurídico, o controle de constitucionalidade (*judicial review*) se refere ao poder dos tribunais para examinar os atos dos demais poderes, determinar se esses atos são

[*] O presente artigo reflete as visões de seu autor em caráter individual.

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-doutoramento em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra. Professor universitário. Advogado e Consultor Jurídico da Organização dos Estados Americanos (OEA) na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

compatíveis com a constituição, e declarar a nulidade ou a invalidade desses atos se forem considerados incompatíveis. O controle de constitucionalidade é justificado formalmente pelo princípio da supremacia da constituição (*lex superior*) e pressupõe um judiciário desvinculado e independente (RYTTER, 2001, p. 139; BARCELLOS, 2018 [capítulo 14]; MENDES; BRANCO, 2017 [capítulos 1, 2, 10]). O conceito remonta ao caso emblemático de *Marbury v. Madison*, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou ter autoridade para declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso. Desde então, o controle de constitucionalidade se tornou um princípio fundamental do direito constitucional em muitos países ao redor do mundo.[2]

O controle de constitucionalidade assume várias formas. Em países como o Quênia, é limitado a disputas específicas entre litigantes e só pode ser invocado retrospectivamente, ou seja, aplica-se apenas a ações já realizadas ou leis já em vigor. Na França, ocorre de forma abstrata, fora do contexto de um caso contencioso e até mesmo antes da aplicação de uma lei contestada (com a particularidade de que é exercido pelo *Conseil constitutionnel*, um órgão que pode incluir membros que não são especialistas jurídicos, após triagem da *Cour de Cassation* e do *Conseil d'État*). A jurisdição para exercer o controle de constitucionalidade também varia. Diversos juízos e tribunais nos Estados Unidos e no Brasil têm autoridade para examinar alegações de inconstitucionalidade, enquanto em países como Alemanha e África do Sul, esse poder é exclusivo de cortes constitucionais especializadas (TATE, 2023; BARCELLOS, 2018, [capítulo 14]; LEVUSH, 2020).

As cortes constitucionais são cortes estabelecidas para interpretar e aplicar constituições e para controlar a constitucionalidade de leis e outros atos normativos, desempenhando assim um papel crucial no exercício do controle de constitucionalidade. Elas são normalmente compostas por juízes nomeados por seu conhecimento jurídico (*legal expertise*), o que faz com que sejam vistos como mais distantes a pressões e interferências políticas. Seu papel é garantir que os princípios e valores consagrados na constituição sejam respeitados e preservados pelo Estado e outros atores na sociedade. O presente artigo engaja filosoficamente com uma reflexão perspicaz sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade e das cortes constitucionais proposta pelo filósofo Andrei Marmor (MARMOR, 2014).

[2] Ver, *v.g.*, CHEMERINSKY, 2019, p. 39-47 (um comentário sobre *Marbury v. Madison*); DELANEY; DIXON, 2018 (Um estudo coletivo editado por Delaney e Dixon com contribuições sobre as características e desafios do controle constitucional em diferentes países e sistemas jurídicos).

Qual seria a justificação moral e política do controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais? Por que uma instituição não-democrática, composta por poucas pessoas e não responsabilizável (*accountable*) profissional e politicamente, deveria ter o dizer ou a palavra final? Em novembro de 2014, numa conferência ante a academia brasileira, o filósofo Andrei Mamor partiu desses questionamentos para tratar do tema da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade das leis (MARMOR, 2014).[3] Segundo Marmor, a resposta típica ou tradicional é que o Poder Judiciário deve ser "não democrático" para cumprir o seu papel de expediente contra a tirania da maioria. Para testar a legitimidade do controle de constitucionalidade, Marmor concebe um cenário hipotético no qual o controle e a declaração de inconstitucionalidade de leis se dá randomicamente: uma loteria constitucional feita por um computador e que produza os mesmos resultados médios de revisão constitucional alcançados pelo sistema empiricamente existente (MARMOR, 2014). Em seguida, o filósofo do Direito decide questionar até que ponto esse curioso sistema hipotético de loteria constitucional seria, de fato, pior do que o sistema existente, e fá-lo por meio da colocação de cinco argumentos a favor do último, e de seus correspondentes contrapontos. Marmor também critica a ideia de que a corte constitucional cumpre o papel de expediente contra a tirania da maioria (MARMOR. 2014).

O presente artigo pretende compreender criticamente a posição adotada por Marmor. Para tanto, pretende alcançar dois objetivos principais: descrever a crítica de Marmor à jurisdição constitucional, a partir da comparação desta com o sistema de loteria; refletir sobre se, e em que medida, essa crítica é procedente. Metodologicamente, o trabalho concentrou-se em realizar, por meio de pesquisa teórica e bibliográfica (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22)[4]: i) um fichamento da conferência de Marmor; ii) uma pesquisa bibliográfica para averiguar se Marmor se referiu à ideia da loteria em alguma de suas publicações, e se outro/a pesquisador/a já havia tratado do tema; iii) a descrição e a compreensão críticas da posição de Marmor a partir dos insumos dos pontos anteriores e segundo princípios de racionalidade. Sobre esse último ponto, é importante destacar que a descrição dos argumentos de Marmor procurou ser a mais fiel possível, com o intuito de evitar distorções argumentativas (SINNOT-ARMSTRONG; NETA, 2015; FOGELIN; SINNOT-ARMSTRONG, 2010, p. 108)[5], e que as fontes apuradas e consultadas foram não apenas reproduzidas ou sintetizadas, mas confrontadas entre si e

[3] A palestra está disponível, na íntegra, na Internet.

[4] (Sobre como a vertente jurídico-teórica de pesquisa se relaciona mais diretamente com a Filosofia do Direito e sobre como enfatiza, *inter alia*, aspectos conceituais ou ideológicos).

[5] O debate racional de ideias pressupõe a colocação dos argumentos do interlocutor segundo a sua melhor versão possível.

transcendidas por outras formas de raciocínio em busca da posição mais consistente. Daí o caráter filosófico e argumentativo do presente trabalho, uma reflexão inserida na Filosofia do Direito e nas suas aplicações ao debate sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 22)[6].

Em conclusão, ainda no campo metodológico, o trabalho se justifica pela importância social dos tribunais constitucionais e, logo, da reflexão sobre suas bases de legitimidade, assim como por não terem sido encontrados outros trabalhos, na literatura existente, com a mesma abordagem ou com as mesmas fontes examinadas. Neste sentido, o trabalho deverá ser do interesse de todos os envolvidos no estudo da Filosofia do Direito, da teoria da constituição e áreas correlatas ao entendimento da jurisdição constitucional.

Num primeiro momento, os argumentos de Marmor são descritos e situados entre diferentes usos da ideia da "loteria", tendo em vista os resultados da pesquisa bibliográfica sobre esse ponto. Em continuação, na etapa de compreensão crítica, às proposições de Marmor são apresentados contrapontos e itens de diálogo. Por fim, o artigo traz observações de síntese e conclusão com o intuito de atender, de forma fundamentada, aos objetivos gerais supramencionados.

2. A IDEIA DE UMA "LOTERIA" E A CRÍTICA DO SISTEMA EXISTENTE

Metáforas a partir da ideia da *loteria* não são de todo novas no âmbito da Filosofia do Direito. Um exemplo disso reside em reflexões sobre interpretação de normas legisladas. No livro *The nature of legislative intent*, Richard Ekins argumenta, em diálogo com outro texto de Marmor (intitulado *The Pragmatics of Legal Language* [MARMOR, 2008, p. 429]), que o debate entre os membros do Poder Legislativo é sempre estratégico, e frequentemente o resultado de um acordo entre eles consiste em uma decisão assumidamente incompleta: o texto é intencionalmente produzido de modo a permitir várias interpretações, na esperança de que a interpretação que interessa um determinado legislador ou conjunto de legisladores prevaleça nas disputas seguintes (2012, p. 237-238). Ao abordar o mesmo tema no artigo *A Comment on the Positive Canons Project*, Jorgensen e Shepsle comparam tal comportamento a uma "loteria": os membros do legislativo "assumem o risco interpretativo" (*take their interpretive chances*) nas "loterias contenciosas subsequentes" (*subsequente litigation lotteries*) (JORGENSEN; SHEPSLE, 1994, p. 45).

[6] Sobre como a vertente jurídico-teórica de pesquisa se relaciona mais diretamente com a Filosofia do Direito e sobre como enfatiza, *inter alia*, aspectos conceituais ou ideológicos

Outro exemplo reside na avaliação que Carlos Maxiliano faz do que chamou de *jurisprudência sentimental*. Paul Magnaud (1848-1926), conhecido como *o bom juiz*, foi um magistrado e político francês. Seu trabalho como magistrado foi assim descrito por Maximiliano: "Imbuído de ideias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos." Para Maximiliano, Magnaud foi exemplo da "jurisprudência sentimental" que ele via com reservas: "Quando o magistrado se deixa guiar pelo sentimento", escreveu Maximiliano, "a lide degenera em loteria, ninguém sabe como cumprir a lei a coberto de condenações forenses" (2011, p. 68).

É interessante que o texto de Maximiliano tenha sugerido a associação entre a imagem da loteria, do randômico, com a imagem do juiz sentimental. A rigor, e a despeito de continuar criticável por outras razões, a adoção de critérios pessoais ou emocionais para decidir pode se dar de maneira consistente ao longo do tempo. Se for este o caso, então não haveria o resultado imprevisível ou de pouca previsão. À parte disso, será exposto, em continuação, como a posição de Marmor caminha no sentido oposto ao da referida associação de imagens: a sugestão que se retira de suas considerações é a de que a jurisdição constitucional operada pelos homens pode ser tão arbitrária que se torna difícil defendê-la em comparação ao modelo de loteria, i.e., de decisões tomadas aleatoriamente por um computador.

Sem embargo, Marmor apropria-se da imagem da loteria para um propósito distinto dos citados. De imediato, vale esclarecer que ele não está verdadeiramente defendendo uma loteria constitucional como alternativa ao *judicial review*; quer apenas fazer uso de um cenário hipotético um tanto absurdo para reforçar a tese de que, em última análise, o sistema corrente não pode ser justificado. Como ele logra esclarecer (sobretudo, ao longo dos debates subsequentes à conferência principal [MARMOR, 2014]), o ponto central é mostrar que o sistema existente não é tão melhor assim ou tão menos arbitrário do que a loteria constitucional; e que, por isso, não possui uma fundamentação sólida em sua defesa.

A exposição de Marmor pauta-se pela formulação de argumentos em defesa do sistema existente, em comparação com a hipótetica alternativa de uma loteria constitucional, e, em seguida, por sua refutação (MARMOR, 2014).

O primeiro argumento a favor do sistema existente é que a loteria seria pior por não guardar relação alguma com o conteúdo do texto constitucional. A este argumento, Marmor apresenta duas objeções:

(1) Os casos examinados pela Suprema Corte estadunidense e que dão azo ao controle de constitucionalidade são tipicamente aqueles em que o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é claro o suficiente.

(2) O sistema da loteria constitucional poderia ser modificado pontualmente para que nele adentrem apenas os casos em que não haja consenso interpretativo (em que haja espaço para discordâncias ou desacordos jurídicos, morais e políticos plausíveis).

O segundo argumento é que a ideia da loteria constitucional pode ser, de algum modo, interessante, mas o público jamais concordaria com ela. É o chamado argumento da percepção do público (*public perception objection*).

Marmor responde à objeção de que ninguém concordaria com uma loteria constitucional ao levantar dois contra-argumentos: (i) a loteria é uma situação hipotética concebida para fins filosóficos, i.e., Marmor não está realmente defendendo a loteria como uma alternativa real; (ii) a percepção do público não importa para fins do argumento (principal) que Marmor está a avançar.

O terceiro argumento é o de que uma loteria constitucional violaria a legalidade ou primado do Direito (*Rule of Law*). Marmor se contrapõe a ele sustentando, inicialmente, que a loteria não é, *per se*, contrária à legalidade ou ao primado do Direito (*Rule of Law*), como ilustram os casos em que mecanismos de loteria são autorizados pelo Direito. O exemplo principal dado por ele diz respeito a uma possível loteria para a alocação de recursos escassos, como sói ocorrer com licenças para táxis. Marmor afirma, ademais, que todos poderiam concordar que ser governado por leis previamente cognoscíveis é algo positivo, e admite que a loteria constitucional não permite que se saiba de antemão, com grande segurança, o que de fato o Direito exige (claro: num funcionamento ótimo da loteria, é impossível saber qual norma será declarada inconstitucional). No entanto, defende que também o sistema existente gera incertezas, e que, mesmo se admitirmos que o grau de incerteza seja maior na loteria constitucional, ainda assim há no mecanismo um ganho de equidade [*fairness*], especialmente porque os casos controvertidos julgados pela Corte Constitucional caracterizam-se por contar com partes opostas que igualmente defendem pretensões plausíveis e razoáveis [*reasonable claims*].

O quarto argumento é que não há nada na loteria constitucional que encoraje a Corte a pautar-se por princípios constitucionais (*compliance with constitutional principles*); ao revés, no sistema existente isso ocorre, ainda que imperfeitamente. Levando-se em conta o longo prazo, o sistema existente induz conformidade com princípios constitucionais, especialmente porque legisladores e *policy-makers* podem ser influenciados pelas decisões da Corte.

Marmor contesta o argumento também por meio de dois contra-argumentos: (1) Argumentar pelo cumprimento de "princípios" (obscuros) subjacentes à Constituição pode não ser uma vantagem verdadeira. (2) É bastante controverso que o sistema existente de fato encoraje legisladores e *policy-makers* a agir segundo princípios constitucionais, havendo evidências de que a [declaração] de inconstitucionalidade não represente ameaça ou óbice algum para atos contrários posteriores.

Para melhor fundamentar o ponto (2), Marmor supõe uma situação em que os eleitores queiram uma lei *X*, apesar de ela ser bastante questionável do ponto de vista constitucional. O legislador deve votar a favor de sua aprovação? A resposta é: claro que sim. Trata-se de uma situação *ganha-ganha* (*win/win situation*) para o legislador: se vota a favor dela, vê sua popularidade aumentar. Se a Corte posteriormente declará-la inconstitucional, o legislador poderá culpar a Corte. Se a Corte não declará-la inconstitucional, o legislador poderá dizer aos eleitores: “Viram como eu estava certo ao aprová-la?”. O argumento da conformidade com princípios constitucionais seria, portanto, empiricamente falso.

O quinto e último argumento descrito e contestado por Marmor é assim configurado: conquanto a loteria constitucional possa ser programada para limitar a regra da maioria com a mesma intensidade que o sistema existente desempenha esta função (v.g. com a declaração de inconstitucionalidade da mesma quantidade de normas legisladas), ainda assim ela é uma alternativa pior, porque *o sistema existente de controle de constitucionalidade limita a regra da maioria da maneira correta*. Isso se dá por duas características desse sistema: competência jurídica (*legal expertise*) e processo deliberativo de tomada de decisões.

Marmor centra seus contra-argumentos nessas duas características. Quanto à competência jurídica (*legal expertise*) dos magistrados que tomam as decisões no sistema existente, o filósofo do Direito alega que, na verdade, este não pode ser um bom fundamento, porque o que a maior parte dos casos constitucionais exige não é competência jurídica (*legal expertise*), mas competência moral (*moral expertise*).

O processo deliberativo de tomada de decisões, por sua vez, não torna o sistema existente superior porque funciona apenas para dar *munição argumentativa* (*argumentative ammunition*) aos juízes; não muda a forma como pensam os juízes, mas apenas os ajuda a encontrar mais facilmente razões para fundamentar as suas visões pessoais a respeito do caso.

Na mesma exposição Marmor (2014) cuida também de dois argumentos a favor do sistema existente (para além da comparação entre o sistema de revisão judicial e uma loteria constitucional).

O primeiro é o de que o sistema existente tende a ser legítimo, no sentido de ser socialmente aceitável, por refletir a moralidade pública a longo prazo. Marmor, então, se contrapõe ao argumento por considerar que ele gera uma inconsistência com a defesa comum de que o controle de constitucionalidade tem o condão de ir contra o consenso público. Além disso, se o que o justifica é sua capacidade de ser espelho da sociedade, há uma deficiência de justificação, pois nisso os legisladores seriam melhores do que os magistrados.

O segundo argumento é que as cortes constitucionais desempenham um papel crucial na proteção dos direitos das minorias vulneráveis. É um argumento tradicional a favor da legitimidade das cortes constitucionais e do controle de constitucionalidade. Esse ponto, por sua vez, levanta, segundo Marmor, uma questão empírica: cortes são, de fato, melhores do que outras instituições na tarefa de proteger minorias? Na forma como ele interpreta a história do controle de constitucionalidade [*judicial review*] nos Estados Unidos da América, a resposta tende a ser negativa pelas seguintes razões principais: *(i)* a maioria dos casos desta matéria lidam com leis infraconstitucionais, como, e.g., o *Civil Rights Act* (1964); *(ii)* os mecanismos de proteção de minorias como as *class action suits* têm sido restringidos pela Suprema Corte. Para Marmor, em suma, a proteção das minorias seria melhor alcançada por um remodelamento do sistema eleitoral.

3. UM COMENTÁRIO SOBRE OS ARGUMENTOS PRINCIPAIS DE MARMOR

A presente seção cuida dos argumentos principais de Marmor por meio de uma síntese de sua reflexão filosófica em cinco pontos, sendo cada um deles seguido de comentários.

I. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional por guardar alguma relação com o conteúdo do texto constitucional, pois (i) nos casos difíceis enfrentados pela corte constitucional o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é claro o suficiente e (ii) é possível imaginar a aplicação da loteria apenas para tais casos difíceis.

Nos casos difíceis enfrentados pela corte constitucional, argumenta Marmor, o conteúdo ou significado do texto constitucional não é suficientemente claro. Assim, não seria possível defender a superioridade do sistema existente por ele guardar relação com o texto constitucional.

O que Marmor ataca é, de fato, um desafio reconhecido para o direito constitucional. Os juízes frequentemente se deparam com casos difíceis em que o texto constitucional não

oferece uma solução clara. No entanto, em vez de sugerir uma falha do sistema, esses casos destacam a necessidade de interpretação judicial e da aplicação de raciocínio e precedentes jurídicos para navegar pelas ambiguidades constitucionais.

As complexidades e nuances são parte fundamental do direito e é exatamente por isso que competência jurídica (*legal expertise*) e treinamento jurídico são cruciais. Essa competência jurídica inclui compreender o contexto, os princípios e os objetivos do direito, bem como a melhor forma de interpretar e aplicar a norma para garantir justiça, equidade e respeito aos valores constitucionais. Isso não é algo que um sistema de loteria possa replicar.

Em relação à sugestão de Marmor de que a loteria poderia ser aplicada apenas aos casos difíceis, embora isso possa equalizar os resultados desde um ponto de vista estatístico, a alternativa da loteria deixaria de levar em consideração as nuances de casos individuais. As decisões jurídicas não são puramente estatísticas. Elas envolvem princípios de justiça, equidade e aplicação da norma a contextos específicos. Além disso, a própria divisão de casos em difíceis e não-difíceis é subjetiva e depende de interpretação judicial. Portanto, o sistema de loteria ainda exigiria uma autoridade jurídica apta a determinar quais casos são difíceis, adicionando mais uma camada de complexidade e potencial inconsistência ao processo.

No livro intitulado *Law in the Age of Pluralism*, publicado em 2007, Marmor fez uma reflexão interessante sobre o caráter arbitrário de um sistema de loteria que vem a calhar. Naquela ocasião, Marmor estava preocupado em refletir sobre o que significa igualdade no âmbito do poder político. Se igualdade for sinônimo de dar a cada um dos participantes da sociedade uma parcela igual de poder para determinar o resultado de decisões políticas, então um sistema de loteria justo poderia ser uma forma adequada de implementar esse princípio igualitário, e uma forma mais eficaz do que aquela do sistema de votação majoritária. Entretanto, diz Marmor, existem boas razões para rejeitar o sistema de loteria. "Um procedimento de decisão da loteria minaria a racionalidade do estágio de deliberação da democracia." "[A]s pessoas deveriam ter uma oportunidade igual de influenciar a decisão política. Não faz sentido sustentar que as pessoas devem ter uma oportunidade significativa de influenciar um resultado político quando o resultado é inteiramente determinado pelo acaso." A contribuição das pessoas no processo de deliberação precisa ter "uma influência potencial sobre o resultado. Isso só pode ser alcançado se houver alguma conexão causal entre a deliberação e a decisão. Qualquer tipo de sistema de loteria rompe essa conexão causal e, portanto, torna o processo de deliberação inteiramente supérfluo." "[A] teoria democrática pressupõe que a deliberação é, pelo menos potencialmente, um processo racional que pode levar

a mudanças nas opiniões das pessoas que culminarão na votação final." (MARMOR, 2007, p.76).

Esse raciocínio pode ser estendido ao contexto de decisões judiciais decorrentes do controle de constitucionalidade. De modo comparável, no contexto de decisões judiciais, a loteria rompe a conexão causal entre argumentos e resultado, mina a racionalidade da decisão, impede que as pessoas possam influenciar o resultado. Esse impedimento contraria as normas jurídicas que visam, em cada ordenamento, a garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório na solução de controvérsias. A loteria inviabiliza que as partes influenciem, através de fatos e argumentos, a decisão final. Da mesma forma, a loteria impede que a autoridade judicial cumpra com o seu dever de fundamentação, i.e., com a sua obrigação de demonstrar, por meio de razões públicas, que analisou os fatos e argumentos trazidos pelas partes e que decidiu racionalmente por uma das formas possíveis de solucionar a lide.[7]

Além de prejudicar os direitos das partes e os deveres das autoridades judiciais em face das partes, o rompimento da conexão entre os argumentos e o resultado implica em prejuízos também para todas as demais pessoas e instituições que participam do debate jurídico de forma direta ou indireta, o que inclui aqueles que tomam parte das lides como terceiros de toda sorte ou amigos do tribunal (*amici curiae*) e os que participam a qualquer título do debate público, que influencia a determinação do sentido e do alcance das normas jurídicas em face das constantes transformações sociais. Sobre esse último ponto, vale lembrar o texto clássico de Peter Häberle, originalmente publicado em 1975, no qual o jurista defendeu a ideia de que a interpretação constitucional não deve ser fechada, confiada somente aos juízes e aos "participantes formais do processo"; ao contrário, o processo de interpretação vincula-se potencialmente a "todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos", devendo, assim, ser "mais um elemento da sociedade aberta." (2014 [1975], p. 26-27).

O fato do sentido de o texto constitucional ser por vezes duvidoso não implicaque a tomada de decisões no controle de constitucionalidade tradicional seja tão arbitrária quanto um rolar de dados. Mesmo num modelo de loteria constitucional modulada, i.e., em que a constitucionalidade seja decidida randomicamente apenas nos casos de grande discordância jurídica, moral e política, emergem os riscos – ou as certezas – de a decisão randômica ser mais arbitrária do que os parâmetros decisórios comumente adotados em casos difíceis e de a decisão randômica bloquear um momento importante de debate público e processual sobre os temas de

[7] Sobre o conteúdo desse dever, ver: BECK, 2017, p. 923-951; HO, 2000, p. 42-65. Sobre o conteúdo desse dever no contexto do direito brasileiro e também tendo em vista a teoria comparada do direito, ver: ALVES, 2018, p. 275-305.

grande discordância – um desserviço à possibilidade de amadurecimento coletivo pela via da deliberação.

II. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional pela objeção das pessoas quanto a última, pois (i) a loteria é uma situação hipotética para fins exclusivamente filosóficos e (ii) a percepção do público não importa para o argumento principal.

Em relação ao argumento II, é preciso reconhecer que, de fato, o sistema de loteria descrito por Marmor é uma situação hipotética usada para fins filosóficos. Esse tipo de hipótese pode ser legitimamente usado filosoficamente para testar nossas intuições sobre como os sistemas devem operar. No entanto, embora essa abordagem possa oferecer insights teóricos, ela não necessariamente se traduz em vantagens práticas ou resultados superiores quando aplicada em situações do mundo real, especialmente em questões de justiça.

Em relação à alegação de Marmor de que a percepção pública não importa para o argumento principal, embora isso possa ser defendido em termos de validade formal do argumento, nos sistemas jurídicos do mundo real, a percepção pública da legitimidade do sistema judicial é fundamental. A confiança no sistema judicial é um pilar da estabilidade social. Se um sistema jurídico for percebido como aleatório, mesmo que estatisticamente projetado para replicar resultados passados, isso pode corroer a confiança pública. As pessoas geralmente esperam que as decisões judiciais sejam resultado de uma deliberação fundamentada em princípios jurídicos, e não de resultados aleatórios.

A percepção do público e o seu apoio importa para a legitimidade de qualquer modelo institucional de tomada de decisões e de solução de controvérsias que se apresente como passível de implementação. A fala inicial de Marmor, aliás, reforça isso, pois ele começa a sua reflexão questionando o caráter não-democrático de tribunais constitucionais como a Suprema Corte estadunidense, ou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, possivelmente no sentido de que seus membros não são eleitos pela população. Aqui, é preciso lembrar que a soberania popular não é a única fonte de legitimidade para o poder político num Estado Constitucional. Dentro dos parâmetros de um conceito mais amplo de democracia, entendendo-a não apenas como governo fundado na soberania popular, mas também como fundado no compromisso com os direitos fundamentais (inclusive e especialmente quando a soberania popular for contrária a eles), uma corte constitucional pode ser democrática mesmo que os seus membros não tenham sido eleitos por voto popular, a sua legitimidade decorrendo das razões que adota e do papel

que desempenha contra eventuais tiranias de maiorias. O sistema da loteria mina a possibilidade dessa legitimidade por meio da deliberação pública e do raciocínio.

Além disso, um sistema puramente estatístico ou algorítmico pode ter dificuldade em se adaptar às mudanças sociais, aos novos desafios jurídicos e à evolução das concepções de justiça. Os juízes, em suas deliberações e interpretações, podem incorporar essas mudanças, estabelecendo novos precedentes e ajudando a evolução do Direito. Esse dinamismo pode ser difícil de ser capturado no modelo da loteria.

III. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional quanto à legalidade ou primado do Direito (Rule of Law), pois (i) mecanismos semelhantes à loteria são juridicamente admitidos em certas situações (e.g., para alocação de recursos escassos); e (ii) o sistema existente também gera incertezas; (iii) mesmo que o nível de incerteza seja maior na loteria, há um ganho em termos de equidade (fairness).

Em relação ao argumento III, Marmor defende que as loterias são legalmente admitidas em determinadas situações, como a alocação de recursos escassos. No entanto, as circunstâncias em que as loterias são geralmente aplicadas são significativamente diferentes do processo de tomada de decisão judicial. Na alocação de recursos escassos, uma loteria pode ser vista como uma forma justa de distribuir os recursos igualmente entre as partes quando não há uma maneira clara ou justa de decidir quem deve recebê-los. No entanto, na tomada de decisões jurídicas, especialmente nas decisões envolvidas no controle constitucional, os interesses geralmente são maiores e frequentemente envolvem questões de justiça, direitos fundamentais, ética e interpretação jurídica.

Em relação à alegação de que o sistema existente gera incertezas: isso é correto. A complexidade das normas, a interpretação de princípios jurídicos e a aplicação desses princípios a casos individuais inevitavelmente envolvem algum grau de incerteza. No entanto, essa incerteza geralmente é abordada por meio do uso de precedentes, competência jurídica e argumentação fundamentada, de modo a fornecer algum nível de consistência e previsibilidade. Se um caso é complexo, a competência jurídica da juíza ou do juiz, sua experiência e compreensão do Direito e sua aplicação podem oferecer orientação para a interpretação e aplicação das normas jurídicas ao caso em questão. Em contraste, um sistema de loteria introduz um elemento de aleatoriedade que não resolve as incertezas e, neste sentido, acaba por adicionar mais imprevisibilidade. Esse sistema alternativo carece da possibilidade de tomada de decisão fundamentada, um componente fundamental do processo judicial. Ademais, não permite a

interpretação e aplicação das normas jurídicas de maneira sutil e específica ao contexto de cada caso, e essa é uma função essencial do Poder Judiciário. Embora o sistema atual tenha suas incertezas, essas são enfrentadas por meio de tomada de decisão fundamentada, competência jurídica e uso de precedentes, o que agrega valor e legitimidade ao processo judicial.

Em termos de equidade, a principal vantagem do sistema de loteria residiria em sua inerente imparcialidade. Como a decisão seria tomada de maneira aleatória, estaria livre de quaisquer vieses, preconceitos ou influências externas que possam afetar juízos humanos. Nesse sentido, o sistema de loteria poderia proporcionar uma forma de equidade processual, especialmente em casos em que existem argumentos fortes em ambos os lados ou em que as normas e princípios legais existentes não ditam claramente um resultado.

No entanto, é importante ressaltar que a equidade não é apenas uma questão de imparcialidade formal e matemática. A equidade substantiva ou material, que diz respeito à justiça do próprio resultado, também é crucial. A equidade substantiva diz respeito ao conteúdo da decisão ou resultado em si, além do simples procedimento utilizado para chegar a esse resultado. Envolve fornecer justiça de uma maneira que leve em consideração os detalhes do caso, os méritos dos argumentos, os direitos e deveres das partes envolvidas, a intenção por trás das regras ou princípios em questão, e as amplas implicações sociais da decisão. Quando um caso é decidido por meio de uma loteria, o resultado é completamente desconectado desses fatores. Isso pode levar a resultados que, embora sejam procedimentalmente justos no sentido de serem imparciais, podem não ser substantivamente justos.

Além disso, as decisões judiciais frequentemente têm funções além de apenas resolver disputas. Elas também esclarecem e desenvolvem o Direito, estabelecem precedentes e enviam mensagens sociais. Um sistema de loteria não poderia cumprir essas funções da mesma forma, pois seus resultados não seriam baseados em interpretações fundamentadas na norma e em valores sociais.

É preciso também considerar a percepção de equidade. Mesmo que um sistema de loteria possa ser teoricamente visto como justo em certos aspectos, pode não ser percebido assim pelo público. A confiança no sistema judicial depende em grande parte da crença de que as decisões são tomadas por meio de julgamentos fundamentados, e não por mera chance aleatória. O sistema jurídico, em sua essência, trata da aplicação de regras e princípios a situações e disputas específicas. Essas regras e princípios são formulados por meio de um processo democrático e pretendem ser justos, consistentes e previsíveis. Se os resultados dos casos concretos fossem determinados por uma loteria, isso poderia comprometer significativamente esses princípios. Decisões judiciais lidam com direitos, liberdades e com a

eventual punição de pessoas concretas. A decisão que tiver como base um resultado aleatório pode ser percebida como intrinsecamente injusta e arbitrária, minando a confiança do público no sistema jurídico. O sistema de loteria, assim, falha em garantir a justiça substantiva, cumprir as funções mais amplas das decisões judiciais e manter a confiança pública no sistema judicial. Embora seja uma proposta intrigante, pode não representar um ganho global em termos de equidade, entendida aqui, portanto, como formal e material.

As razões importam, e o resultado do sistema da loteria não reflete nem mesmo as razões da parte vencedora, quanto mais da parte perdedora da disputa. Ao extremo da decisão que é tomada de maneira viciada e desrespeitosa com o ponto de vista razoável de alguma das partes, a melhor resposta não está no extremo randômico em que a decisão é tomada em prol de uma das partes, mas sem a influência de qualquer razão de quaisquer das partes.

Em uma controvérsia, o fato de que o argumento de uma das partes é escolhido em detrimento do outro não significa que o argumento da parte perdedora não tinha nenhum mérito. O argumento escolhido pode simplesmente ter sido mais forte ou melhor alinhado com as regras ou princípios estabelecidos que estão sendo utilizados para julgar o caso. No entanto, um sistema de loteria aleatória não levaria em consideração nenhum desses fatores. Isso significa que a decisão resultante estaria desconectada dos argumentos apresentados, em prejuízo do próprio conceito de um processo de tomada de decisão racional.

Embora o ato de tomar decisões no campo do direito possa ser complexo e, às vezes, parecer arbitrário, ele não é desprovido de racionalidade. Em sua forma tradicional, ele se baseia em análise, deliberação e um certo grau de adesão aos princípios estabelecidos. Adotar um sistema de aleatoriedade não apenas interrompe esse processo, mas também corre o risco de minar os princípios de justiça e equidade que são fundamentais para um sistema jurídico funcional.

No texto *Interpretation and Comparative Analysis*, Robert Summers e Michele Taruffo diferenciam as decisões judiciais segundo três tipos de padrão de justificação: (i) o padrão básico, entendido como o mais simples e que se caracteriza pela utilização de um único argumento na justificação da decisão; (ii) o padrão cumulativo, em que há vários argumentos diferentes que concorrem para uma mesma conclusão interpretativa; (iii) o padrão mais complexo, no qual a decisão trata de vários argumentos cumulados em cada um dos sentidos conflitantes, resolvendo o conflito entre os argumentos motivadamente (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479-481).

É possível comparar os três tipos de padrão de justificação a uma escala sobre arbitrariedade judicial em que, naturalmente, o padrão básico é entendido como o mais

arbitrário, e o padrão mais complexo como o menos arbitrário. Neste contexto, é também possível admitir que o padrão mais arbitrário possa ser quase tão indefensável quanto uma loteria decisional, mas o mesmo não pode ser dito em relação ao padrão mais complexo.

A questão torna-se, portanto, outra: não mais possivelmente abrir mão do sistema existente porquanto indefensável, mas refletir sobre formas de aprimorá-lo para que o terceiro padrão seja predominante.

PADRÕES DE JUSTIFICAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS
PADRÃO BÁSICO
É o padrão mais simples, e se caracteriza pela utilização de um único argumento na justificação da decisão – geralmente argumentos linguísticos de palavras ou termos comuns ou técnicos (jurídicos e não-jurídicos) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479).
PADRÃO CUMULATIVO
É o padrão que apresenta vários argumentos diferentes que concorrem para uma mesma conclusão interpretativa. Geralmente é adotado em virtude de diferentes fatores, como: dúvidas sobre a força justificatória de um único argumento; a importância social da matéria decidida; receio de que a decisão do tribunal seja interpretada como uma extrapolação de função; necessidade de justificação mais detida diante do grave ônus que a decisão trará para a parte derrotada; necessidade de levar em consideração os argumentos suscitados pelo advogado; irrecorribilidade da decisão (foreclosure of appeals) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 479-480). Este padrão adquire duas formas básicas: na primeira, há um sentido (linguístico) comum ou técnico que é corroborado por argumentos de outros tipos (de harmonização contextual, analogia, congruência com precedentes ou princípios gerais, intenção do legislador, finalidade da norma etc.); na segunda, inexistem argumentos linguísticos viáveis, daí a referência a outros tipos de argumento para esclarecer o sentido da linguagem vaga, ambígua ou indeterminada do texto normativo interpretado (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 480).
PADRÃO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
É o padrão mais complexo, e nele a decisão trata de vários argumentos cumulados em cada um dos sentidos conflitantes, resolvendo o conflito entre os argumentos por algum dos seguintes modos de solução: (1) um argumento prevalece sobre o outro que se revelou inaplicável, como, e.g., quando se demonstra que um sentido comum inicialmente arguido não tem nenhuma força em virtude da

> inexistência da convenção linguística que o fundamentaria; (2) a força inicial de um argumento é anulada, como, e.g., quando um argumento linguístico perde sua força diante de um argumento contextual que demonstra que o legislador usou as palavras interpretadas num sentido especial, e não no sentido comum defendido; (3) o argumento está subordinado ao argumento contrário em virtude de uma norma que assim determina (contudo, por vezes tal norma é derrotável); (4) um argumento tem uma dimensão de peso maior do que o seu rival (as razões por trás dos argumentos ou as evidências são mais fortes do que as rivais – processo que pode ou não depender do emprego de algum outro tipo de argumento ou da menção a valores num segundo nível de discussão) (SUMMERS; TARUFFO, 1991, p. 480-481).

No mesmo sentido, vale retomar o argumento de Marmor de que a loteria constitucional gera um ganho de equidade (*fairness*) nos casos difíceis, em que ambas as partes defendam pretensões plausíveis e razoáveis. O que pode estar em jogo nessas situações é a ideia segundo a qual se o caso é difícil, o Direito não o resolve; se o Direito não o resolve, a decisão será bem mais subjetiva do que nos casos fáceis; se a decisão será bem mais subjetiva, e se ela declarará uma parte vencedora e uma parte perdedora, a parte perdedora poderá se opor de uma maneira especial ao resultado. Se, por outro lado, a parte perdedora na demanda decidida pela loteria acredita que a decisão foi efetivamente tomada de maneira randômica, essa parte não poderá se opor ao resultado sob as bases de ele ter sido fruto de um juízo subjetivo ou parcial que minava as suas chances iguais de vencer ou perder. Num processo judicial, porém, equidade não é uma probabilidade pré-determinada de vencer uma demanda, independente de fatos e de argumentos. A igualdade entre as partes se manifesta precisamente no respeito aos corolários do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do dever judicial de examinar os fatos e argumentos apresentados pelas partes e de justificar a decisão.

IV. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional por encorajar a observância de princípios constitucionais, pois: (i) a própria noção de "princípios" é controversa; e (ii) há evidências de que a declaração de inconstitucionalidade não dificulta futuras inconstitucionalidades por parte de legisladores e policy-makers.

Em relação ao argumento IV, embora seja verdade que o conceito de "princípios" possa ser controverso e sujeito a interpretação, isso não diminui seu papel fundamental no sistema jurídico. Os princípios funcionam como a base do direito, fornecendo um quadro normativo

que orienta a interpretação e tomada de decisões jurídicas. Eles atuam como pilares da justiça, equidade, igualdade e do primado do Direito (*Rule of Law*), entre outros. Os princípios podem ser interpretados de maneira diferente em diferentes contextos, é verdade; mas essa flexibilidade pode ser uma vantagem, e não uma desvantagem, permitindo que o Direito se adapte a uma variedade de situações, ao mesmo tempo em que se mantém fiel a um conjunto de valores fundamentais. Em contraste com o sistema de loteria, o sistema existente de controle constitucional permite o engajamento com esses princípios de maneira sutil e adaptável.

Além disso, embora seja verdade que a declaração de inconstitucionalidade nem sempre previne a ocorrência de futuras ações inconstitucionais, isso não necessariamente aponta para uma falha fundamental no sistema existente, mas talvez para as complexidades e desafios inerentes a um sistema democrático, onde múltiplos atores têm seus papéis a desempenhar. O controle de constitucionalidade atua como um mecanismo de peso e contrapeso, fornecendo um importante mecanismo retificativo que preserva os princípios constitucionais e os direitos. Ademais, o objetivo do controle de constitucionalidade não é apenas prevenir a ocorrência de futuras ações inconstitucionais, mas também abordar e corrigir as ações presentes. Ao declarar uma lei ou política inconstitucional, a corte protege os direitos e princípios constitucionais dos cidadãos, mesmo que não possa garantir que legisladores e formuladores de políticas sempre sigam essas determinações no futuro. As funções educativas e dissuasórias dessas decisões não são insignificantes e não devem ser subestimadas ou descartadas *in totum.*

V. Não se pode dizer que o sistema existente é superior à loteria constitucional no controle da regra da maioria, porque: (i) como o que a maior parte dos casos constitucionais exige não é propriamente competência jurídica (legal expertise), mas competência moral (moral expertise), não se pode dizer que a competência jurídica existente no sistema de revisão e ausente na loteria conduza a um controle melhor da regra da maioria; (ii) como o processo deliberativo de tomada de decisões funciona apenas para que os magistrados encontrem mais facilmente razões para fundamentar suas visões pessoais a respeito do caso, tampouco se pode dizer que esse processo possa resultar num controle melhor da regra da maioria.

O argumento de Marmor de que a maioria dos casos constitucionais exige mais competência moral (*moral expertise*) do que jurídica é uma afirmação que admite debate. O direito constitucional frequentemente envolve a avaliação de questões jurídicas de interpretações complexas que requerem um alto grau de compreensão e conhecimento jurídicos. Embora a competência moral desempenhe um papel, ela não é o único determinante da tomada

de decisão constitucional. A competência jurídica é crucial na interpretação de textos normativos, na compreensão de precedentes e na aplicação de doutrinas jurídicas a situações específicas, inclusive aquelas carregadas de dissenso moral.

Além disso, um sistema baseado principalmente na competência moral (*moral expertise*) pode correr o risco de enfatizar demasiadamente perspectivas morais individuais subjetivas, o que pode levar a uma menor consistência e previsibilidade na tomada de decisões. O sistema de loteria proposto por Marmor certamente estaria desprovido dessas considerações, concentrando-se apenas nos resultados medianos sem o processo de raciocínio e interpretação jurídica.

O outro ponto de Marmor sugere que a tomada de decisão deliberativa serve principalmente para justificar a visão pessoal de um juiz ou juíza sobre um caso. É verdade que os juízes podem trazer suas perspectivas pessoais para suas deliberações; no entanto, o processo de raciocínio jurídico e julgamento também é projetado para garantir que eles se engajem criticamente com o Direito, os fatos e os argumentos das partes envolvidas. Não é apenas um processo para racionalizar vieses pessoais.

Além disso, o processo deliberativo, incluindo a redação de votos e decisões, facilita a transparência e a responsabilização, pois esses documentos escritos expõem, em algum nível, o processo de raciocínio ao escrutínio da cidadania. Esse processo deliberativo é vital para garantir a legitimidade do sistema jurídico, promover a confiança pública e estabelecer um precedente para casos futuros. Em contraste, um sistema de loteria carece desse aspecto deliberativo, pois determina os resultados com base em um algoritmo sem levar em conta as circunstâncias e argumentos específicos de cada caso. Tal sistema não oferece o mesmo nível de transparência, responsabilização e tomada de decisão detalhada que são aspectos cruciais do nosso sistema existente.

O argumento de que o processo deliberativo de tomada de decisões tipicamente presente nas cortes constitucionais não funciona para que os magistrados alcancem um entendimento mais profundo sobre o caso que estão a decidir tem, fundamentalmente, uma dimensão empírica que pode ser debatida. Mas, supondo que Marmor esteja correto, não seria o caso de advogar por uma reforma que aumente o potencial deliberativo da corte? E também não é possível imaginar algum grau de deliberação, em quantidade suficiente para permitir uma diferenciação clara entre o processo decisório no sistema de revisão e um processo totalmente randômico? Mesmo nas decisões individuais há a possibilidade de deliberação; há a possibilidade de o magistrado adotar uma posição prévia, buscar a fundamentação jurídica de sua posição e mudar de ideia (em relação à sua posição original) diante das razões jurídicas examinadas. Um

exemplo antigo foi reportado por Carlos Maximiliano, e consiste na reprodução, *ipsis litteris*, do relato de um magistrado austríaco, o vienense Unger: “Quando se me apresenta um caso forense para decidir, eu tiro a sentença, primeira e imediatamente, do próprio senso ou consciência jurídica; e procuro a princípio a base legal e a justificação teórica do meu prejulgamento; porém, se verifico, enfim, que um preceito positivo se contrapõe aquela decisão provisória, considero um dever profissional subordinar à lei a minha convicção espontânea de jurista.”(2011, p.68).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exposto nos tópicos anteriores permite atender de forma fundamentada aos objetivos gerais do presente artigo: descrever a crítica de Marmor à jurisdição constitucional pela via de sua comparação com um mecanismo de loteria e refletir sobre se, e em que medida, essa crítica é procedente. A partir do que foi examinado e debatido neste ensaio de Filosofia do Direito, apresento, nos parágrafos seguintes, pontos de síntese e conclusão:

5.1. Metáforas baseadas na ideia de uma "loteria" não são novas no campo teórico. Marmor apropria-se dessa ideia para imaginar um cenário hipotético em que o controle constitucional ocorre aleatoriamente, por meio de uma loteria constitucional computadorizada. Marmor então questiona em que medida o sistema da loteria seria realmente pior do que o sistema existente de controle constitucional.

5.2. Marmor argumenta contra o sistema existente apresentando suas objeções ao argumento de que o sistema da loteria seria pior por não guardar nenhuma relação com o texto constitucional. Marmor salienta que os casos que demandam controle constitucional são tipicamente aqueles em que o conteúdo ou sentido do texto constitucional não é suficientemente claro. Marmor também sugere que o sistema de loteria constitucional poderia ser pontualmente modificado para que decida apenas os casos em que não há consenso interpretativo.

5.3. É verdade que juízes frequentemente se deparam com casos difíceis em que o texto constitucional não oferece uma solução clara. No entanto, em vez de sugerir uma falha do sistema, esses casos destacam a necessidade de interpretação judicial e aplicação de raciocínio e precedentes jurídicos para navegar pelas ambiguidades constitucionais. Essas complexidades e nuances são parte fundamental do direito e é exatamente por isso que competência jurídica (*legal expertise*) e treinamento jurídico são cruciais. A sugestão de Marmor de limitar a aplicação da loteria aos casos difíceis ainda é incapaz de levar em consideração as nuances de casos individuais. Ademais, a própria divisão de casos em difíceis e não-difíceis é subjetiva e

depende da interpretação judicial. O próprio Marmor reconheceu, num texto anterior, e no contexto do exercício do poder político, que decisões determinadas pela aleatoriedade rompem a conexão causal entre argumentos e resultado, e impedem que as pessoas influenciem o resultado. O mesmo se aplica a decisões tomadas aleatoriamente por cortes constitucionais.

5.4. Marmor contesta o argumento de que o sistema existente teria maior legitimidade devido ao fato de que as pessoas em geral provavelmente rejeitariam a ideia da loteria, e o faz por meio de duas objeções: primeiro, a loteria foi colocada apenas como uma situação hipotética que serve a fins filosóficos; segundo, a percepção pública não importaria para os propósitos do argumento (principal) que Marmor apresenta em sua reflexão sobre os limites do sistema existente.

5.5. É verdade que o sistema de loteria é uma situação hipotética usada para fins filosóficos. Isso é uma empreitada filosófica legítima. Embora essa abordagem possa oferecer insights teóricos, ela não se traduz necessariamente em vantagens práticas ou resultados superiores quando aplicada em situações do mundo real. Nos sistemas jurídicos do mundo real a percepção pública da legitimidade do sistema judicial é fundamental. As pessoas geralmente têm a expectativa de que as decisões judiciais sejam resultado de uma deliberação fundamentada em regras e princípios jurídicos, e não de resultados aleatórios. A confiança no sistema judicial é um pilar da estabilidade social. Além disso, um sistema puramente estatístico ou algorítmico pode ter dificuldade em se adaptar a mudanças sociais, novos desafios jurídicos ou entendimentos evolutivos sobre justiça. Os juízes, em suas deliberações e interpretações por meio do sistema existente, podem incorporar essas mudanças.

5.6. Marmor sustenta que não é possível afirmar que o sistema existente é superior à loteria constitucional quanto à legalidade ou primado do Direito (*Rule of Law*). Nesse sentido, ele argumenta que existem exemplos de mecanismos semelhantes à loteria juridicamente admitidos ou estabelecidos legalmente no contexto de alocação de recursos escassos. Além disso, embora reconhecendo que a loteria constitucional não nos permite saber de antemão, com grande certeza, o que o Direito nos exige, salienta que o sistema existente também gera incertezas e, mesmo que o nível de incerteza seja maior na loteria, a loteria permitiria um ganho em termos de equidade (*fairness*).

5.7. De fato, a aleatoriedade é admitida pelo Direito em determinadas situações, tal como o exemplo da designação de licenças para táxis por meio de uma loteria. No entanto, as circunstâncias do exemplo são diferentes do processo de tomada de decisão judicial, onde os interesses geralmente são maiores e frequentemente envolvem questões de justiça, direitos, ética e interpretação jurídica. Além disso, apesar de o sistema existente gerar incertezas, elas

geralmente são abordadas por meio do uso de precedentes, competência jurídica e argumentação fundamentada, o que pode fornecer um certo nível de consistência. Em termos de equidade, a principal vantagem do sistema de loteria residiria em sua imparcialidade inerente e em uma forma de justiça processual. No entanto, a equidade não é apenas uma questão de imparcialidade matemática. O sistema existente pode ser defendido como um meio de alcançar equidade substantiva, que diz respeito à justiça do próprio resultado, bem como à percepção de equidade. A igualdade entre as partes pode se manifestar no acesso ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, e à decisão fundamentada que leva em conta os fatos e argumentos apresentados pelas partes. Além disso, as decisões têm função de resolver disputas e também de servir como instrumentos para esclarecer e desenvolver o Direito, estabelecer precedentes e enviar mensagens sociais, e nada disso pode ser cumprido da mesma forma pela alternativa da loteria.

5.8. Segundo Marmor, tampouco é possível defender a superioridade do sistema existente em virtude de sua capacidade de encorajar a observância de princípios constitucionais, uma vez que argumentar pela conformidade com "princípios" (obscuros) pode não ser uma verdadeira vantagem, além de ser controverso se o sistema existente realmente incentiva os legisladores e formuladores de políticas a agirem de acordo com princípios.

5.9. É verdade que a noção de “princípios” pode ser controversa e sujeita a interpretações. No entanto, os princípios continuam sendo o alicerce do direito. Sua flexibilidade pode ser vantajosa, pois permite que o Direito se adapte a uma variedade de situações, ao mesmo tempo em que se mantém fiel a um conjunto de valores fundamentais. É verdade que a declaração de inconstitucionalidade nem sempre previne atos inconstitucionais por parte dos outros poderes, mas isso apenas mostra as complexidades e desafios inerentes em um sistema democrático, onde múltiplos atores têm seus papéis a desempenhar. Ademais, o objetivo do controle de constitucionalidade não é apenas prevenir futuras ações inconstitucionais, mas também enfrentar e corrigir as inconstitucionalidades presentes. A função educativa e dissuasória dessas decisões não é insignificante e não deve ser subestimada.

5.10. Marmor concebe a loteria como programável para limitar a tirania da maioria com a mesma intensidade que o sistema existente desempenha essa função – por exemplo, fazendo com que a loteria declare a inconstitucionalidade do mesmo número de leis que o sistema existente, em média, invalida. Ao argumento de que o sistema existente seria superior porque limita a tirania da maioria pela competência de juízes humanos, num processo deliberativo, Marmor contra-argumenta que, em primeiro lugar, o que a maioria dos casos constitucionais requer não é exatamente competência jurídica (*legal expertise*) legal, mas sim competência

moral (*moral expertise*); e em segundo lugar, as deliberações servem apenas para fornecer munição argumentativa aos juízes para justificar suas visões pessoais.

5.11. O argumento de Marmor de que a maioria dos casos constitucionais exige maior competência moral do que jurídica é passível de debate. Embora a competência moral desempenhe um papel, ela não é o único determinante da tomada de decisão constitucional. É verdade que os juízes podem trazer perspectivas pessoais para suas deliberações; porém, o processo deliberativo não serve somente para justificar as visões pessoais do juiz sobre um caso. As preferências do juiz são limitadas pelas alegações factuais e jurídicas apresentadas pelas partes e pelas regras e princípios aplicáveis ao caso. O processo deliberativo não é apenas um meio de racionalizar vieses pessoais. Seus aspectos públicos expõem o raciocínio dos juízes ao escrutínio da cidadania. Embora seja um exercício interessante de Filosofia do Direito, a hipótese da loteria não parece cumprir o papel de escancarar a ilegitimidade do sistema existente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Napoleão. "NCPC e o dever de fundamentação das decisões". In: BONITO, Rafhael Frattari; GODOI, Marciano Seabra de; LOBATO, Valter de Souza (coords.). **Os Impactos do Novo CPC sobre o Processo Judicial Tributário, v. 3**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BECK, Luke. The constitutional duty to give reasons for judicial decisions. **University of New South Wales Law Journal**, Volume 40, Issue 3, p. 923-951, 2017.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**: Principles and Policies. 6 ed. New York: Wolters Kluwer, 2019.

DELANEY; Erin F.; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative Judicial Review**. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2018.

EKINS, Richard. **The nature of legislative intent.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

FOGELIN, Robert; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. **Understanding Arguments**: An Introduction to Informal Logic. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição [*Die Offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Ein Beitrag Zur Pluralistischen und "Prozessualen" Verfassungsinterpretation*]. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Direito Público**, v. 11, n. 60 (Assunto Especial – Textos Clássicos), p. 25-50, 2014 [1975].

HO, H. L. The judicial duty to give reasons. **Legal Studies**, Volume 20, Issue 1, p. 42-65, 2000.

JORGENSEN, Miriam R.; SHEPSLE, Kenneth A. A Comment on the Positive Canons Project. **Law and Contemporary Problems**, v. 57, n.1, p.43-49, Winter 1994.
LEVUSH, Ruth. **The Constitutional Council and Judicial Review in France**. Library of Congress, 4 Nov. 2020. Disponível em: https://blogs.loc.gov/law/2020/11/the-constitutional-council-and-judicial-review-in-france/. Acesso em 29 mai. 2023.

MARMOR, Andrei. **Randomized Judicial Review.** F. Constitutionalism, Nov. 6, 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=aZOYFSTlmGo. Acesso em: 2 set. 2015.

MARMOR, Andrei. The Pragmatics of Legal Language. ***Ratio Juris***, v. 1, n. 4, p.423-452, dec. 2008.

MARMOR, Andrei. **Law in the Age of Pluralism**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 [1924-1925].

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS ROMEU, Francisco. The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions. **Review of Law & Economics**, Volume 2, Issue 1, p. 103-135, 2006.

RYTTER, Jens Elo. "Judicial Review of Legislation – a Sustainable Strategy on the Enforcement of Basic Rights." In: SCHEININ, Martin et. al. **Welfare State and Constitutionalism** - Nordic Perspectives. Nordic Council of Ministers, 2001.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; NETA, Ram. **Think Again**: How to Reason and Argue. *Coursera.org*, August / December 2015. Disponível em: https://class.coursera.org/thinkagain-006. Acesso em: 9 dez. 2015.

SUMMERS, Robert; TARUFFO, Michele. "Interpretation and Comparative Analysis". In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil. Interpreting Statutes**: a comparative study.** Aldershot: Dartmouth, 1991.

TATE, Neal. Judicial review – Definition, Forms, & Facts. **Britannica**, 5 January 2023. Disponível em: www.britannica.com/topic/judicial-review. Acesso em 24 mai. 2023.

Submissão: 08/09/2020. Aprovação: 11/09/2023.

VULNERABILIDADE DE MULHERES ENCARCERADAS: FATORES EDUCACIONAIS NO PANORAMA BRASILEIRO

VULNERABILITY OF INCARCERATED WOMEN: EDUCATION FACTORS IN THE BRAZILIAN PANORAMA

Valmôr Scott Júnior[1]
Universidade Federal de Pelotas

Daniela Cristien Silveira Mairesse Coelho[2]
Universidade Federal de Pelotas

Resumo: Esta pesquisa analisa a vulnerabilidade educacional de mulheres encarceradas, sob o viés da Criminologia da Libertação. Sustenta-se a necessidade de uma Criminologia *desde* a América Latina, aplicada aos contextos do cárcere brasileiro, a fim de buscar uma alternativa ao controle social imposto pela "Velha Criminologia" tradicional. Tem como pressuposto compreender como essa proposta criminológica, aplicada ao Brasil, repercute na vulnerabilidade educacional de mulheres encarceradas, pois acredita-se que essa abordagem pode atenuar as desigualdades vivenciadas no cárcere. Investiga, num primeiro momento, sob a perspectiva de epistemologias emergentes, examinar as possibilidades de uma Criminologia latino-americana, especialmente a Criminologia da Libertação. Por fim, investiga-se o direito social à educação e sua repercussão no encarceramento de mulheres, através do contexto histórico educacional do Brasil e a legislação cerca da educação no cárcere. No que concerne às escolhas metodológicas, trata-se de uma pesquisa qualitativa, que utiliza o método dialético e como técnica, a análise de conteúdo em documentos.
Palavras-chave:
Criminologia da Libertação. Educação. Mulheres. Cárcere.

Abstract:
This research analyzes the educational vulnerability of incarcerated women, under the bias of Liberation Criminology. The need for Criminology from Latin America, applied to the contexts of Brazilian prison, is sustained in order to seek an alternative to the social control imposed by the traditional "Old Criminology". It has as an assumption to understand how this criminological proposal, applied to Brazil, has repercussions on the educational vulnerability of incarcerated women, as it is believed that this approach can mitigate the inequalities experienced in prison. It investigates, at first, from the perspective of emerging epistemologies, to examine the possibilities of Latin American Criminology, especially Liberation Criminology. Finally, we investigate the social right to education and its impact on the incarceration of women, through the historical educational context of Brazil and the legislation around education in prison. With regard to methodological choices, it is a qualitative research, which uses the dialectical method and as a technique, the content analysis in documents.
Keywords:
Criminology of Liberation; education; women; prison.

[1] Doutor em Educação/UFSM; Mestre em Educação/UFSM; Especialista em Direito/UFSM; com graduação em Direito/UNICRUZ, Licenciatura - PEG/UFSM. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas/ UFPel; Coordenador adjunto do PPGD/UFPel; Professor Permanente no Mestrado em Direito - PPGD/UFPel, na Linha de Pesquisa 2 - Direito e Vulnerabilidade Social.; Líder do G-DEV - Direito, Educação e Vulnerabilidade - DGP/CNPq.

[2] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) e bolsista CAPES. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA - 2010/2015). Advogada.

INTRODUÇÃO

O estudo consiste na análise da vulnerabilidade educacional de mulheres encarceradas, no Brasil, sob o viés da Criminologia da Libertação. Amparando-se no contexto de uma Criminologia "desde" a América Latina, aplicada aos contextos das mulheres encarceradas no Brasil, busca-se encontrar uma alternativa ao controle social imposto pela "Velha Criminologia".

Pelo viés da Criminologia da Libertação, proposta inicialmente nos estudos de Lola Aniyar de Castro, para entender o controle social formal (exercido pelas agências penitenciária, judiciária e policial) é necessário analisar as formas mais amplas de controle socializado, sendo o controle informal[3] – a *educação* – o primeiro passo para compreender o controle social formal.

Nesse contexto, a pesquisa, após consulta e com base em estudiosos como: Andrade (2012); Castro (2005); Zaffaroni (2013); Quijano (2014); Dussel (1994); Lugones (2014) e criminólogos responsáveis pelo estudo do trajeto histórico da Criminologia, estabelece uma estruturação do texto que prioriza autores latino-americanos. A escolha por autores para além das fronteiras da América Latina está amparada ou na problematização de seus pensamentos criminológicos[4] ou por sua complementariedade[5] aos estudos criminológicos latino-americanos.

Diante disto, convém apresentar, brevemente, a organização textual do estudo. Inicialmente, as leituras indicam o direcionamento para a Criminologia da Libertação que surge como emancipação criminológica, vez que inspirada na Criminologia Crítica. A Criminologia da Libertação carrega a história da Criminologia na América Latina, dotada de especificidades que levam à investigação sobre a (não) existência de uma criminologia latino-americana e as possibilidades de uma Criminologia da Libertação aplicada ao panorama Brasil.

Posteriormente, o estudo destina-se a analisar o direito social à educação das mulheres, mediante um recorte a partir da Criminologia da Libertação, de modo a conjugar a crítica ao controle social informal da educação. Posteriormente, apresenta-se o percurso metodológico do estudo. Em razão do conteúdo da pesquisa, entendeu-se que o método de abordagem adequado é o dialético, especialmente, o materialismo dialético. Neste contexto, explica-se a utilização

[3] Do qual fazem parte também a religião, a família, a mídia falada, escrita, a internet, a medicina, o mercado de trabalho e etc.
[4] No Capítulo acerca das Criminologias dominantes.
[5] Como, por exemplo, Santos (2011) e os demais criminólogos responsáveis pela construção da criminologia crítica, em maior ou menor grau.

do método dialético que pressupõe a análise da totalidade, das contradições e dos conflitos. A partir disso, estuda-se a realidade dos fenômenos, assumindo seu constante movimento, observando além das aparências. Busca-se, com o método dialético, a compreensão sobre o direito social à educação relacionado às mulheres encarceradas.

Neste processo de construção do estudo, convém especificar o caminho para a busca e análise dos dados. Trata-se de pesquisa qualitativa, a qual por meio da análise de dados estatísticos e seu cruzamento com o referencial teórico trabalhado, proporciona maior profundidade à pesquisa.

O percurso metodológico está dividido em: análise documental (dados do Departamento Penitenciário Nacional e Informações Penitenciárias (DEPEN/INFOPEN) acerca da escolaridade da população carcerária; dados do IBGE acerca da educação no Brasil; dados sobre a escolaridade e criminalização das mulheres entre os anos de 2014 a 2017 (não há dados oficiais publicados sobre outros períodos temporais) e; a descrição e análise dos dados qualitativos, por meio de análise documental e de conteúdo.

No item seguinte, apresentam-se os resultados e a discussão produzida a partir dos relatórios do INFOPEN Mulheres de 2014 a 2017 e, de modo complementar, dados estatísticos do IBGE. A partir da Análise de Conteúdo, emergiu a categoria: fatores educacionais.

A partir desta pesquisa, há uma contribuição para a produção do conhecimento em Direito, sustentada pela utilização de uma criminologia alternativa, territorial, adequada ao contexto brasileiro e comprometida com a realidade do sistema prisional. Por fim, justifica-se também por seu compromisso com a comunidade, buscando promover o diálogo entre os presídios e a sociedade, ainda que os muros e as grades separem e escondam as mazelas da execução penal.

No que concerne ao direito social à educação e a realidade social, propõe-se a valorização do que é produzido no “Sul” e para o “Sul”, principalmente, no que diz respeito à Criminologia. Esta pesquisa compreende a América Latina como um centro de produção acadêmica, apto a analisar, identificar e produzir soluções para o sistema penal.

Diante destas considerações, surge a seguinte inquietação: De que modo a Criminologia da Libertação repercute na vulnerabilidade educacional de mulheres encarceradas? Esta pergunta de pesquisa será respondida no decorrer do presente estudo.

1 CRIMINOLOGIA LATINO-AMERICANA X CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO

Não há como tratar da Criminologia da Libertação sem que, necessariamente, sejam abordadas as teorias da libertação, seu surgimento, características e história. Em 1968, Gustavo Gutiérrez Merino, teólogo peruano e sacerdote dominicano, em uma conferência intitulada "*Hacia una teologia de la liberacíon",* sinaliza a quebra do enfoque do desenvolvimento, em voga na América Latina até 1965. Essa conferência foi o impulso necessário para a ocorrência da Segunda Conferência Geral do Episcopado latino-americano em Medellín, momento em que a América Latina passa a priorizar a "libertação".

A teologia da libertação, influenciada pela teoria da dependência, compreendia o fenômeno do subdesenvolvimento latino-americano como um efeito dialético do superdesenvolvimento dos países "centrais" em um capitalismo periférico e dependente. Encontrava-se, neste ponto, a oposição dialética da libertação: a dependência e a opressão (SCANNONE, 2018).

Tendo em vista que a América Latina foi reconstruída a partir do século XV, a racionalidade europeia substituiu os conhecimentos pré-existentes, criando não só uma perspectiva de conhecimento, mas também um modo de produzir conhecimento que se estabelece a partir da América.

De início, pretende-se identificar a (não) existência de uma Criminologia aplicada ao contexto da América Latina, notadamente no que diz respeito à consciência histórica latino-americana daqueles que (re)produzem teorias criminológicas nos jardins arrasados[6].

Nesse aspecto, um recorte é necessário: entende-se que a região do Brasil, como parte da América Latina, é um território periférico, à margem. Esse posicionamento é firmado por Zaffaroni, em suas obras e, também, por Santos (2010)[7]; refere-se que a "periferia" pode ser identificada pela posição de "sociedade proletária", fato que diferencia a América Latina das sociedades centrais" (ZAFFARONI, 1988, p. 21).

Neste contexto, se faz necessário compreender que o fenômeno criminal próprio da América Latina não é a primeira preocupação do sistema nessa região. Por outro lado, o aperfeiçoamento de novas formas de controle sobre a população estigmatizada desde o período colonial faz emergir a necessidade de uma Criminologia.

Nesse contexto, a propositura de soluções adequadas para o fenômeno criminal na América Latina é silenciada, mascarando o controle racista e colonialista com o aval da ciência. Percebe-se a atuação desse controle a partir do momento em que o sistema penal simboliza o

[6] A expressão foi utilizada no livro "A palavra dos mortos", de Zaffaroni.
[7] Boaventura de Sousa Santos, entretanto, desenhou um "Sul" que não se limita ao geográfico.

confronto entre suas funções declaradas e suas funções reais. Como refere Andrade (2016), o controle das condutas de "homens maus" garante a boa vida dos "homens de bem".

Nos anais do Congresso de Maracaibo, Castro (2016, p. 19) ressalta que a "Criminologia Crítica é um nome. Mas não necessariamente diz as mesmas coisas nos mesmos tempos, porque os tempos são estranhos aos significados estáveis" (tradução nossa)[8]. Nesse sentido, a autora menciona que a Criminologia latino-americana foi originada de várias premissas e buscou compreender a realidade sociopolítica concreta da América Latina (CASTRO; CODINO, 2017).

A partir disto, a Criminologia da Libertação destaca a necessidade de problematizar a Criminologia que atua como instrumento de legitimação do sistema de dominação: "uma discussão sobre libertação é uma discussão sobre dominação. E a dominação requer disso que se chama de 'controle social'"(CASTRO, 1985, p. 351) (tradução nossa)[9]. Ao passo que se dá à dominação o nome de "hegemonia", ao controle social se atribui a denominação de "ideologia". Ainda que se defenda a aplicabilidade dessa Criminologia em um contexto latino-americano, entende-se que é necessário problematizar e ampliar as discussões propostas pela Criminologia da Libertação.

2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: REPERCUSSÃO NO ENCARCERAMENTO DE MULHERES

Entre os direitos sociais, a definição do direito social à educação como objeto de análise nesta pesquisa se dá em razão da interferência direta da educação no sistema penal, de modo que aquela torna-se responsável por reproduzir a estrutura social. A partir disso, compreender o processo de criminalização da América Latina, sobretudo no Brasil, com base neste direito social pode auxiliar na redução dos efeitos de marginalização de mulheres encarceradas.

Ao considerar que o objetivo da Criminologia da Libertação é desvelar o controle social e tem como objeto a criminalização, mas mais precisamente a libertação, pode-se limitar o campo de estudo de controle informal: a educação. Castro (2005, p. 153) considera a educação como uma forma de controle social: "a educação como controle e controle como educação".

[8] No original: *"Criminología Crítica es un nombre. Pero no necessariamente dice las mismas cosas en los mismos tempos, porque los tiempos son ajenos a los significados estables".*
[9] No original: *"una discusión sobre liberación es una discusión sobre dominación. Y la dominación requiere de eso que se llama 'control social".*

Em meados do século XIX, emergem as primeiras instituições destinadas a educação de mulheres, marcadas pelas especializações de gênero, à exemplo da educação primária que buscava perpetuar as heranças coloniais, fortalecendo nesses ensinamentos a maternidade e o matrimônio. A formação de professoras, como educação secundária, era uma das únicas formas de participar da academia, situação que se perpetuou durante o século XIX (BELTRÃO; ALVES, 2009).

No plano constitucional, a educação é prevista como um direito positivado desde 1934, porém, a primeira constituição brasileira, outorgada em 1824 por Dom Pedro I, possuía a previsão de instrução primária no rol de direitos e prerrogativas individuais.

Com a chegada do movimento democrático em 1980 e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a educação é reconhecida como um direito público subjetivo, prevendo ainda a proteção desse direito por meio de mecanismos contra o abuso ou a omissão do Estado (BITTAR, 2014).

O direito à educação apresenta-se previsto como direito social no art. 6º, da Lei Maior, em que encontra disposições específicas entre os artigos 205 a 214. Sua inclusão no Título II, responsável pelo abrigo dos Direitos e Garantias Fundamentais permite denomina-lo como um direito fundamental. O artigo 205 prevê a responsabilidade do Estado e da família na prestação desse direito, exigindo ainda a colaboração da sociedade para alcançar o objetivo educacional de desenvolvimento da pessoa, exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

No artigo subsequente, a Constituição elenca alguns princípios atinentes ao ensino, à exemplo da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a gratuidade do ensino público e a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, o direito social à educação exige que o ambiente escolar seja adequado para o seu pleno exercício, espaço que a depender da tendência pedagógica utilizada, pode ser observado tanto como "reprodução de saberes oficiais a serviço da manutenção da ordem dirigente" quanto "local de troca e intercâmbio entre saberes e até mesmo de formação e resistência política" (SANTOS, 2019, p. 5). Para Pimentel (2018, p. 52) o acesso à educação proporciona não só o desenvolvimento de homens e mulheres, mas também o conhecimento de seus direitos e "as possibilidades e limites para o exercício das liberdades".

Essas perspectivas originam alguns questionamentos, especialmente no que se refere ao tema da raça, da classe e do gênero no sistema escolar, bem como acerca do impacto desse sistema nos processos de criminalização de mulheres. A exclusão das mulheres brancas na história da educação é a face visível, isso porque, ao refletir sobre a perspectiva das mulheres

negras e indígenas, muito além do controle, opressão e confinamento essas mulheres eram submetidas ao estupro, ao trabalho forçado e ao açoite (CARNEIRO, 2015).

Para as escravas africanas a escolarização simbolizava a submissão ao controle dos missionários e, para as indígenas a conversão religiosa. Nem mesmo com a independência do Brasil e a Constituição de 1824 a população escravizada alcançou qualquer tipo de acesso à educação. Apesar da trajetória de exclusão educacional, a mulher branca, por sua vez, ainda esteve mais próxima da cidadania, mesmo incompleta e subordinada (CARNEIRO, 2015). Enquanto isso, as mulheres negras, escravizadas ou livres, não possuíam nem mesmo o acesso discriminatório a esse direito, isso porque sua colocação na estrutura social era muito inferior à de mulheres brancas.

De acordo com Carneiro (2015) o alijamento da escolarização estava presente na Lei nº 1, de 1837 e, no Decreto nº 15 de 1839, em seu art. 3º, onde era estabelecida a proibição de frequentar escolas públicas a todos aqueles acometidos de moléstias contagiosas, escravos e pretos africanos, mesmo livres ou libertos. Em 1854, o Decreto nº 13.331, em seu art. 69, determinava a proibição de admissão e frequência de escravos nas escolas.

2.1 As “celas de aula” e a mulher encarcerada

O direito social à educação, previsto na Constituição Federal de 1988, é devido a todos os cidadãos, inclusive aqueles que estão sob custódia do Estado (PIMENTEL, 2018). Como um direito de prestações positivas, o acesso à educação nas prisões é um dever do Estado, ainda que “não seja uma obrigação decorrente da sentença, mas uma faculdade ao preso, seja provisório ou condenado” (PIMENTEL, 2018, p. 55).

No plano internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu, por meio das Regras Mínimas para tratamento de reclusos (1948), o acesso à educação destinado à população carcerária. Na regra nº 66, item 1, está prevista a instrução, formação profissional, orientação e educação moral, adequadas às capacidades físicas e mentais dos presos.

Logo após, nas regras nº 77 e 78, acerca da “educação e recreio” orientam-se as práticas de aprimoramento da educação de reclusos, de modo que “a educação de analfabetos e jovens reclusos” é obrigatória, além de estabelecer a integração do sistema educacional do país com a educação dos reclusos, a fim de facilitar a continuidade dos estudos após o cumprimento da pena.

Ainda que essas normas tenham avançado no tratamento da população carcerária de mulheres e homens, aquelas destinadas às presas eram restritas a maternidade, saúde da mulher,

filhos e amamentação (PIMENTEL, 2018, p. 52). Em 2010, nas Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok), reconheceu-se a vulnerabilidade das mulheres presas, destinadas a cumprir pena em estabelecimentos prisionais que são originalmente criados para homens, sem que tenham atendidas suas necessidades específicas (PIMENTEL, 2018).

À exemplo disso, conforme dados divulgados pelo INFOPEN Mulheres (BRASIL, 2019), existem 1.418 unidades prisionais que possuem população prisional feminina no Brasil. Contudo, 74% desses estabelecimentos penais são projetados para o público masculino, 7% femininos e 16% caracterizados como mistos. No entanto, um estabelecimento misto é apenas um local originalmente masculino, mas ocupado por mulheres sentenciadas em celas ou alas específicas[10].

Em 2016, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela), aprimoraram os dispositivos acerca da educação, formação profissional e trabalho. A sentença de encarceramento, nesse diploma, tem como objetivo "a proteção da sociedade contra a criminalidade e a redução da reincidência" (PIMENTEL, 2018, p. 54), desde que o aprisionamento assegure a reintegração social das pessoas presas.

Quanto à educação em prisões, os avanços trazidos pelas Regras de Mandela ultrapassaram o "paradigma da reeducação como referência abstrata, tão presente nas Regras de 1948", na medida em que apresentam "caminhos mais concretos para referenciar as Nações na construção de políticas públicas sobre educação em prisões" (PIMENTEL, 2018, p. 55)[11].

No Brasil, o primeiro diploma legal a prever a educação nas prisões foi sancionado por Juscelino Kubitschek, através das Normas Gerais do Regime Penitenciário (Lei nº 3274/57). Ao tratar da execução das penas e das medidas de segurança, o art. 1º, inciso XIII, estabeleceu a "educação moral, intelectual, física e profissional dos sentenciados" (BRASIL, 1957). De modo mais específico, os artigos 22 a 24 da mesma Lei estabeleciam outras diretrizes, tais como: a educação orientada pela escolha de uma profissão útil e; a disciplina, a ordem, o civismo e o amor à Pátria como bases da educação moral.

Em 1984, a Lei de Execução Penal (LEP) revogou as Normas Gerais do Regime Penitenciário, regulando a educação escolar no cárcere entre os artigos 17 a 21. Em 2015, a Lei

[10] A Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) dispõe acerca da separação por gênero, também incorporada à Política Nacional de Atenção às mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, buscando atender as necessidades das mulheres presas em estabelecimentos de arquitetura e serviços penais destinados aos homens. Ainda assim, na prática, o sistema prisional adaptado para a custódia das mulheres não é capaz de viabilizar o atendimento de suas especificidades, seja no que diz respeito à saúde ou preservação de sua dignidade.
[11] A Declaração de Hamburgo, de 1997, também reconhece o direito das pessoas encarceradas à aprendizagem.

nº 13.163 foi responsável por instituir o ensino médio nas penitenciárias, sendo que os arts 18-A e 21-A, bem como seus parágrafos realizaram alterações significativas na execução penal, inclusive no que diz respeito ao censo penitenciário que, pelo art. 21-A, estabelece a apuração do:

> I - o nível de escolaridade dos presos e das presas;
> II - a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos;
> III - a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos;
> IV - a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo;
> V - outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas. (BRASIL, 1984).

Entre outras disposições, estabelece a instrução escolar e a formação profissional como assistência educacional, de modo que prevê: a) obrigatoriedade o ensino de 1º grau; b) cursos supletivos para jovens e adultos; c) educação à distância; d) ensino profissional em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico; e) bibliotecas em estabelecimentos prisionais, providas de livros didáticos, recreativos e instrutivos e etc.

É importante destacar a redação do art. 19, da LEP, onde existe a previsão de ensino profissional técnico ou em nível de iniciação, embora o parágrafo único assevere que "a mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição". Conforme aduz Pimentel (2018, p. 53) existe nesse artigo uma afronta à igualdade constitucional entre homens e mulheres, na medida que a interpretação do termo "condição" possui diversos sentidos, até mesmo cognitivo.

Nesse sentido, pode-se mencionar que o breve apanhado histórico realizado no tópico anterior é uma ferramenta de compreensão do artigo da LEP. A população carcerária feminina, em sua maioria, é composta de mulheres negras e pobres, distanciadas do acesso à educação desde a formação histórica desse direito no período colonial.

A Portaria Interministerial nº 210/2014, do Ministério da Justiça, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade (PNAMPE) com "o objetivo de reformular as práticas do sistema prisional brasileiro, contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres, nacionais e estrangeiras" (BRASIL, 2014a).

Atendendo ao disposto na Constituição Federal de 1988, a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade (PNAMPE) determina, no art. 2º, inciso IV, a humanização das condições de cumprimento da pena e a garantia de direitos sociais, entre eles, a educação. Além disso, o inciso VI, prevê o fomento à elaboração de informações penitenciárias sob a perspectiva de gênero.

Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), Lei nº 9.394/96, a partir da redação do art. 37, estabelece a Educação de Jovens e Adultos (EJA) para "pessoas

que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria".

A legislação destinada a tratar sobre o direito à educação, seja de caráter universal ou específico para a população carcerária, esbarram na realidade dos presídios brasileiros. Enquanto a lei expressa a necessidade da educação para a reintegração social, as condições carcerárias dificultam a implementação de políticas públicas de fomento ao estudo.

A disponibilidade de professores, a infraestrutura, a demanda pelos demais níveis de ensino não-obrigatórios entre outros fatores, agravam a condição subumana a que são colocadas mulheres encarceradas. Nesse sentido, o sistema carcerário contribui para a permanência do estado de marginalização e exclusão característico no momento anterior à privação da liberdade.

A educação, no âmbito constitucional, destina-se a promover a democracia e a cidadania, de modo que o direito se torna uma ferramenta importante de socialização e inclusão social. Contudo, a melhoria na qualidade de ensino, aprendizagem e acesso à educação não pode ser refém de um direito à educação que obedeça a práticas pedagógicas não-críticas, alheias às realidades sociais ou reprodutora das mesmas, sob o sério risco de tornar-se excludente.

O trajeto percorrido pela marginalização – desde as identidades coloniais, até o advento do capitalismo global e suas ferramentas de manutenção não será interrompido através de uma prática educativa de dominação, mas o não acesso à educação também é uma engrenagem de seletividade penal.

No marco teórico da Criminologia da Libertação, a educação, em sentido amplo, engloba não apenas seu próprio contexto como também outras instituições de controle (a religião, a família, os meios de comunicação e informação, a "ciência"), uma vez que todas praticam *algum* tipo de educação sobre o sujeito.

A escola, junto com outras instituições, é normativa, na medida em que espera de seus indivíduos uma conduta que pode ser aprovada ou reprovada e, no segundo caso, surge a possibilidade de correção, de *reeducação* em uma instituição "apropriada". Ainda assim, entende-se que a escola possui função singular, pois dispõe de instrumentos elementares: a periodicidade, a programação e a continuidade que a caracterizam, e, poderíamos também acrescentar, sua estereotipia, já que é de conteúdo quase invariável no tempo, que confere uma potencialidade efetiva especial (CASTRO, 2005, p. 155).

A ordem de classes dessa instituição não-compulsória compreende escolas para pobres e escolas para ricos, mas, em contrapartida, aquelas que são compulsórias, à exemplo das

prisões que se destinam àqueles desfavorecidos. Castro (2005) adverte que a produção de obediência e o controle social são faces da mesma moeda, pois aquele que cumpre com seus deveres, que obedece ao controle, em diversas fases da história – no surgimento do cristianismo, no Iluminismo e na contemporaneidade – é um indivíduo que pratica o bem.

Para Davis (2003), as mulheres encarceradas recebem tratamento diferenciado no sistema criminal, principalmente, no que diz respeito à sua educação e formação profissional, reduzindo-as a proletárias fieis e esposas. A reprodução dos papeis sociais atribuídos a cada gênero, produto do sistema moderno/colonial de gênero, é determinante para a manutenção da invisibilidade das mulheres no sistema carcerário.

Enquanto os homens encarcerados perdem seus direitos e liberdades, a mulher não os têm, haja vista que ao preso existe a possibilidade de redenção por meio do estudo e do trabalho, tornando as presas distantes da "salvação".

Nos textos escolares, notadamente, se estabelece uma ordem de obediência: "os filhos devem obedecer; os alunos, aprender; os pais, alimentar e educar [...]; os professores, ensinar e as autoridades fazer cumprir a lei e a ordem" (CASTRO, 2005, p. 157). Qualquer conduta que desvirtue esses comportamentos configura-se como delinquência.

O desempenho escolar anterior dos internos é citado como "mau" ou "regular" e, além disso, recebem sanções disciplinares dos professores que também simbolizam formas de exclusão como o isolamento, a redução de notas, a comunicação aos representantes e a privação de eventos escolares (CASTRO, 2005, p. 165).

Assim, surge um círculo concêntrico entre marginalidade, carência intelectual e estigmatização, com uma força centrífuga que "desloca o indivíduo da escola para a prisão" passando-se para a etapa da reeducação no cárcere. Contudo, a prática desses estabelecimentos também não (re)educa e neste aspecto, Castro (2005, p. 166) assevera: "propor reeducação, dizer que se faz quando não se faz, e dar-lhe essa denominação que remete ao 'sagrado direito' à educação, são também formas de pura ideologia".

Nesse mesmo sentido, Baratta (1999) identifica o sistema escolar como "o primeiro segmento do aparato de seleção e de marginalização na sociedade" demonstrando a complementariedade entre este e o sistema penal, com a perpetuação e reprodução das relações sociais. O criminólogo explica que o sistema escolar reflete a estrutura vertical da sociedade através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização.

Essa discriminação por parte do sistema escolar é exercida contra grupos marginais, de modo que a instituição reage à dificuldade de adaptação desses grupos com sanções negativas e exclusão. Assim, a escola reproduz a cultura dominante das camadas médias e pune aqueles

menos abastados pelo seu comportamento desviante. À exemplo disso pode-se mencionar o preconceito e os estereótipos negativos atribuídos pelos professores aos alunos (BARATTA, 1999). Em suma, os mecanismos discriminatórios do sistema penal e do sistema escolar realizam o trajeto da reação informal para institucional.

Batista (2011) destaca que as ilusões (re)simbolizam o mito de prisões felizes e funcionais, isso porque enxergam a pena pelo seu "dever ser", desconsiderando a letalidade do sistema penal. Assim, pode-se concluir que a prisão reproduz a realidade social e aprofunda a desigualdade.

Buscando a transparência do controle social, a Criminologia da Libertação trata das ideologias acobertadas pelo sistema. Neste liame:

> Uma teoria crítica do controle social teria as seguintes tarefas nesse terreno: 1. Derrubar o muro do silêncio levantado nos textos escolares sobre nossa realidade social e histórica; 2. Contribuir para destruir o monolitismo valorativo do sistema escolar, que impede uma consciência-para-si da classe dominada; 3. Indicar a função reprodutora da desescolarização; da obediência e da disciplina; da escola para pobres e da estigmatização precoce; 4. Reconhecer a função legitimadora da escola e sua integração a todo sistema de controle social e, portanto, 5. Reconhecer nela o embrião do discurso ideológico da criminologia. Isso pode ser demonstrado, entre outras coisas, fazendo-se um estudo paralelo dos valores, mensagens, estilos e condicionamentos produzidos em ambas as áreas e; 6. Entender a coerência e a integração de todos os elementos do controle social, que deve ser visto, portanto, como um sistema integrado ao sistema socioeconômico e político geral. (CASTRO, 2005, p. 167)

A proposta, enfim, é de libertação. Sendo a Teoria Crítica do Controle Social a alternativa de emancipação, focada no desvelamento das funções reais do controle social, inserido nas instâncias formais ou informais e, neste caso, no contexto educacional.

Na educação, o lado visível abrange a ascensão de classe por meio do estudo, a melhoria das condições de vida, a qualificação profissional, etc. No lado oculto, a criação das identidades coloniais determinou aqueles que devem ter acesso ao estudo, de modo que a inclusão satisfatória no sistema educacional só é permitida àqueles que ocupam uma posição privilegiada na sociedade permeada pelo sistema moderno/colonial de gênero.

Para Lugones (2008), o rechaço a esse sistema – responsável pela marginalização de mulheres não-brancas, mas, também, de diversas identidades coloniais – deve ser realizado, em paralelo, com a transformação das relações comunais.

A alternativa proposta é de uma educação popular, método coletivo que seria capaz de "explorar criticamente este sistema de gênero em seus grandes traços, mas, o que é mais importante, também em sua detalhada concretude espaço-temporal para assim movermos até uma transformação das relações comunais" (LUGONES, 2008, p. 77). Esse projeto de educação

e investigação popular coletiva buscaria alcançar as minúcias do sistema colonial/moderno de gênero, retomando o compromisso de integridade comunitária em direção à liberdade.

3 ENCAMINHAMENTOS METODOLÓGICOS

Em razão do conteúdo deste estudo, depreende-se que o método mais adequado ao problema de pesquisa é o dialético, especificamente, o materialismo dialético de Marx e Engels. Para Mezzaroba e Monteiro (2009, p. 74), as características importantes desse método são: a) a materialidade do mundo; b) o mundo é cognoscível; c) a matéria é anterior à consciência; d) o princípio da contradição.

A pesquisa, para Marx, é realizada por seres humanos em sociedade estudando a sociedade, não há uma distinção entre a razão e objeto. Quando o ser humano entra na pesquisa social, ele já está inserido nela. Na Filosofia Social de Marx, fundamento do método dialético, Marx constata uma irreconciliável luta de classes, onde a classe trabalhadora sofre alienação (MARX, 1974).

A contraposição dessa alienação sofrida, a partir de Marx, é avançar para a emancipação. Essa emancipação é a absorção do homem pelo cidadão, porque no momento em que esse se apropria de si, volta a ser humano e, então, pode se emancipar. Em resumo, a Filosofia Social de Marx pressupõe: a) ser impossível a neutralidade (o ser pesquisador está inserido na realidade pesquisada); b) que a sociedade é dividida em classes que estão em constante luta; c) que existe um processo ontológico onde o ser humano é alienado; d) e que para a emancipação, deve ser operada a construção de um ser social, de seres humanos. O método, portanto, não é técnica, mas postura de vida, de enfrentamento do mundo; o método absorve o pesquisador (MARX, 1974).

A partir da análise da realidade de um país latino-americano, o Brasil e, na compreensão do sistema prisional através dos dados do INFOPEN Mulheres, de 2014 a 2017, busca-se uma nova compreensão sobre o fenômeno da criminalização e dos impactos da educação nesse processo. Entende-se que, a partir da pesquisa proposta, as ideias dominantes acerca das criminologias sejam superadas, subvertendo a ordem.

Para que isso seja possível, é necessária uma interpretação dinâmica da realidade, compreendida em sua totalidade e evitando o silenciamento da Criminologia latino-americana. Essa problemática não pode ser compreendida isoladamente, porque abrange influências

políticas, econômicas, culturais ou, até mesmo, de escolhas nesses campos pela ordem dominante.

A Criminologia da Libertação, inclusive, persegue o método histórico-dialético, uma vez que guarda uma diferença fundamental com a velha criminologia, quebrando a ordem ideológica que construiu uma ciência falsa do crime (a criminologia tradicional) e do criminoso, além de combater teoria e prática das formas ocultas da dominação que, neste caso, consiste na educação e nos processos de criminalização das mulheres.

Nessa perspectiva, ao refletir sobre o estudo proposto e "tatear" novos caminhos metodológicos, optou-se pela implementação da pesquisa junto aos seguintes documentos: a) Dados do Departamento Penitenciário Nacional, especificamente o INFOPEN Mulheres (2014, 2016 e 2017), relacionados à temática proposta; b) Dados do IBGE acerca da educação no Brasil. Estes documentos foram escolhidos por apresentarem dados oficiais de órgãos governamentais.

Quanto ao recorte temporal, a amostra de pesquisa compreende apenas três anos – 2014, 2016 e 2017 – por serem os únicos dados disponibilizados pelo DEPEN, haja vista que o levantamento de informações penitenciárias acerca das mulheres apenas teve início em 2014 e sua última edição, publicada em 2019, tem como referência o ano de 2017.

Ainda, deve-se ressaltar que a escolha pelas mulheres encarceradas, como sujeitos de pesquisa, ocorreu em razão do processo de silenciamento e invisibilização que as coloca "fora" da rota de pesquisa criminológica, ao menos no que diz respeito ao seu protagonismo como *autora* de crimes (ANDRADE, 2012).

A próxima etapa do percurso metodológico destina-se a apresentar e analisar os dados empíricos e subdivide-se em dados quantitativos e dados qualitativos. Para análise de dados quantitativos e qualitativos, optou-se pela análise de conteúdo.

A análise de conteúdo consiste em um "instrumental metodológico que se pode aplicar a discursos diversos e a todas as formas de comunicação, seja qual for a natureza do seu suporte" (GODOY, 1995, p. 23). A partir desse tipo de análise, pode-se compreender "qualquer comunicação que veicule um conjunto de significados de um emissor para um receptor" (GODOY, 1995, p. 23), podendo ser utilizada para encontrar o sentido por trás dos discursos aparentes.

Assim, o analista precisa compreender sentido e significação, num esforço duplo, primeiro como receptor normal da comunicação e, num segundo momento, munido de

ferramentas teóricas, ter suporte para buscar, com propriedade, outras mensagens dentro dessas comunicações. Para corroborar, a análise de conteúdo consiste em

> conjunto de técnicas de análise das comunicações visando a obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção(variáveis inferidas) destas mensagens (BARDIN, 1977, p. 42)

A literatura acerca da Análise de Conteúdo indica ao menos três fases: a pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados. A primeira consiste em organizar, realizar a leitura flutuante dos documentos e filtrá-los, de acordo com o problema de pesquisa, os objetivos que foram estabelecidos, a hipótese e o campo de foco (BARDIN, 1977; GODOY, 1995).

A segunda fase, de exploração do material, tem por objetivo classificar a documentação inicialmente organizada, com base na categoria pensada. A última fase, o tratamento dos resultados, busca o conteúdo latente, o sentido da informação imediata coletada, visando obter as respostas ao problema de pesquisa (BARDIN, 1977; GODOY, 1955).

Por meio da coleta dos dados, com fundamento na leitura flutuante sobre as informações buscadas e, em momento posterior, na leitura aprofundada, foi possível definir a categoria a ser apresentada nos Resultados e Discussão. Uma vez realizados esses passos, serão apresentados os resultados e a discussão que emergiu da análise dos documentos do INFOPEN Mulheres.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

O presente capítulo tem o propósito de apresentar os resultados e a discussão produzida a partir das informações buscadas no INFOPEN Mulheres, dos anos de 2014, 2016 e 2017[12] e, de modo complementar, dados do IBGE. Desse modo, o *corpus* de análise foi embasado nas informações disponibilizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional, referente a população carcerária feminina.

Após a leitura flutuante, foi realizada uma leitura aprofundada, da qual emergiu a categoria que se relaciona diretamente ao propósito deste estudo: fatores educacionais, a qual possui duas subcategorias, sendo: 1) escolaridade e; 2) atividades educacionais.

4.1 Fatores educacionais

[12] Anos referência. A publicação dos documentos ocorreu em ano posterior.

O perfil do sistema carcerário é composto de diversas mulheres, vivências e experiências no momento anterior ao cárcere. Contudo, o levantamento dos três anos do levantamento do INFOPEN Mulheres demonstra que as estatísticas revelam algo em comum a essas mulheres: jovens, não-brancas, de baixa escolaridade, em sua maioria condenadas por tráfico de drogas.

Sobre a baixa escolaridade, é importante ressaltar o entendimento de Baratta (1999) que compreende o sistema escolar como um aparato de seleção que age antes de qualquer outro sistema, ocasionando a marginalização social dos indivíduos. A reprodução da cultura dominante, o predomínio das relações embasadas na raça, na classe e no gênero coloca a mulher como um ser excluído do ambiente educacional.

Nessa conjuntura, é imperativo tratar da escolaridade e das atividades educacionais que as mulheres exercem no sistema carcerário. Assim, é possível delinear formas de atenuar o caminho que Castro (2005) evidenciou "da escola até a prisão".

a) Escolaridade

O quadro abaixo (Quadro 1) apresenta, por porcentual, a escolaridade das mulheres encarceradas. Para fins de análise, utilizou-se o maior índice de formação acadêmica e o menor índice.

Quadro 1 – Categoria fatores educacionais, subcategoria escolaridade

Escolaridade	**INFOPEN Mulheres 2014[13]**	**INFOPEN Mulheres 2016[14]**	**INFOPEN Mulheres 2017**
Ensino Fundamental Incompleto	50%	45%	44,42%
Ensino Superior Completo	1%	1%	1,46%

Fonte: a autora

A metade da população feminina do primeiro relatório era composta de mulheres com ensino fundamental incompleto, o que passou a diminuir nos relatórios seguintes. No entanto, as mulheres que possuíam ensino superior completo não tiveram aumentos significativos, o que

[13] O Estado de São Paulo não prestou informações.
[14] O Estado do Rio de Janeiro não prestou informações.

demonstra a manutenção do acesso às universidades aos sujeitos universais, mesmo com as políticas de acesso afirmativo.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016-2018 (IBGE, 2019) a taxa de analfabetismo das mulheres de 15 anos ou mais, em 2018, foi de 6,6% e, com uma diferença de 4 pontos percentuais, a taxa de analfabetismo dos homens foi de 7,0%. Entre as mulheres de 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo superou a dos homens: 19,1% e 18,0%, respectivamente.

No gráfico a seguir, elaborado a partir das informações coletadas pelo IBGE em 2018, demonstra-se a taxa de analfabetismo (entre pessoas de 15 anos ou mais e entre pessoas de 60 anos ou mais) por cor ou raça, ainda mais no que se refere à educação (Gráfico 1 e Gráfico 2).

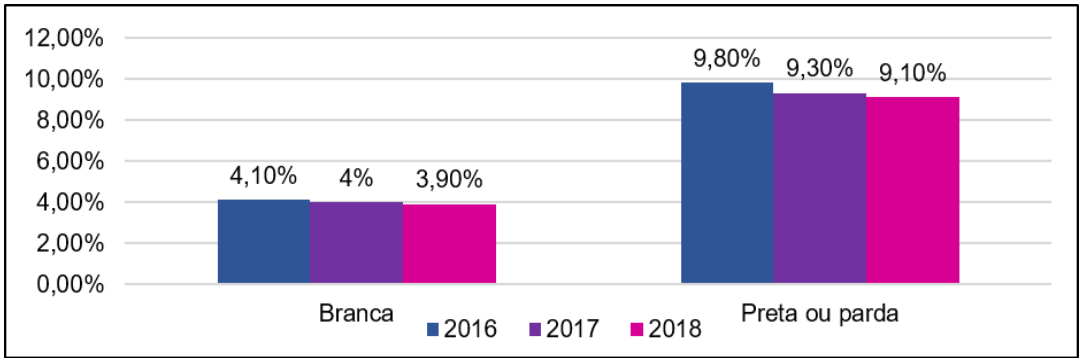


Gráfico 1 – Taxa de analfabetismo entre pessoas de 15 anos ou mais por cor ou raça
Fonte: a autora com base em IBGE (2019)

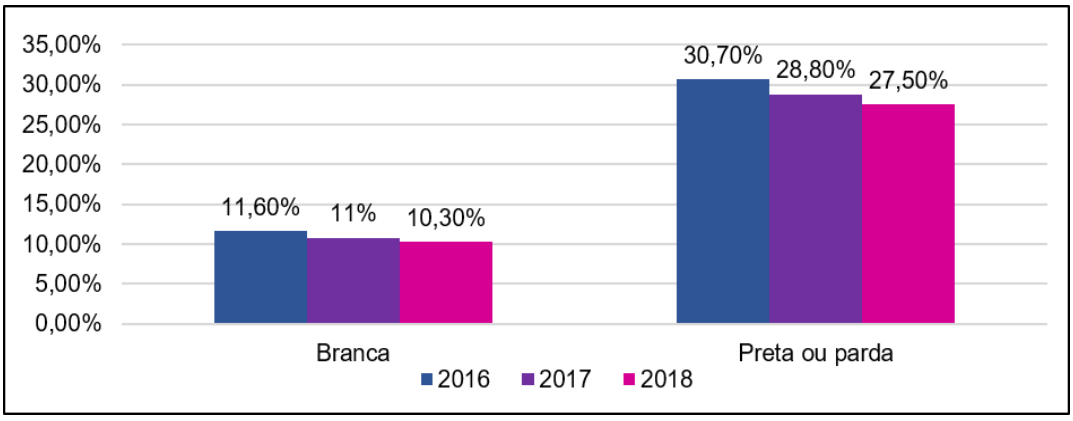


Gráfico 2 – Taxa de analfabetismo entre pessoas de 60 anos ou mais por cor ou raça
Fonte: a autora com base em IBGE (2019)

A diferença em pontos percentuais no ano de 2018 chega a 5,9 (Gráfico 6) e 17,2 (Gráfico 2) entre pessoas brancas e pretas ou pardas. O acesso ao conhecimento, restrito às classes privilegiadas promoveu a inclusão dessa parcela da sociedade brasileira, porém sem incluir níveis de escolaridade mais elevados às mulheres brancas.

Enquanto isso, do ponto de vista da classificação social do sistema moderno/colonial de gênero, mulheres negras e pobres permaneceram distantes do contato com qualquer tipo de modalidade educacional. A análise dos dados do INFOPEN Mulheres demonstra que o mesmo estrato social é aprisionado, de modo que sua criminalização corrobora as hierarquias, classificações e estereótipos advindas da reprodução do sistema moderno/colonial de gênero e, consequentemente, de classes.

Igualmente às porcentagens do cárcere, a educação básica completa ainda carrega a ferida colonial, haja vista que entre mulheres, homens, negros ou pardos e brancos, ainda persiste a disparidade de acesso à educação e permanência na escola (Gráfico 3).

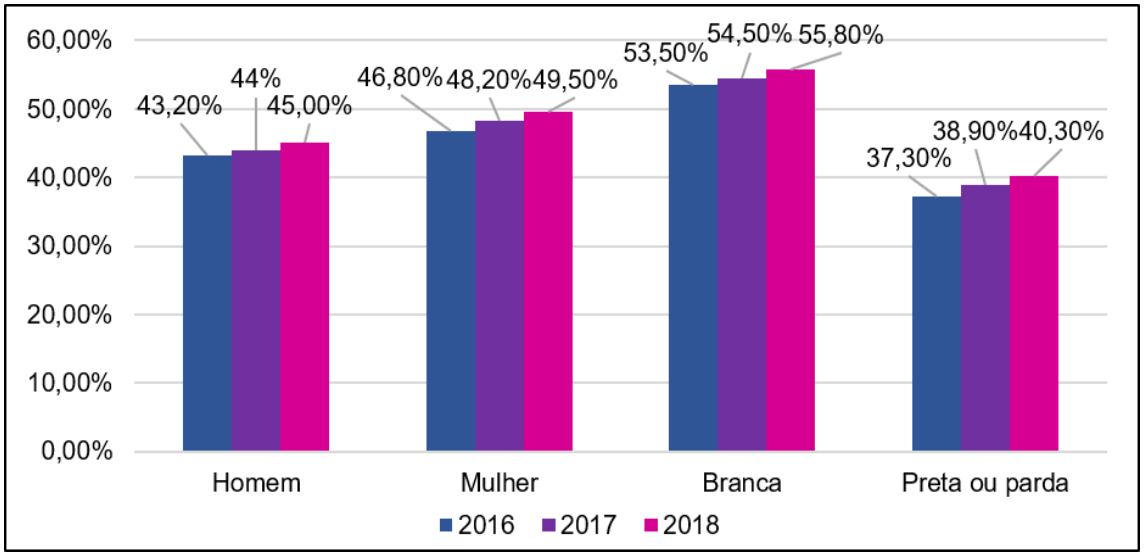


Gráfico 3 – Pessoas de 25 anos ou mais com ensino básico completo por sexo e cor ou raça
Fonte: a autora com base em IBGE (2019)

É importante referir que a frequência escolar, principalmente para pessoas pretas ou pardas depende de diversos fatores, entre eles as situações de violência e o trajeto percorrido entre casa-escola nas áreas de risco. Mais da metade dos alunos pretos ou pardos estudam em estabelecimentos situados em área de risco (53,9%), entre escolas públicas e privadas (IBGE, 2019).

Na subcategoria a seguir, especificam-se o envolvimento e o tipo de atividades educacionais praticadas pelas mulheres encarceradas.

b) Atividades educacionais

No quadro abaixo (Quadro 2), apresentam-se quantas mulheres estão envolvidas com atividades educacionais, sejam de educação escolar formal ou complementar.

Quadro 2 – Categoria fatores educacionais, subcategoria atividades educacionais

Atividades educacionais	INFOPEN Mulheres 2014	INFOPEN Mulheres 2016	INFOPEN Mulheres 2017
Educação escolar/formal ou complementar (lazer, videoteca, cultura, remição pela leitura, pelo esporte e etc.)	21,4% das mulheres estão envolvidas em algum tipo de atividade educacional	25% das mulheres estão envolvidas em atividades educacionais	26,52% das mulheres estão envolvidas em atividades educacionais

Fonte: a autora

A análise dos dados acerca das atividades educacionais constatou que menos da metade das mulheres estão envolvidas com educação escolar/formal ou complementar.

No INFOPEN Mulheres referente ao ano de 2014, o estado do Rio de Janeiro possuía 100% das mulheres privadas de liberdade matriculadas em atividades complementares como cultura, videoteca e lazer. Porém, nenhuma mulher estava matriculada em educação formal e técnica. O último relatório divulgado não obteve informações dos estados do Acre, Amapá e Maranhão. O quadro abaixo (Quadro 3) demonstra a distribuição das mulheres privadas de liberdade de acordo com o tipo de atividade de ensino no Brasil:

Quadro 3 – Percentual de envolvimento de encarceradas por tipo de atividade educacional

Alf.	Ens. Fund.	Ens. Médio	Ens. Superior	Curso Técnico[15]	Curso de Formação Inicial e continuada[16]	Remição	Atividades educacionais complementares[17]
2014							
11,7	40,0	17,9	0,5	2,6	12,0	8,5	6,8
2016							
13	50	28	0	1	7	4	
2017							
3,04	11,17	5,38	0,15	0,14	0,99	3,6	

Fonte: a autora

Do levantamento de 2016 a 2017, todos os índices de envolvimento de mulheres em atividades educacionais diminuíram. No entanto, a falta de coleta dos dados dificulta a apuração: em 2014, apenas São Paulo deixou de informar dados ao INFOPEN (BRASIL, 2014b); em 2016, o estado do Rio de Janeiro não informou esse dado (BRASIL, 2018); em

[15] Acima de 800 horas de aula.
[16] Capacitação profissional, acima de 160h/aula.
[17] Videoteca, lazer, cultura. Nos levantamentos de 2016 e 2017, remição pela leitura, pelo estudo e pelo esporte se condensaram em atividades educacionais complementares.

2017, os estados do Acre, Alagoas, Amapá, Maranhão, Roraima e Tocantins não informaram dados sobre atividades de ensino escolar (BRASIL, 2019).

Contudo, conclui-se que há pouco incentivo à educação no cárcere; pode-se afirmar, ainda, que em razão da maioria da população carcerária feminina possuir Ensino Fundamental Incompleto, naturalmente a procura pelo término dessa etapa escolar é maior, assim como o ensino escolar de nível médio.

Entende-se, em consonância com Pimentel (2018, p. 55) que o Poder Público deve proporcionar "meios para que a educação seja ofertada no cárcere, ainda que, de acordo com a legislação brasileira, a educação não seja uma obrigação decorrente da sentença, mas uma faculdade ao preso, seja provisório ou condenado". Contudo, não é possível vislumbrar a educação no cárcere embasada em pedagogias tradicionais, que evitam a emancipação dos sujeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações apresentadas neste estudo, constata-se que, anteriormente, o controle informal do sistema escolar operou para que aquela mulher – fora da classificação universal – fosse levada da escola à prisão (CASTRO, 2005), seja por seu comportamento inadequado às regras estabelecidas pelo sistema moderno/colonial de gênero (LUGONES, 2008), seja pela adoção de uma cultura do opressor (ROMÃO, 2004) – e invisibilização da cultura do oprimido – e, num momento posterior, o sistema penal aparece como um importante mecanismo de permanência dessa exclusão.

Não é incomum constatar que, no cotidiano, a "mulher", negra, pobre, jovem, de baixa escolaridade, não seja vista como Mulher. No entanto, ao "cair nas garras" do sistema de justiça criminal, submetida a julgamento, deve corresponder ao estereótipo universal: passiva, dócil, casta.

As "mulheres" não herdam os privilégios do sujeito universal Mulher, isso porque desde o nascimento são vistas como não-humanas, distanciadas da educação e marginalizadas em todos os âmbitos da vida. Porém, essas "mulheres" sofrem não apenas às mazelas do sujeito universal Mulher, mas também todas as cargas da ferida colonial.

A educação, como exposto nessa pesquisa, pertenceu no passado às mulheres brancas e ricas, sujeitas a diversas restrições. A "mulher" negra, enquanto isso, desconhecia a educação e a liberdade em qualquer nível. Dessa afirmação, é importante refletir sobre o tipo de educação que silencia, invisibiliza.

Ainda que não seja uma obrigação da sentença, o incentivo à educação e o despertar do interesse pelo estudo deve ser uma prioridade do Estado nos sistemas prisionais. Contudo, para que as egressas possam escapar da marginalização do Sistema Moderno/Colonial de gênero, a educação reprodutora dos sistemas de poder deve ser superada.

Quiçá, a educação popular nos moldes em que foi concebida possa ser ampliada pelas perspectivas decoloniais, buscando reencontrar a história da América Latina e medicar, paulatinamente, a ferida colonial.

Neste processo, a Criminologia da Libertação demonstrou-se capaz de repercutir positivamente no que concerne à vulnerabilidade educacional das mulheres encarceradas, pois permite uma nova possibilidade de leitura sobre o encarceramento de mulheres, com potencial para reduzir esta vulnerabilidade e originar outras alternativas como, por exemplo, uma educação popular alternativa e descolonizadora.

Referências

ANDRADE, V. R. P. D. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, V. R. P. D. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANITUA, G. I. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BELTRAO, K.; ALVES, J. A reversão do hiato de gênero na educação brasileira no século XX. In: **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 39, n. 136, p. 125-156, Abr. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742009000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 3 dez. 2019.

BITTAR, C. **Educação e direitos humanos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº. 3.274 de 2 de outubro de 1957**. Dispõe sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário, em conformidade do que estatui o art. 5º, n.º XV, letra b, da Constituição Federal e amplia as atribuições da Inspetora Geral Penitenciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3274.htm. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN Mulheres**. 1ª ed. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN Mulheres**. 1ª ed. Brasília, DF, 2014. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN Mulheres**. 2ª ed. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN Mulheres**. 3ª ed. Brasília, DF, 2019c. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial n. 210**, **de 17 de janeiro de 2014**. 2014a. Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25232895_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_210_DE_16_DE_JANEIRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 9 out. 2019.

CARNEIRO, A. **Mulheres e educação: gênero, raça e identidades**. 2015. 181f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2015.

CARVALHO, S. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, 2013, v. 104, p. 279-295.

CASTRO, L. A. D. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CASTRO, L. A. D. Fundamentos, aportes y líneas de desarrollo posibles de una Criminología de la Liberación. In: Primer Encuentro Venezolano sobre la Liberación, 1, 1985, Maracaibo. **Anais...**Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1985, p. 351-360.

CASTRO, L. ¿Qué ha sido, qué es, que será la 'criminología crítica'? Nominalismo: la peor cara del positivismo. In: FAYET JÚNIOR, N.; FLORES, C. (Org.). **Maracaibo 74**: uma outra criminologia (se tornou) possível. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

CASTRO, L; CODINO, R. **Manual de criminologia sociopolítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

DAVIS, A. **Are prisons obsolete?.** Nova York: Seven Stories, 2003.

DUSSEL, E. **1492 El encubrimento del Otro**: hacia el origen del "mito de la modernidad. La Paz: Plural editores, 1994.

GODOY, A. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. **Rev. adm. empres.**, São Paulo , v. 35, n. 3, p. 20-29, Jun, 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901995000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2019.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua:** Educação 2017 – São Paulo, 2018. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576_informativo.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua:** Educação 2018 – São Paulo, 2019b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estudos e Pesquisas, **Informação Demográfica e Socioeconômica:** Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil – São Paulo, 2019a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

LUGONES, M. Colonialidad y Género. **Tabula Rasa**, Bogotá , n. 9, p. 73-102, Dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-24892008000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 out. 2019. Acesso em: 10 out. 2019.

LUGONES, M. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, Dez. 2014 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2014000300013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARX, K. **Capital**: a critique of political economy. Nova York: International Publishers, 1974.

OLMO, R. **A América Latina e sua Criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PIMENTEL, E. Educação em prisões: aspectos sociojurídicos e de política criminal. In: PIMENTEL, E.; SILVA, C.; (Orgs.) **Educação em prisões:** princípios, políticas públicas e práticas educativas. Curitiba: CRV, 2018, p. 49-65.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder y clasificación social. In: **Cuestiones y horizontes:** de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014.

ROMÃO, J. A Civilização do Oprimido. In: **Revista Lusófona de Ciências Sociais**, 2004, v. 1, p. 31-47. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/48574721.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

SANTOS, B. **Crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, v. 1, 2011.

SANTOS, B.; MENESES, M. P. **Epistemologias do Sul.** São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, É. A educação como direito social e a escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira. In: **Educação Pesquisa.** São Paulo, v. 45, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022019000100508&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 04 dez. 2019.

SCANNONE, J. La filosofia de la liberación em la Argentina: surgimiento, características, historia, vigência actual. In: SALGADO, J.; MORAÑA, M. (Coord.) **Del monólogo europeo al diálogo inter-filosófico: ensayos sobre Enrique Dussel y la filosofia de la liberación**, p. 39-55. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias em Ciencias y Humanidades, 2018.

ZAFFARONI, E. **A Questão Criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, E. **Criminología:** aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Themis, 1988.

Submissão: 27/03/2020. Aprovação: 11/12/2023.

RELACIONAMENTO *SUGAR* E SUAS REPERCUSSOES JURÍDICAS

SUGAR RELATIONSHIP AND ITS JURIDICAL IMPLICATIONS

Edna Raquel Hogemann[1]
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Marcelo Santoro Pires de Carvalho Almeida[2]
Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio

Resumo:
Promove uma reflexão sobre o fenômeno dos relacionamentos sugar, situando-os como produtos de uma sociedade caracterizada sob o signo do consumo, consagradora de referenciais valorativos demarcados por direitos subjetivos individualistas, avessos ao afeto, numa ética do pós-dever. Analisa a natureza jurídica desse fenômeno social como negócio jurídico bilateral que, se excepcionalmente, envolver comunhão e afetividade, poderá configurar união estável. Utiliza como referencial teórico o pensamento de autores como Bauman e Lipovetzky, com a utilização de metodologia pesquisa qualitativa, de viés sócio-jurídico.
Palavras-chave:
Relacionamento sugar. Fenômeno Social. Natureza Jurídica. Direitos subjetivos.

Abstract:
It promotes a reflection on the phenomenon of sugar relationships, situating them as products of a society characterized by the consumption, consecrating of values referenced by individualistic subjective rights, averse to affection, in a post-duty ethic. It analyzes the legal nature of this social phenomenon as a bilateral legal business that, if it exceptionally involves communion and affection, can establish a stable union. It uses as theoretical reference the thought of authors like Bauman and Lipovetzky, with the use of qualitative research methodology, of socio-legal bias.
Keywords:
Sugar relationship. Social phenomenon. Legal nature. Subjective rights.

INTRODUÇÃO

A frenética evolução das relações intersubjetivas demarcadas pela complexidade desses novos tempos marcados pelo avanço tecnológico que revolucionou a informação e a comunicação, com o advento do ciberespaço, está a obrigar a permanente discussão de novos temas, em especial os mais polêmicos e, principalmente, a refletir sem paixão e sem assombro

[1] Pós-Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2002). Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1977) e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999). Professora Adjunta III do Curso de Direito, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu, em Direito, da Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ .

[2] Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2021). Possui mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2014). Atualmente é professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da PUC-Rio. Professor da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Advogado.

sobre o modo como essas novas técnicas podem influir sobre a vida do ser humano, sobre seus relacionamentos e quais as consequências em relação aos institutos jurídicos existentes..

Analisar os novos tipos de relação interpessoal que a sociedade contemporânea vem possibilitando e, do mesmo modo, conjeturar a respeito dos atuais limites éticos oponíveis e as projeções possíveis no campo do direito, é o objetivo central desse trabalho. Para alcançar tal propósito, elegeu-se o pensamento dos filósofos Zygmunt Bauman que trabalha com a concepção segundo a qual as relações interpessoais são um reflexo das relações de produção em que consumidores se tornam produtos consumíveis e Gilles Lipovetsky que vem se empenhando em teorizar sobre a "ética indolor dos novos tempos democráticos". O seu contributo teórico parece pertinente com o conjunto de questões que aqui se pretende abordar, numa leitura reflexiva a respeito dos denominados relacionamentos *sugar*.

O tema dos relacionamentos *sugar* é inicialmente desenvolvido, a partir de uma reflexão mais geral sobre neoindividualismo, imediatismo e hedonismo, bases axiológicas de uma sociedade pós-moralista que segundo esses autores, estão relacionados à questão da "ética fraca e minimal", especialmente neste século XXI.

1. O QUE É UM RELACIONAMENTO *SUGAR*?

Renata, 23 anos, tinha uma confissão a fazer: a contagiante felicidade de custear caríssimos apetrechos de uma artista plástica recém-formada enquanto descobria o mundo apaixonadamente ao lado de César, um arquiteto de 45 anos, profundo conhecedor de história da arte, que se dispôs a patrocinar todos os desejos da jovem, à semelhança do que mecenas fizeram, por exemplo, na Renascença italiana do século XVI, exceto pela parte em que a artista e o patrocinador viveriam também um romance.

Cristina, 26 anos, tinha uma história de vida parecida. De família humilde, formou-se em artes cênicas, sempre disposta a exibir seu talento e angariar o reconhecimento que merece pela fama. Mas sustentar-se nesse ramo não é fácil, quiçá financiar os meios necessários para realizar seu sonho. Tudo mudou quando conheceu João Gabriel, administrador e jornalista que também atuava como crítico de cinema e teatro. Graças ao suporte dele, Cristina conseguiu uma vaga para audição num musical incrível, e foi selecionada para integrar o elenco e se especializar num curso em Nova Iorque.

Vanessa, 25 anos, desfruta da mesma leveza e alegria. Diferentemente de todos os relacionamentos amorosos que teve, encontrou em Paulo César a companhia perfeita. Embora

vinte e quatro anos mais velho, Vanessa descobriu muitos gostos em comum, e, desde que se encontraram pela primeira vez, passeiam amiúde, frequentam charmosos cafés, restaurantes, galerias de arte. Já até planejam uma grande viagem pelo mundo, depois de terem passado um final de semana em Buenos Aires e um feriado em Punta del Este.

O relato de Hélio, 45 anos, não destoa do contentamento dessas mulheres. Pós-doutorando e professor em grandes universidades paulistas, o especialista em imunologia dedicou-se inteiramente aos estudos durante a juventude e nunca desejou casar nem ter filhos. Agora, estabilizado na vida, optou por investir no amor. E foi assim que conheceu Joana, linda e inteligente universitária carioca com quem tem se encontrado regularmente. Apesar da distância, os dois se veem sempre, ora ele viaja para o Rio de Janeiro, ora ela voa para São Paulo.

Mas a reciprocidade no envolvimento não parece ter sido plena entre Camila, 25 anos, e Lucas. Apesar do cavalheirismo e cordialidade de Lucas requintarem o relacionamento envolvente que ambos nutriam, ele, mais velho, deixou claro que procurava uma esposa, e já desejava, inclusive, conhecer a família de Camila. A moça, porém, não concordou. Considerava-se jovem demais para casar, não tinha planos de constituir família naquele momento e esperava que Lucas compreendesse que os anseios dela se limitavam à mentoria que ele proporcionava para ajudá-la a alavancar a carreira de empresária.

Todos esses relatos foram extraídos do *site* www.meupatrocinio.com, a principal rede social para pessoas que buscam "relacionamentos de benefícios mútuos". Trata-se de um dos canais da *internet* que permitem a homens e mulheres mais velhos procurarem por rapazes ou moças mais jovens que desejem patrocinar em troca de amizade, atenção, carinho, amor, diversão, sexo etc.

De acordo com os organizadores daquela plataforma virtual, os relacionamentos de benefícios mútuos, ou simplesmente *sugar*, compõem novo estilo de vida, protagonizados por *Sugar Daddy* ou *Mommy*, denominação da pessoa mais madura e financeiramente estável que deseja promover o patrocínio; e por *Sugar Baby*, ou seja, o rapaz ou moça que se habilite a ser mimado em troca de atenção, carinho, companhia.

Apesar da forte conotação sexual que o relacionamento *sugar* pode provocar, sobretudo porque o próprio *site* diferencia interessados em hétero e homossexuais, não há necessidade de as partes se envolverem sexualmente para manter um relacionamento *sugar*. A relação se resume ao financiamento da parte mais madura, em troca da amizade, do amor, do

cortejo ou de qualquer outra prestação lícita, deliberada entre os interessados, a ser realizada pelo mais jovem, beneficiário dos mimos. As regras de cadastramento de perfil de usuário são explícitas ao proibirem a promoção de quaisquer atividades comerciais e/ou ilícitas ou a frequências de acompanhantes e profissionais do sexo.

Evidentemente, a relação *sugar* não se confunde com prostituição, caracterizada, *grosso modo*, pela contratação de profissional do sexo exclusivamente para relações sexuais durante termo certo, *i.e.*, por período de tempo previamente definido. A relação *sugar*, ao contrário, pretende conciliar amor e segurança financeira com vistas à realização de objetivos do casal *sugar* por tempo indefinido. Segundo o *site* Meu Patrocínio, não é objeto dessas relações *sugar* o cultivo de "amores líquidos", pois,

> ao contrário das relações tradicionais, **Sugar Baby** e **Sugar Daddy** já se envolvem sabendo o que o outro espera do relacionamento. A transparência e a franqueza com o que se deseja é fundamental para o sucesso do namoro**Sugar**, que tem conquistado cada vez mais adeptos cansados da liquidez dos casos não-Sugar (MEU PATROCÍNIO, 2018, p. 1).

É verdade que essa forma de relação entre pessoas, em que a mais madura financia desejos e deleites de outra mais jovem em troca de algum tipo de atenção, não é original, e poderia ser encontrada, mesmo dissimulada, ao longo da história, e, num passado não tão distante, poderiam ser encarados como subterfúgio para concubinato.

Por outro lado, além da criação de redes sociais específicas para os interessados nessa forma de relacionamento, é novidade, principalmente sob o ângulo sociológico, a popularização desses relacionamentos, fomentada pela criação de redes sociais específicas, com emprego de símbolos e linguagens peculiares da sociedade de consumo, dado que "o lugar de consumo é a vida quotidiana" (BAUDRILLARD, 2011, p. 26), doravante conectada permanentemente na *internet*, forjando um

> sistema em que a própria *realidade* (ou seja, a experiência simbólica/material das pessoas) é inteiramente captada, totalmente imersa em uma composição de imagens virtuais no mundo do faz de conta, no qual as aparências não apenas se encontram na tela comunicadora da experiência, mas se transformam em experiência (CASTELLS. 2016, p. 455).

Diante desse cenário, o objetivo deste breve ensaio é buscar classificar juridicamente os relacionamentos *sugar*, atento aos aspectos sociológico e afetivo. Para tanto, utilizar-se-á, como objeto de estudo científico, o *site* MeuPatrocínio.com. e as definições e diretrizes ali

publicadas, por ser a principal rede social de patrocínio, de modo a delimitar a análise jurídica pretendida, à luz de uma reflexão, ainda que não exaustiva, tendo como referencial os institutos civilísticos materiais e os aportes sociológicos necessários a fim do enfrentamento da temática, no pensamento de Bauman e Lipovetsky.

Por fim, sugere-se ao leitor, especialmente por se tratar de tema relativamente novo, o abandono de qualquer preconceito ao longo da apreciação do texto, prevalecendo, para observar de modo mais apurado os efeitos desses relacionamentos, a "neutralidade científica" a que se referiu Émile Durkheim.

2. RELAÇÃO SUGAR E SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA BUSCA PELA FELICIDADE

Os relacionamentos *sugar*, ao conjugarem o desejo de desfrutar da companhia ideal com a obtenção imediata de retorno (dinheiro do *daddy*, carinho e atenção da *baby*) desvelam forte conotação consumerista. O *site* MeuPatrocínio, por exemplo, atrela o uso da rede à elevação do *status* social, vinculando a participação do usuário à ideia de enriquecimento material e ascensão na posição econômico-social. Logo ao abrir a página da rede social, o usuário se depara com o seguinte *slogan*: "*A rede social para quem tem sucesso, ambição e beleza... ou quer ter tudo isso*". Ao lado do anúncio, aparecem, a depender das atualizações, fotografias de alta qualidade, exibindo mulheres jovens de evidente beleza e homens de aparência mais madura, vestindo roupas e acessórios de alto valor econômico.

Se contrastada a página inicial do MeuPatrocínio com a do *Facebook*[3], ver-se-á que este se apresenta como mecanismo de conexão e compartilhamento entre pessoas do mundo inteiro, ao passo que aquele se afigura plataforma mais restrita, destinada apenas ao público dos (que fingem ou pretendem ser) bonitos e ricos, com exclusiva finalidade de se auxiliarem mutuamente, trocando afeto por dinheiro e vice-versa.

Além do aviso de exclusividade aos que se encaixam no perfil, a primeira página do *site* MeuPatrocínio ainda exemplifica, como vantagens de ser *baby*, a possibilidade de obter

[3] "Como lembrete: 'Sites de Redes Sociais são serviços baseados na web que permitem aos indivíduos: (1) construir um perfil público ou semipúblico dentro de um sistema delimitado; (2) articular uma lista de outros usuários com quem compartilhem uma conexão; e (3) visualizar e percorrer suas listas de conexões, bem como aquelas feitas por outros usuários dentro do sistema'" BOYD e ELLISON *apud* CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**, p. 40.

"viagens fantásticas, mimos e presentes", "estabilidade e networking", "relacionamento experiente, sem joguinhos"; e, como benefícios de ser *daddy* (excluindo-se eloquentemente as *mommies*), "mulheres jovens, lindas e decididas", "relacionamento honesto e transparente" e 4x (quatro vezes) mais mulheres cadastradas que homens". Ao rolar a tela para baixo, chegando-se ao fim da primeira página, aparecem *links* diversos, com remissão à Assessoria de Imprensa do MeuPatrocinio e ao *blog* do *site*, que engloba diversos artigos voltados a curiosos e aos *sugars*, marcados sobretudo pela criação e dicção de padrões de comportamento a participantes e interessados, tais como "o que o *sugar* não deve dizer no ambiente de trabalho"[4].

A análise da primeira página do *site* de relacionamentos *sugar*, ainda que perfunctória, é suficiente para constatar uma constante relação entre signos de consumo e a participação do usuário nesta rede social. É tão forte o viés de consumo, que os administradores se esforçam veementemente para apartar a relação *sugar* da divulgação de prostituição. Para tanto, estabelecem como norma nos Termos e Condições de Uso do *site* o compromisso de os usuários se relacionarem seriamente entre si, sem se esgotar em simples ato sexual, vedada, expressamente, a prostituição[5].

Além disso, a par da exibição, sutil ou ostensiva, de objetos e elementos discursivos que denotam consumismo, o *site* se propõe a viabilizar que *sugars* se conheçam para se ajudar reciprocamente na mútua elevação do *status* social um do outro, atribuindo, ao *daddy*, virilidade e masculinidade que podem ser percebidas por qualquer um que o veja acompanhado de uma jovem bonita e dedicada; e à *baby*, por sua vez, cria-se a expectativa de realização financeira ainda na juventude. Desse ponto de vista, a relação *sugar* é motivada, dentre outros fatores, por uma satisfação pessoal que resulta no cultivo da própria autoestima e se manifesta na aquisição do tão cobiçado objeto de consumo: o sucesso no meio social.

Esses traços de consumo nos ambientes virtuais de *sites* e aplicativos de relacionamento se exteriorizam logo no cadastramento e habilitação do candidato. A contrário dos antigos *sites* de bate-papo que surgiram nos primeiros anos de popularização do acesso à *internet*, a atuação do usuário não se restringe a simples registro de dados para diálogo nos canais de *chat*, mas de criação de um perfil, preferencialmente com imagens verdadeiras da pessoa, de maneira que revelem a identidade real desse indivíduo, pois "[a] chave para o sucesso

[4] O QUE VOCÊ NÃO DEVE FALAR NO AMBIENTE DE TRABALHO. **MeuPatrocinio**, 25 mai. 2018. Disponível *in*: <https://www.meupatrocinio.com/o-que-voce-nao-deve-falar-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em: 28 mai. 2018.

[5] TERMOS E CONDIÇÕES DE USO. **Meu Patrocínio**, 26 out. 2016. Disponível *in* <https://www.meupatrocinio.com/termos-e-condicoes-de-uso>. Acesso em: 28 mai. 2018.

não é o anonimato, mas o contrário: a autoapresentação de uma pessoa real que se conecta a pessoas reais (em alguns casos, pessoas são excluídas quando mentem)"(CASTELLS, 2016, p. 40). Mas a divulgação da própria imagem não é suficiente, sob pena de fracasso, se não for veiculada com apelo para a sedução, transmitindo ao interessado o mesmo sentido de disponibilidade e expectativa de aquisição que qualquer outro objeto de desejo numa prateleira de loja despertaria em transeuntes.

A mesma tática de imbricação entre sedução e consumo é encontrada no aplicativo *AdoteUmCara*, no qual rapazes, designados como "produto", anunciam-se como mercadoria à espera ansiosa de ser comprada por mulheres, classificadas como "clientes". Ao escolher um homem que apareça na seleção de ofertas, o produto é lançado num carrinho de compras antes de seguir para a fase de pagamento no encerramento do pedido, exatamente como ocorreria num ambiente virtual *e-commerce* (BARROS, 2014, p. 1).

Como se pode perceber, as redes sociais e aplicativos de relacionamento e patrocínio não se esgotam em simples mecanismo de contato entre usuários interessados em conhecer pessoas. Mais do que isso, apresentam-se como ambiente virtual de consumo, que tem como apanágio a ideia de "consumo conspícuo", de Veblen (1965), que consistiria, *grosso modo*, na ostentação, no dispêndio destinado exclusivamente à exibição de condição social. Para Dunker (2017, p. 260), cuida-se de pretensão de diferenciação que "realiza um esforço de ajustamento e o legitimo desejo de ser conhecido como 'alguém'. Ela é um apelo ético para suspender a indiferença ressentida que nos transforma em apenas 'mais um indivíduo'". Esta demanda de diferenciação que Baudrillard (2011, p.49) aponta como fator psicológico no consumo conspícuo vai ao encontro da busca pela felicidade como "referência absoluta da sociedade de consumo, revelando-se como o equivalente autêntico da salvação". Essa felicidade, porém, no entender de Hollanda (2015), vem travestida de igualdade, porém em profunda desigualdade porque interessa aos indivíduos evidenciar signos de êxito socioeconômico, o que se faz por meio de fotografias, ventiladas no Facebook, das viagens ao exterior, de requintadas refeições, de aspectos da enologia e dispendiosos *hobbies*.

A permanente busca pela felicidade, aliada ao consumo conspícuo, vem transformando significativamente os hábitos dos participantes, de tal maneira que os usuários, segundo Bauman, convertem-se no próprio produto, e sua atividade nas redes passa a ser a de anunciarem e promoverem a si próprios como produto a ser consumido:

> Os produtos que elas são estimuladas a colocar no mercado, assim como promover e vender, são *elas próprias*. Elas são, simultaneamente, *promotoras de produtos e os produtos que promovem*. São, ao mesmo tempo, a mercadoria e seus agentes de marketing, os artigos e seus vendedores itinerantes [...]. O teste em que precisam passar para ganhar os prêmios sociais que ambicionam exige que *elas mesmas se reclassifiquem como mercadorias*: ou seja, como produtos capazes de atrair não apenas atenção, mas *demanda* e *clientes* [...]. Permita-me repetir: *os membros da sociedade de consumidores são, eles próprios, mercadorias de consumo*, e é essa qualidade que os torna integrantes legítimos dessa sociedade. Tornar-se e continuar a ser uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupações do consumidor, ainda que quase sempre oculto e poucas vezes consciente, que dirá explicitamente declarado [...]. Observemos: "*fazer* de si mesmo", não apenas *tornar-se*, este é o desafio e a tarefa (BAUMANN, 2013, p. 37-39).

Esse processo de confusão entre indivíduo e produto de consumo envolve também inúmeros outros aspectos sociológicos complexos, que oscilam entre o consumismo e a formação da identidade e da autonomia desse indivíduo, entrelaçando uma miríade de elementos comunicacionais e sensoriais, sempre persuasivos, voltados a despertar o afeto dos participantes nas redes.

Dessa forma, "para se obter sucesso na comunicação mercadológica num ambiente hipersaturado e com altíssimos índices de dispersão dos níveis de atenção, considera-se que relevância, impacto sensorial e envolvimento afetivo transmutariam publicidade em conteúdo" (CASTRO, 2015, p.226). A compreensão de todos esses fatores é de suma relevância porque refletem diretamente na criação e difusão de redes sociais como negócios de comercialização da liberdade de expressão e de mesmo da sociabilidade selecionada.

Por conseguinte, o consumo, como fenômeno sociocultural, afeta também o modo de convivência e de comunicação interpessoal, engendrando novas formas de produção de sentido. No pensar dessa autora, "[t]ratar da interface comunicação-consumo pressupõe entender as práticas de consumo como códigos por meio dos quais nós nos comunicamos com nossos pares, indicando gostos, preferências, modos de afiliação e distinção social" (CASTRO, 2015, p.221).

Nessa sociedade determinada pelo consumo, a ética coloca-se sob novos parâmetros. Lipovetsky (2010) demonstra a existência do que denomina como uma ética do pós-dever, cuja finalidade está voltada para a satisfação total dos desejos subjetivos dos indivíduos nas mais diversificadas ações e que estabelece as relações sociais dos indivíduos nas esferas sociais, na atualidade. A teoria defendida pelo autor a respeito da ética do pós-dever agrega elementos relevantes para uma melhor compreensão da questão dos relacionamentos intersubjetivos, entre os quais se pode situar os relacionamentos sugar.

O autor defende que, em contrário senso do que se tem diante dos olhos, o despontar de formas representativas de uma cultura inédita, que se caracteriza por difundir muito mais as normas do bem-estar do que as obrigações supremas do ideal, como o fazia a moral tradicional, estrita e categórica.

Nesses tempos confusos do pós-dever, os valores relacionados à vida não desaparecem. Ao contrário, transformam-se num processo em que uma ética categoricamente abnegativa é sacrificada ou desconstituída por uma ética que seja apta a compor os interesses determinados pelos direitos subjetivos de cariz individualista e pela sociedade. Tem-se, quem sabe, mais lucidez eficaz que altruísmo e, mais prática que retórica e abstração.

Passados dois séculos do tempo da glorificação enfática do "tu deves" kantiano, a partir de meados do século XX, tem-se que as próprias relações intersubjetivas caminharam no sentido da desacreditação e de eufemismização da disposição dos valores sociais tendo como resultado o advento de uma sociedade pós-moralista, ou seja, uma sociedade que se aparta da retórica do dever estrito, integral, maniqueísta, mas que, paralelamente, exalta os direitos individuais à autonomia, à felicidade, ao desejo, enaltecendo a auto absorção individualista e o *self interest*, em lugar das demonstrações de generosidade e de boa vontade.

O avanço tecnológico, que difundiu velozmente, em extensão e profundidade, as formas de comunicação e produção de sentido em escala universal, transformou o comportamento dos usuários tanto na vida real, factual, quanto no mundo virtual, atingindo, inclusive, a esfera da intimidade e do afeto, repercutindo, consequentemente, numa concepção Ubuntu de ser humano, segundo a qual o indivíduo "sempre será o resultado de um processo de individuação, no qual a relação fundada no afeto é primeira dimensão"(HOGEMANN, 2017, p. 117).

Esta noção de afeto que escora a filosofia Ubuntu e se coaduna à ideia de ser humano de Simondon traduz-se em "disposição da alma articulada como modo de vida, modo de existência — *ethos*" (apud HOGEMANN, 2017, p.117), e que se perfaz na ética da alteridade de Lévinas, concebida não a partir do "Eu", mas do "Outro", isto é, entidade condicionante do agir fundamentada na responsabilidade incondicional fundada na alteridade, que se revela como verdadeiro fundamento de toda moral, segundo a qual "cuidar do próximo implica tornar-se sensível ao rosto de outrem, à vulnerabilidade que o seu apelo evidencia e que de fato eu próprio atesto em mim" (HOGEMANN, 2017, p 113-114).

Mas o afeto, por outro lado, ao tempo em que constitui modo-de-ser do indivíduo que se exterioriza inclusive no mercado de consumo, também provoca, coadunado à responsabilidade pelo Outro, uma espécie de moralização do consumo, de maneira que comprar torna-se ato moral, na mesma proporção em que qualquer ato moral passa a exigir aquisição de algum bem de consumo. Para Bauman (2013, p. 98-100),

> [o] mercado de consumo adota e assimila a esfera cada vez mais ampla das relações inter-humanas, incluindo o cuidado com o Outro, seu princípio moral organizador [...]. Esse expediente torna tangível e mensurável a noção moral, sempre vaga e irritantemente indefinida, de 'autossacrifício para o bem de outra pessoa', mediante a aplicação de critérios monetários de magnitude compreensíveis do ponto de vista universal e legíveis com facilidade; e apondo etiquetas com preços aos atos de bondade [...]. O efeito colateral, claro, é que, ao anunciar e entregar analgésicos morais comercializados, os mercados de consumo só facilitam (em vez de prevenir) o esvanecer, o definhar e a desintegração dos vínculos inter-humanos. Em vez de ajudar a resistir às forças que reduziram esses vínculos a cinzas, eles colaboram na tarefa de debilita-los e aos poucos destruí-los.

3. O SEXOLAZER (*SEXOISIR*) COMO PRODUTO DE CONSUMO

Como visto, o ambiente virtual das redes sociais, notadamente do MeuPatrocínio, objeto do presente estudo, não constitui mero canal de conversação entre usuários, mas verdadeira atmosfera de consumo, que envolve e convida os indivíduos a interagirem nas redes sociais com a mesma expectativa de satisfação que o objeto de consumo propiciaria. Sob esta óptica, o universo do MeuPatrocínio combina consumo e lazer, confundindo a busca pela felicidade na sociedade de consumo, perquirida pela compra (Baudrillard), com a realização do sonho amoroso.

Se o namoro virtual, na lavra de Kaufman (2012, p. 13), converteu sexo em lazer (*sexoisir*), as redes sociais de patrocínio convolaram amor em satisfação, social ou profissional, transformação que não denota, à primeira vista, preocupação com o Outro, senão cultivo à própria imagem, ao individualismo e à autoestima. Ainda que paradoxalmente, entretanto, a busca por aventura, namoro e sexo pela *internet* e nas redes digitais não suplantou a perene procura do indivíduo por amor, segurança e estabilidade.

A análise do envolvimento entre pessoas que se cadastram nas redes sociais de patrocínio requer a compreensão das razões pelas quais os indivíduos procuram amor e sexo na *internet*. Evidentemente, a *internet* facilitou significativamente os meios de comunicação entre pessoas globalmente, sobretudo porque trouxe "uma nova forma de comunicação interativa,

caracterizada pela capacidade de enviar mensagens de muitos para muitos, em tempo real ou no tempo escolhido" (CASTELLS, 2015, p. 101).

Nesse panorama, além da forma diferenciada de comunicação, o ambiente virtual proporciona relação diferenciada entre usuários porque se estabelece primeiro entre o indivíduo e o aparelho tecnológico, por meio do qual se encontra outro indivíduo separado pela mesma distância, mas que, apesar dessa distância, cria laços de proximidade e intimidade por vezes muito intensos, e, com a mesma facilidade e agilidade com que se firmaram, podem ser desconectados pelo botão "desligar". Kaufman (2012, p. 2), em entrevista a Miriam Goldenberg, esclarece que

> [e]sse novo mundo, da internet, permite desenvolver um espaço de jogo amoroso e sexual sem compromisso conjugal. [E]sse novo espaço de jogo amoroso e sexual na tela do computador, a que chamo de *sexolazer* [*sexoisir*, no original em francês], como se a sexualidade pudesse, hoje em dia, se tornar um lazer como outros. Contudo, há, o mesmo tempo, o sonho, que permanece muito forte, do comprometimento durável com um parceiro. Há os dois movimentos, que são contrários e se desenvolvem ao mesmo tempo. Por conseguinte, a sexualidade que há um século era imoral, proibida, um universo de mistério, de angústia, é, com a internet, transformada em uma espécie de técnica de lazer e de prazer. Antigamente, o encontro começava pelo sentimento e, se ele se confirmava, tinha-se o direito moral de passar à relação sexual. Muitas vezes só depois do casamento. Hoje em dia, cada vez mais, o encontro começa pela sexualidade. Começa pela sexualidade porque não se sabe exatamente no que vai dar a história. E começa por pequenas histórias antes de se saber se aquilo vai durar muito tempo. Começa pela sexualidade, mas, eventualmente, há o sentimento. Só depois, quando ele chega, vem o comprometimento mais durável.

Curiosamente, apesar de a busca pelo relacionamento *sugar* ter o mesmo nascedouro das demais relações românticas na *internet*, em que o indivíduo aventura-se à própria sorte no espaço cibernético, disposto a conversar com outras pessoas, com a ressalva, muitas vezes explícita, de não se envolver afetivamente e de modo duradouro, a relação *sugar* firma premissa diametralmente oposta, ao pressupor que os interessados querem, efetivamente, firmar relação duradoura, de longo prazo, mesmo que não se conclua em matrimônio, mas que, nem por isso, termine simplesmente pressionando o botão "desligar", encerrando a conta na rede social e cortando os fios de acesso à rede.

Apesar do conteúdo consumerista e da intenção profissional claramente declarada por muitos *sugares* nessas redes de patrocínio, é forte a probabilidade, ainda que remota e tardia, de o envolvimento das partes resultar, ao longo do tempo, em amor. Isso porque, na síntese de Fisher (2016, p. 13), inspirada em Platão, "o amor é necessidade, ânsia, uma jornada rumo ao maior prêmio da vida: encontrar um parceiro, acasalar"[6]. Daí por que Kaufman considera o

[6] "Love is a need, a craving, a drive to seek life's greatest prize: a mating partner. (Tradução livre dos autores).

planejamento da vida sexual e afetiva (*Plan Cul Regulier Affectif* [PCRA]) verdadeira hipocrisia porque não se poderia oferecer carinho impunemente, sem dedicar algum grau de afeto, que, cedo ou tarde, resultará em relacionamento:

> Vejamos, por exemplo, o caso de Marion: ela usa a internet como uma utopia libertina a que chama de PCRA, Plan Cul Regulier Affectif. Nela, é necessário que todos estejam em uma rede de amigos, de amantes. Por meio da rede, ela pode dizer, por exemplo, que precisa apenas de um carinho. Se outra pessoa está no mesmo clima, diz que quer o mesmo. Mas há uma condição: isso deve ser feito com muita emoção, sentimento, atenção ao outro, mas sem compromisso. E isso é difícil. Depois de uma semana ou 15 dias, muitas pessoas nessa situação acabando [sic] formando casais. O espaço do *sexolazer* tem um limite. Quando temos afeição, ternura, arriscamo-nos a inserir o sentimento, que pode gerar experiências conjugais. E quando é apenas sexo pelo sexo, há o risco de que não seja agradável, e de que o outro seja instrumentalizado estritamente como objeto de prazer (in GOLDENBERG, 2011, p. 165).

Portanto, mesmo num espaço de relacionamento ambientado como *e-commerce*, não é impossível que os usuários cadastrados, engajados em adquirirem o sucesso pelo patrocínio do *sugar*, aproximem-se, cedo ou tarde, pelo afeto, pondo em prática, também, os preceitos da filosofia Ubuntu refletida por Hogemann (2017), estruturando-se o Ser e a própria relação a partir do afeto.

4. NATUREZA JURÍDICA DOS RELACIONAMENTOS SUGAR

Fixadas as bases filosóficas sociológicas acerca dos relacionamentos *sugar*, surgem diversos questionamentos quanto aos efeitos que produzem no mundo do Direito. O primeiro deles repousa sobre o afeto. Seria a relação *sugar* comercialização do afeto? Por outras palavras, estariam as partes *dispondo* do próprio afeto? Afinal, condicionar afetividade a prévio pagamento de outra parte conduziria à conclusão de que o afeto é objeto de relação jurídica obrigacional onerosa, diferentemente das conotações que teria nas relações familiares, em que se presume afetividade, inclusive como princípio, que se desdobra em dever familiar.

A resposta é negativa. Não se trata de comercializar afeto, mas de se formar *parceria*, seja profissional (*networking*) ou sexual. Ou seja, pretende-se firmar algo mais amplo e versátil (líquido), que não se restringe a afeto, nem impede que este se forme ao longo do tempo, exatamente porque precisa de amadurecimento para germinar. Para Bauman (2004, p. 27),

> [n]o caso das parcerias, e particularmente das parcerias sexuais, seguir os impulsos em vez dos desejos significa deixar as portas escancaradas 'a novas possibilidades românticas' que, como sugere a dra. Lamont e pondera Catherine Jarvie, podem ser 'mais satisfatórias e completas.

Partindo-se da premissa de que o relacionamento *sugar* é o enlace entre alguém mais velho estabilizado financeiramente e alguém mais jovem disposto a ser custeado para dedicar, *e.g.*, atenção, carinho e amizade, pode-se afirmar que essa parceria configura relação jurídica, que se manifesta em **negócio jurídico bilateral,** firmado entre pessoas naturais plenamente capazes, nas quais o *Sugar Daddy* ou *Mommy*, isto é, o homem ou mulher bem-sucedido — geralmente na maturidade —, será o **credor**, e o *Sugar Baby*, ou seja, a pessoa geralmente mais jovem e contemplada com o gesto benevolente, figurará como **devedor**.

Cuida-se, pois, de **contrato atípico, consensual, sinalagmático, oneroso, comutativo, paritário, não-solene, personalíssimo, de trato sucessivo** — instantâneo ou de duração, a depender da vontade das partes, que engendra **direitos obrigacionais**.

É contrato porque, na síntese de Pereira (2003, p.14), trata-se de "acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos".

É atípico porque não encontra previsão expressa no Código Civil nem em lei especial. Na síntese de Hironaka (2000, p.138), trata-se de ajuste "não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de direito". Como cediço, o próprio Código Civil reconhece a validez desses contratos no art. 425.

Consensual porque requer expressa manifestação de vontade das partes para produzir efeitos, e "torna-se perfeito e acabado no momento em que nasce o vínculo entre as partes" (GOMESS, 2001, p. 57).

Sinalagmático, porquanto estabeleça obrigações recíprocas aos envolvidos.

Oneroso, visto que acarreta incumbências às partes, sem prestação gratuita. O *Sugar Daddy* interessado em contratar a *Sugar Baby* já se propõe, de antemão, a arcar com despesas que esta eventualmente necessite, cabendo a ela, em contrapartida, atender aos interesses previamente consentidos do contratante. Desse modo, pagamentos, presentes e mimos oferecidos pelo *Daddy*, em regra, devem ser considerados como parte do contrato *Sugar*, e não se convolaria, assim, em doação, isto é, em contrato diverso caracterizado pela liberalidade do doador.

Comutativo, pois o objeto da prestação é previamente combinado e pactuado, de maneira que as partes sabem o que esperar da relação. Não se trata, ao menos em regra, de ajuste aleatório.

Paritário, já que a manifestação de vontade dependerá da singularidade e particularidade dos envolvidos, de maneira que esta forma *sui generis* de relacionamento pode se exteriorizar de diferentes modos, contemplando obrigações que não seriam facilmente previsíveis em contrato de adesão. Aliás, o contrato de adesão poderia, inclusive, inibir interesse das partes, engessando o relacionamento de tal maneira que atentaria contra a própria essência do acordo *sugar*.

Os contratos *sugar*, em rigor, não seriam solenes, tanto em razão da atipicidade quanto pela inexistência de obrigações que requeiram conhecimento e ciência de terceiros, tuteláveis por normas de caráter cogente, que exijam forma expressa prevista em lei. Isto não significa dizer que o *Daddy*, por exemplo, possa se esquivar da averbação, em registro público, de eventual imóvel dado de presente à *Baby*. Ao contrário, todos os efeitos do contrato *sugar* que demandem observância de fórmulas legais a estas devem se adequar.

Personalíssimos, posto que *Daddy*/*Mommy* e *Baby* são sempre pessoas certas e determinadas, cadastradas ou não nos *sites* e plataformas virtuais de relacionamento, e não podem ser substituídas por outras sem alteração contratual. Assemelham-se, neste ponto, aos contratos firmados entre clubes e jogadores de futebol. Logo, as obrigações estipuladas no acordo *sugar* são *intuitu personae*, na medida em que só podem ser prestadas por aqueles mesmos e determinados contratantes.

Por fim, os contratos *sugar* são de trato sucessivo, cujas prestações conservam-se ao longo do tempo, ainda que não haja termo previamente definido pelos envolvidos. Significa dizer que esses contratos, pela natureza da relação *sugar*, não são instantâneos, ou seja, não se exaurem pela simples pactuação e prestação porque, pela natureza da relação objeto do ajuste, devem se protrair no tempo, conferindo às partes sucessivas prestações.

Também neste aspecto distinguem-se da prestação de serviços sexuais, que se esgotaria em acordo previamente definido com indivíduo profissional do sexo para relação com termo final antecipadamente declarado, cujas obrigações circundam atos de natureza sexual, sem acarretar obrigações afetivas e duradouras que a relação *sugar* almeja instituir e preservar.

Desse ponto de vista, o *pacta sunt servanda* nos contratos firmados com profissionais do sexo exige cumprimento da avença estritamente em torno das cláusulas de prestação de

serviços sexuais, que não necessariamente se alonguem no tempo, produzindo, por conseguinte, outros efeitos jurídicos.

A relação *sugar* pode se conformar em contrato sempre que vontade das partes convergirem para tanto, admitindo-se que antes deliberem sobre as cláusulas e efeitos do negócio jurídico que pretendem celebrar. Entretanto, forçoso convir que, na maioria das vezes, as propostas de contrato *sugar* tendem a surgir por meio de redes sociais próprias, como o *site* Meu Patrocínio. Nessas plataformas virtuais, os usuários cadastram seus perfis dentro das regras de convívio e privacidade estabelecidas pelo *site*, e, uma vez autorizado o acesso, interagem com candidatos a *Daddy* ou a *Baby*, a depender das referências desse usuário.

Suponha-se que o *Daddy* inicie conversa com uma *Baby* pelos canais de *chat* do próprio *site*, e passem a deliberar sobre a relação *sugar*. Pode-se depreender daí que, ao longo do diálogo, as propostas formuladas podem ser consideradas, aos olhos do direito objetivo brasileiro, como efetuadas entre *presentes*, pois, apesar de fisicamente distanciados um do outro, os contratantes manteriam contato em tempo real, com possibilidade de resposta simultânea. O vínculo contratual entre *Daddy* e *Baby* se aperfeiçoa quando ambos aceitam integralmente as cláusulas principais e acessórias.

Mas a relação jurídica contratual, ao longo da vigência e da solidificação do afeto entre as partes, pode-se cristalizar em união estável, desde que preenchidos os requisitos legais, resultando, inclusive, na formação de família, cujos valores inarredáveis são o afeto e a comunhão, como ensinam Donizetti e Quintella (2014, p.893) "pode-se seguramente conceituar família como o ***núcleo*** *formado por pessoas que vivem em* ***comunhão*** *em razão do* ***mútuo afeto***". Ora, se a relação *sugar* poderá, com o passar do tempo, configurar união estável, em virtude da manifestação de vontade das partes neste sentido, depreende-se que todos os efeitos corolários dessa relação podem incidir, tais como a proteção da mulher pela Lei de Violência Doméstica (Lei nº 11.340/2006). Por conseguinte, se a relação *sugar* é apta a configurar união estável, também o será para casamento.

Vexata quaestio surgiria em acerca da relação *sugar* quando uma das partes, *Daddy* ou *Baby*, for casada. Seria o casamento de uma dessas partes fator impeditivo de relacionamento *sugar*? De modo ainda mais aprofundado, seria lícito objeto de contrato de relacionamento *sugar* que configure poliamor? A poliafetividade, enquanto manifestação da pluralidade afetiva e amorosa, tolerada pelo Direito brasileiro na medida em que não encontre vedação legal nem configure crime de bigamia, poderia ser pactuada em contratos *sugar*, pelas mesmas razões por que o poliamor não fere a ordem jurídica brasileira. Coteje-se, *v.g.*, os arts. 1.521, VI e o 1.723,

§1º, ambos do Código Civil: da leitura coordenada de ambos os dispositivos — que deve seguir o cânone hermenêutico de interpretação restritiva, por se tratar de normas limitativas do exercício de direitos subjetivos —, infere-se que não se poderão *casar* as pessoas *casadas* (art. 1.521, VI) nem poderá constituir união estável a pessoa *casada*, salvo se separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, §1º).

Significa dizer que, se o ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio da monogamia, proibiu as pessoas formalmente *casadas* de, nesta condição, fazerem-no novamente (Código Penal, art. 235) pela celebração solene ou por constituírem união estável, liberou, por derradeiro, que as pessoas que vivam em união estável, ou queiram fazê-lo, poderão manter mais de um relacionamento simultaneamente, ou firmá-lo com mais de uma pessoa, vedada habilitação para casamento (Código Civil, art. 1.511).

Igualmente, a lei civil não cria impedimento àqueles que se casarem no decorrer de outra união estável, já que no taxativo rol do artigo 1.521, das pessoas impossibilitadas de contrair matrimônio, não se encontra elencado o termo "as pessoas que constituíram união estável". Não é dado ao exegeta distinguir situações quando a Lei não o fez nem autorizou que o fizesse, e, neste ponto, a união estável e o casamento também não deveriam ser causas impeditivas de celebração de contrato *sugar*, ressalvada a hipótese de se tentar deliberar sobre normas proibitivas.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse breve ensaio possibilitou uma análise de como os relacionamentos pessoais estão sendo afetados com o advento das redes sociais e, em especial, os novos patamares simbólicos das relações intersubjetivas se esgarçam e se diluem, afastando o elemento afeto, mas ao mesmo tempo sendo reflexo de uma contemporaneidade marcada pela solidão dos egoísmos, numa lógica racional de mercado que a tudo abarca e que subverte os ditames éticos até então vigentes.

Razão pela qual, a pesquisa promovida aponta para a necessidade de um reforço no que diz respeito à exigência ética na medida em que a cultura do dia-a-dia, midiática, consumista, baseada na publicidade, se torna cada vez mais determinada pelo bem-estar individual, pelo lazer, por um ethos dominado pelo individualismo voltado para o sucesso pessoal e financeiro a qualquer preço.

Ao constatar-se que a sociedade contemporânea se encontra na era do consumo de massa, prevalecem os valores hedonistas individualizados, voltados tão somente ao prazer pelo prazer, na satisfação íntima, não mais vigorando os ditames do amor ao outro, da virtude severa, da renúncia de si mesmo.

Além disso, também permitiu que os autores promovessem uma análise criteriosa desde um olhar juscivilístico acerca da natureza jurídica dos relacionamentos *sugar*, para considerá-los como mais uma relação contratual bilateral, que, no entanto, dependendo dos elementos valorativos que a substanciem, tais como a comunhão e o afeto, pode vir a ser considerada como uma união estável, para os fins de direito.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de novos estudos, a fim de acompanhar o caminhar desse novo fato social e seus desdobramentos juridicamente relevantes**.**

REFERÊNCIAS

BARROS, Luiza. Site de relacionamentos Adote Um Cara apresenta rapazes como se fossem produtos. **O Globo** *online*, Rio de Janeiro, 18 jan. 2014. Disponível *in*: <https://oglobo.globo.com/ela/gente/site-de-relacionamentos-adote-um-cara-apresenta-rapazes-como-se-fossem-produtos-16950374>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____**. Vigilância líquida**. Trad.: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad.: Roneide Venancio Majer. 17.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016, v. 1.

_____. **O poder da comunicação**. Trad.: Isabela Machado de Oliveira Fraga. São Paulo: Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CASTRO, Gisela Grangeiro da Silva. O consumidor-fã nas redes sociais digitais: estratégias mercadológicas na cibercultura. *In* FERREIRA, Francisco Romão. FREITAS, Ricardo

Ferreira. PRADO, Shirley Donizete. CARVALHO, Maria Claudia da Veiga Soares (Orgs.). **Consumo, comunicação e arte**. Curitiba: CVR, 2015, Série Sabor Metrópole, v. 3, p. 221-230.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3.ed. São Paulo, Atlas, 2014.

DUNKER, Christian. **Reinvenção da intimidade**: políticas do sofrimento cotidiano. São Paulo: Ubu, 2017.

FISHER, Helen. **Anatomy of love**: a natural history of mating, marriage, and why we stray. New York: W.W. Norton & Company, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, v. único.

GOLDENBERG, Mirian. Amor e sexo na internet: entrevista com Jean-Claude Kaufmann. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 1, jan./mar. 2011, p. 161-176. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7211/5804>. Acesso em: 27 mai. 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**: estudos. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Direitos humanos e filosofia ubuntu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOLLANDA, Daniela Maria Cunha de. Arte e consumo: a *Pop Art* vista pela ótica de Wahrol. *In* FERREIRA, Francisco Romão. FREITAS, Ricardo Ferreira. PRADO, Shirley Donizete. CARVALHO, Maria Claudia da Veiga Soares (Orgs.). **Consumo, comunicação e arte**. Curitiba: CVR, 2015, Série Sabor Metrópole, v. 3, p. 185-198.

KAUFMANN, Jean-Claude. **Love online**. Cambridge: Polity Press, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2005.

_____. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MEU PATROCÍNIO. Disponível em: <www.meupatrocinio.com>. Acesso em: 17 fev. 2018.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, v. I.

_____. **Direito civil**: família. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.

TEIXEIRA, Regiane. Site exibe homens como produtos em supermercado; 70% dos usuários são de SP. **Folha de São Paulo** *online*, São Paulo, 29. Nov. 2013. Disponível *in*: http://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2013/11/1377880-site-exibe-homens-como-produtos-em-supermercado-70-dos-usuarios-sao-de-sp.shtml>. Acesso em: 28 mai. 2018.

Submissão: 05/04/2019. Aprovação: 28/09/2023.

O DIREITO À EDUCAÇÃO: O CONFRONTO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE RIGHT TO EDUCATION: CONFRONTATION BETWEEN THE RESERVE FOR CONTINGENCIES AND HUMAN DIGNITY

Elisandra Raffel Cinamadon[1]
Universidade do Vale do Itajaí

Felipe Schimidt[2]
Universidade do Vale do Itajaí

Resumo:
O objetivo deste artigo está alinhado com o que preleciona o método indutivo[3], que é entender a Educação como direito fundamental social e que, intimamente ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e à vedação do retrocesso, não pode aceitar ser reduzida a uma tese denominada reserva do possível, alegada de forma generalizada pelo poder público. A Educação é muito mais do que a garantia de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões. Atrelada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e à vedação do retrocesso, torna-se prestação material indispensável para uma vida digna, o que limita a sua reversibilidade.
Palavras-chave:
Direito à Educação. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Existencial. Princípio da Vedação do Retrocesso. Reserva do Possível.

Abstract:
The purpose of this article is aligned to what the inductive method instructs, which is to understand education as a fundamental social right and that, as it is closely linked to the existential minimum, to the human dignity and to the retrocession prohibition, it cannot accept to be reduced to a thesis called reserve for contingencies, alleged in a general way by the public power. Education is much more than the guarantee of a dignified life in the face of the economic and political universe of decisions. Linked to the existential minimum, human dignity and retrocession prohibition, it becomes essential material providing for a dignified life, which limits its reversibility.
Keywords:
Right to Education. Human Dignity. Existential Minimum. Retrocession Prohibition. Reserve for Contingencies.

1 INTRODUÇÃO

A Educação é um direito social assegurado no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, mais do que isso, é um direito fundamental, não somente porque como tal se encontra positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), mas porque se situa dentre um conjunto de princípios e regras que o asseguram e fazem do nosso país um Estado Democrático de Direito.

[1] Doutora em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada.
[2] Doutorando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Univali – Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Promotor de Justiça.
[3] A perspectiva conceitual de Método Indutivo foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

Ocorre que não basta o direito social fundamental estar assegurado, pois haverá sempre uma perspectiva de seu não cumprimento. Nesse contexto, figuram a judicialização do direito social fundamental à Educação e a cláusula da reserva do possível, esta utilizada de forma genérica pelo poder público para justificar o não cumprimento de um direito social fundamental.

É sob esse enfoque que se questiona: o entrelaçamento entre o direito social fundamental à Educação, o mínimo existencial, os direitos humanos e o princípio da vedação do retrocesso pode ser uma alternativa para uma nova fase de cumprimento dos direitos fundamentais sociais e estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões?

Na primeira fase da pesquisa especificou-se o referente[4] como: descrever como a Educação é vista no âmbito dos direitos fundamentais. A partir dessa análise, realizou-se uma reflexão sobre a Educação, direito social fundamental, e a problemática da cláusula da reserva do possível, além da verificação da possibilidade de entrelaçamento entre mínimo existencial, direitos humanos e o princípio da vedação do retrocesso. Na segunda fase da investigação, realizou-se a busca de jurisprudência, bem como de citações doutrinárias.

Já na terceira fase de pesquisa, correlacionaram-se os fatos e fundamentos da fase de investigação, direcionando-os para a quarta fase da pesquisa, qual seja, a de relatório, que aponta para um exame do referente abordado.

Para a formulação deste estudo, realizou-se pesquisa e identificação do principal enfoque, como sendo a Educação, colacionado à análise de citações e jurisprudência exemplificativas que, consequentemente, propiciaram contextualização para a percepção geral do referente, de acordo com o que a base lógica do método indutivo preleciona.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Educação é apresentada como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 6º da CRFB/88, o qual estabelece que "São direitos sociais a educação [...] na forma desta Constituição"[5], e no Capítulo II, Seção I, especialmente no art. 205, do mesmo diploma legal, ou seja, "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para

[4] A perspectiva conceitual da Técnica do Referente foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. p. 57-66.
[5] BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

o trabalho."[6] Sem prejuízo desse enquadramento da Educação como direito fundamental, há quem a compreenda também como direito da personalidade ou mesmo como direito difuso[7].

A perspectiva de Educação adotada pela Constituição Federal de 1988, tal qual por suas antecessoras, democráticas ou não, foi a da "educação formal"[8]. Segundo Felipe Bley Folly, "formalizar o processo educativo significa estabelecer sua concretização a partir de um ensino escolar estabelecido e institucionalizado pelo Estado, o que o Estado brasileiro realiza basicamente a partir de sua lei de diretrizes e bases da educação nacional [...]"[9]. À vista dessa forma de ordenação constitucional da Educação, o mesmo autor faz a seguinte crítica:

> Essa crença em um modelo de educação organizado em um currículo de saberes mínimos, distribuição do conhecimento em disciplinas desconexas entre si reproduz o "homem moderno", detentor de diversos conhecimentos teóricos, que nada ou pouco dialogam entre si, e encaram a realidade concreta como algo metodologicamente separado daquilo que se aprende na escola. Essa fragmentação de saberes e o isolamento da escola diante do mundo real são fundamentos do modelo atual de educação escolar, que, entretanto, vê na sua universalidade a grande saída para desenvolver um país[10].

No que tange ao contexto no qual se situa tal formato de Educação, Canela Júnior[11] ensina que a Constituição de 1988 adotou o modelo de Estado Social com postulados nitidamente programáticos e intervencionistas, sendo indispensável que o Estado garanta aos cidadãos oportunidades de desenvolvimento, assegurando-lhes o mínimo de dignidade.

Grinover[12] complementa que a Constituição de 1988 fixou em seu artigo 3º objetivos fundamentais, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação – acrescidos ao inciso II do art. 4º que remete à prevalência dos direitos humanos – os quais somente poderão ser atingidos se o Estado se

---

[6] BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.
[7] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 19.
[8] Sob outra perspectiva, "[...] temos a denominada educação informal advinda da própria dinâmica da vida em sociedade". (SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 13).
[9] FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. *In* CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro. Vol. 3. Constituições Econômica e Social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 424.
[10] FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. *In* CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro. Vol. 3. Constituições Econômica e Social.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427.
[11] CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 229.
[12] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 127.

organizar no "[...] '*facere* e *prestare*', incidindo sobre a realidade social. E aí que o Estado Social de Direito transforma-se em Estado Democrático de Direito."[13]

Esse Estado Social surge da transição do Estado Liberal e promove uma alteração substancial na concepção de Estado e suas finalidades e disso advém, segundo Grinover[14], o Estado que existe para satisfazer o bem comum e os direitos fundamentais, ou seja, os direitos econômico-sociais, de maneira que permita a fruição dos direitos de liberdade de primeira geração – um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Entretanto, cabe destacar que a terminologia direito fundamental pode assumir distintos sentidos, a depender do conteúdo que lhe for atribuído e é em razão disso que o direito fundamental, na condição de direito constitucionalmente assegurado, possui uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos, no sentido de sinergia com os níveis de positivação.[15]

Por isso a necessidade, nesse primeiro momento, de demonstrar uma compreensão adequada do que são os direitos fundamentais.

> Para a compreensão adequada do que são, afinal de contas, direitos fundamentais, não basta saber que se cuida de direitos assegurados pela ordem constitucional de determinado Estado, pois tal circunstância, embora essencial, por si só não é suficiente, ao menos de acordo com a evolução que marcou o constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra e da qual o modelo adotado pelo nosso próprio constituinte de 1988 é tributário.[16]

Para Canotilho[17] o "*Constitucionalismo* é a teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade", legitimando o aparecimento de uma Constituição moderna, entendida como uma "[...] ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e fixam limites do poder político [...]"[18].

> O artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar o "núcleo duro" de uma constituição em

[13] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 128.
[14] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. p. 126.
[15] *SARLET, Ingo Wolfgang. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Ajuris, *Porto Alegre. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/. Acesso em: 28 jun. 2016.*
[16] SARLET, Ingo Wolfgang. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Ajuris*, Porto Alegre. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/. Acesso em: 28 jun. 2016.
[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.
[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 52.

> sentindo moderno. Vale a pena, porém, transcrever o preceito para se verificar que, em geral, os autores deixam na sombra o referente da constituição. Eis o teor do artigo citado:
>
> Artigo 16º - *"Toute societé dans daquele la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée n'a ponit de Constitution"*
> Como se vê, não se fala aqui em Estado mas em sociedade. E sociedade "tem" uma constituição; a constituição é a constituição da sociedade. [...]
>
> Nesse sentido se compreende a expressão – *constituição da República* – para exprimir a ideia de que a constituição se refere não apenas ao Estado mas à própria comunidade política, ou seja, a *res publica*.[19]

E é nesse sentido, também traçando um paralelo com o entendimento de Grinover, supracitado, que o Estado somente se concebe hoje como Estado Constitucional e é identificado como um Estado Democrático de Direito, isto é, em que o conceito de direitos fundamentais não se limita apenas à condição de direitos positivados expressos, mesmo que, implicitamente, em determinada constituição. Dessa forma, "[...] um direito fundamental não é, portanto, apenas um direito de matriz constitucional."[20]

> [...] um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano) mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um status, representado por um regime jurídico, diferenciado. [...]
>
> O que importa, para nosso efeito, é que o Constituinte de 1988 igualmente trilhou tal caminho [...].[21]

Ou seja, "[...] firma-se aqui a posição em torno da tese de que [...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados [...]"[22]

É sob esse enfoque que Bobbio[23] entende que a norma jurídica é aquela que "[...] independentemente da forma que se assuma, do conteúdo que se possua, do fim que se proponha, é estabelecida pelo poder soberano [...]", ou seja, aquele poder que aqui pode ser interpretado como o dado à própria sociedade e que não é inferior a nenhum outro, como é o

---

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 88.
[20] SARLET, Ingo Wolfgang. *O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. *Ajuris*, Porto, Alegre. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/. Acesso em: 28 jun. 2016.
[21] SARLET, Ingo Wolfgang. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Ajuris*, Porto, Alegre. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/. Acesso em: 28 jun. 2016.
[22] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do Possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17.
[23] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3. ed. rev. Bauru: Edipro, 2005. p. 149. Título original: Teoria della norma giuridica.

caso do poder que a disposição dos direitos fundamentais concedeu aos cidadãos da sociedade em que se vive.

Sarlet[24] leciona que é o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º. III, da CRFB/88, que além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, cumpre uma função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos decorrentes e previstos em tratados internacionais, por exemplo, com autorização do parágrafo segundo, art. 5º, da Carta Magna: "[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."[25]

Nesse passo cabe registrar que a República Federativa do Brasil é signatária de diversos documentos internacionais em matéria de Educação, dentre os quais destacam-se os que seguem: 1) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 26º); 2) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. 12); 3) Declaração dos Direitos da Criança (art. 7º); 4) Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino; 5) Declaração e Programa de Ação de Viena (art. 80); 6) Declaração Mundial de Educação para Todos, de Jomtien, Tailândia; 7) Declaração de Salamanca.

Para além desses regramentos de alcance internacional, a Educação, especialmente a partir da Constituição de 1988, está consolidada no Brasil como um direito fundamental de conteúdo prestacional[26], composto por "[...] direitos ao acesso e à utilização de prestações estatais [...] e direitos à participação na organização e no procedimento de realização"[27], e integrante do mínimo existencial[28], pois no momento em que o Estado Social se consolida com a efetivação e cumprimento de direitos sociais, passa a uma condição de Estado Democrático de Direito capaz de identificar dentro de suas normas e além delas, como é o caso da sua relação com tratados de direitos humanos internacionais, a intensidade para enfrentar a necessidade de seu cumprimento ou não.

Isso até porque, conforme ensina Bobbio[29],

---

[24] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 111.
[25] BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.
[26] MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição.* Porto Alegre: SAFe, 2001, p. 135.
[27] MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição.* Porto Alegre: SAFe, 2001, p. 135.
[28] Segundo Motauri Ciocchetti de Souza, "[...] a igualdade de oportunidades e a asseguração do mínimo existencial somente poderão surgir se a todos for assegurado o direito a processo educacional adequado". (*Direito Educacional.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 11).
[29]BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05-19.

> [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Os anseios sociais – aqui entendidos como o que a sociedade almeja, com tempos de busca por justiça, de consolidação de direitos fundamentais e de equilíbrio do ordenamento jurídico[30] –, desde a promulgação da Carta Magna, assim como as expectativas do cumprimento do direito social fundamental à Educação se tornam alvo de clamor. Tanto é assim que se reconhece a existência de um ramo autônomo da ciência do Direito, denominado Direito Educacional, responsável pela disciplina das chamadas relações juspedagógicas, que envolvem todos os sujeitos do processo de ensino e aprendizagem (Estado, professores, alunos, família, comunidade e instituições de ensino, sejam estas públicas, comunitárias ou privadas)[31]. Ademais, hoje se pode consultar livremente a jurisprudência pátria e verificar que algumas tantas decisões determinam a efetivação das normas assecuratórias de tal direito.

Contudo, vive-se um momento de crescente judicialização de políticas públicas, que deveriam ser cumpridas por esse Estado Democrático de Direito independentemente de determinação do Poder Judiciário, além de um momento de novas justificativas para o não cumprimento dos deveres do Estado e a não efetivação dos direitos sociais fundamentais: trata-se da problemática da cláusula da reserva do possível e o direito à Educação.

3 A PROBLEMÁTICA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À EDUCAÇÃO

As expectativas pelo cumprimento do direito social fundamental à Educação aumentaram a partir do momento em que a sociedade se transformou e, já passadas mais de três décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, "[...] é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e da eficácia social (efetividade) que os mesmos alcançaram no cotidiano das pessoas não perdeu a atualidade [...]"[32].

---

[30] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 361-363.
[31] CIMADON, Elisandra Riffel; CIMADON, Aristides. *O Princípio da Proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas Universidades.* São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 35.
[32] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11.

Ao contrário, lamentavelmente esse tema ainda ocupa a pauta de desafios do Estado e da sociedade, com a judicialização crescente das mais diversas demandas, que cobram ações cada vez mais arrojadas, especialmente, do Estado-Juiz.[33]

> Uma primeira constatação que se impõe, e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais) sociais, o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional), acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.[34]

Com a adoção da tese da vinculação dos direitos fundamentais sociais, passou-se a admitir, portanto, a garantia de um mínimo existencial que, no entendimento de Sarlet, é "[...] compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável."[35]

Já para Grinover[36] o mínimo existencial é "[...] considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado [...]".

Em contraponto ao mínimo existencial e, consequentemente, aos direitos prestacionais, está a reserva do possível, a qual, analisada sob o viés do direito de defesa, da conduta omissiva e do fator custo, tem muito a ponderar a respeito da prestação de obrigação de algo que não se mantém razoável.

> [...] Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a colocação dos direitos sociais a prestação sob que se denominou de "reserva do possível", que compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis a realização dos direitos na sua dimensão positiva. [...] A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático de direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação [...] da

[33] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível', p. 12.
[34] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível', p. 14.
[35] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível', p. 25.
[36] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 132.

> indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.[37]

Dessa forma, frequentemente, a reserva do possível leva o Poder Judiciário à condenação da Administração ao cumprimento de duas obrigações: a de incluir no orçamento a verba necessária ao adimplemento da obrigação e a de aplicá-la para tal fim.[38] E isso logicamente para além da destinação dos recursos mínimos constitucionais compulsoriamente destinados à Educação pública, consoante previsto na Constituição de 1988[39].

Exemplificativamente, toma-se por base o Informativo n. 0431, do período de 19 a 23 de abril de 2010, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual entende que "A tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*)"[40] e que "[...] quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada [...]"[41]

Prossegue e afirma que é por tal motivo que "[...] a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais [...] Não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação."[42]

---

[37] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: Orçamento e 'reserva do Possível', p. 29-30.

[38] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 138.

[39] MONLEVADE, João Antônio C. Financiamento da educação na Constituição e na LDB emendadas. In: BRZEZINSKI, Iria (org.). *LDB/1996 Contemporânea. Contradições, tensões, compromissos.* São Paulo: Cortez, 2014, p. 335.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

[41] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC. Relator Min. Humberto Martins. Julgado em: 20 abr. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

O Informativo mencionado reuniu precedentes da corte que versavam sobre o dever de o Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola – arts. 227 da CRFB/1988, 4º da Lei n. 8.069/1990 e art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – entendendo que a alocação de recursos orçamentários para o atendimento do mínimo existencial pode efetivamente advir da insuficiência orçamentária. Entretanto, a real insuficiência deve ser demonstrada pelo poder público e não utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal.

No mesmo sentido, em dezembro de 2015 e abril de 2016, o STJ reafirmou seu entendimento, conforme se pode ver a seguir:

> [...] ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. [...] IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. [...]
> 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. [...]
> 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.
> 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. [...]
> 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em
> razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.
> 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.
> 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. [...].[43]

> [...] MATRÍCULA. CRIANÇA. CRECHE. DEVER DO PODER PÚBLICO. [...] ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.
> [...] o reconhecimento do direito da criança à matrícula em creche municipal foi realizado a partir de uma interpretação sistemática dos arts. 205 e 208 da Constituição

[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790767 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0248784-0 Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+790767&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

> Federal; 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação; 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
> 3. A orientação do acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da obrigatoriedade de o Poder Público garantir às crianças de zero a seis anos o acesso às creches, não sendo possível invocar-se como óbice ao cumprimento desse dever teses abstratas referentes à ausência de recursos orçamentários e à reserva do possível. Vejam-se: AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/12/2015, DJe 14/12/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 656.070/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015; REsp 440.502/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 24/9/2010.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.[44]

Além disso, Grinover[45], ao analisar a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, ADPF n.º 45, constatou que sua posição é de que são necessários alguns requisitos para que o Poder Judiciário intervenha no controle das políticas públicas: 1. O limite do mínimo existencial; 2. A razoabilidade da pretensão deduzida ao poder público e; 3. A disponibilidade financeira do Estado para efetivar a prestação positiva reclamada.

Portanto,

> Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.
>
> [...] recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proteção ao excesso e de insuficiência, além de, nessa dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo poder de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.[46]

O problema dos direitos fundamentais como direitos prestacionais ou "quota-parte" coloca em evidência/discussão o fato de uma pretensão de omissão dos poderes se converter

---

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 760830 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0195513-0. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva++poss%EDvel+educa%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

[45] GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 130-132.

[46] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível', p. 32-33.

em uma proibição de omissão – um direito subjetivo público de o cidadão exigir do Estado a prestação[47] (especificamente educacional, no tema ora sob exame).

Como se pôde perceber das decisões colacionadas, o poder público, constantemente, busca omitir sua responsabilidade na realização do acesso à Educação a crianças de zero a seis anos nas creches municipais, sob a alegação da reserva do possível, ou seja, sob a perspectiva da falta orçamentária e escassez de recursos em razão de escolhas administrativas. Contudo, os direitos fundamentais não dão opção e clamam por cumprimento. A exceção somente acontecerá quando a utilização da reserva do possível não se configure uma falácia, como, por exemplo, quando houver a ponderação entre dois direitos fundamentais para salvaguardar o núcleo essencial.

> A jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* caminha precisamente no sentido da inadmissibilidade da invocação da cláusula da "*reserva do possível*" nos processos em que estejam em jogo o "*mínimo existencial*" (RE n. 482.611, Santa Catarina, Rel. Min. Celso de Mello). Na mesma direção evolui a jurisprudência do *Superior Tribunal de Justiça*, consoante se extrai do acórdão do Recurso Especial n. 1.185.474 – SC, relatado pelo Min. Humberto Martins. Extrai-se da ementa desse julgado a seguinte afirmativa: "Aqueles direitos que são intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial".[48]

Ao discorrer a respeito da forma de constitucionalização das diretivas e dos direitos prestacionais, Canotilho entende que

> A sua conexão e interdependência com as receitas orçamentais e decisões políticas, os seus conflitos com outros direitos ou bens constitucionais, a sua relativização originada pela escassez de recursos, a sua identificação concreta dos titulares activos e passivos das prestações, a sua "mistura" com a questionabilidade de representação e bens coletivos e com a imputação de deveres emergentes da realização de fins coletivos, tudo isso demonstra que o inequívoco *valor político* que assume a constatação destes direitos a nível constitucional se tem que equacionar em face de uma constituição concreta – *teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada* – com a necessidade de uma solução diferenciada dentro do leque dos direitos de referência.[49]

E é precisamente nesse sentido que é importante entender que todos os direitos fundamentais possuem sua vertente na dignidade da pessoa humana [50] e que, muito embora a

[47] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Portugal: Coimbra, 1994, p. 364-365.
[48] WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – 'Mínimo Existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 218.
[49] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 173.
[50] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 112.

positivação do princípio seja relativamente recente[51], o constituinte, em 1987/88, ao reconhecer os fundamentos do nosso Estado Democrático (Social), "[...] reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua [...]"[52].

Entretanto, "[...] há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerado algo inerente à natureza do homem [...]"[53] e é justamente nesse aspecto "[...] que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais."[54]

A Educação, direito social fundamental, deve ser sentida não apenas como prestação assegurada constitucionalmente e exigível pela via jurisdicional. Ela é premissa e pressuposto de todos os demais direitos fundamentais[55]. Faz-se necessário, portanto, seja compreendida como integrante do mínimo existencial, isto é, de uma vida minimamente decente e que se entrelace com a dignidade humana de forma plena. Para esse fim é que a Constituição de 1988 expressamente previu, entre os princípios gerais de regência da educação no país, a igualdade (de condições para o acesso e permanência na escola), a liberdade (de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber), o pluralismo (de ideias e concepções pedagógicas), a gratuidade (do ensino público em estabelecimentos oficiais), a valorização dos profissionais da educação, a democracia (na gestão do ensino público), a qualidade (como garantia fixada a partir de padrões mínimos) e a possibilidade de sua fruição ao longo da vida (art. 206)[56], todos aspectos que se harmonizam com a dignidade da pessoa humana e que tendem a assegurar a esta o mínimo existencial. Uma das tentativas de garantia do olhar sob esse viés pode ser o princípio do não retrocesso social.

4 A EDUCAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Educação, direito fundamental social, possui amparo na jurisprudência da Corte Suprema brasileira, assegurada com a fundamentabilidade do mínimo existencial e a rejeição quase absoluta da reserva do possível. Entretanto, é necessário entender que a Educação não

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 113.
[52] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 114-115.
[53] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 119.
[54] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 119.
[55] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Verbatim, 2010, p. 11.
[56] BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2023.

pode ser vista apenas sob o viés dessa fundamentabilidade que pode, também, ser encarada como reducionista. Deve ser sentida, porém, como um efetivo entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana, em busca de valores que construam, efetivamente, uma sociedade que promova o bem-estar de todos.

> [...] Cabe deixar anotado, demais disso, que a fundamentabilidade dos direitos sociais não está reduzida ao "*mínimo existencial*", pois, como bem anota Ana Carolina Lopes Olsen, "além da fundamentabilidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que sua fundamentabilidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial". Afinal, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista), com o valor social do trabalho, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalidade, e, finalmente, com a promoção do bem de todos. (CF, arts. 1º e 3º).[57]

Portanto, ao considerar que a dignidade da pessoa humana não pode ser tomada como inerente à natureza do homem é que é relevante a constatação de que ela também é limite e tarefa do Estado e reclama que as ações deste sejam guiadas para que seja preservada e para que se criem condições que possibilitem seu pleno exercício.[58] Trata-se de concurso entre o Estado e a comunidade.[59]

O mínimo existencial em um processo de evolução e melhora social do país tende a mudar sua variável, pois ampliará sua abrangência se amparado pela dignidade da pessoa humana e presidido pelo princípio da proibição do retrocesso.

> O "*mínimo existencial*", além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.[60]

Assim é que, especificamente quanto ao direito fundamental à educação, a noção de mínimo existencial abrange, pelo menos, como se pode inferir da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para aqueles que não o frequentaram na idade própria (art. 54, I), que é qualificado como direito público subjetivo (art. 54, §1º), o que significa que o particular pode exigir do Estado seu cumprimento, mesmo em juízo, sendo passível de responsabilidade a autoridade que não o

[57] WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: 'Mínimo Existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 219.
[58] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 120.
[59] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 120.
[60] WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: 'Mínimo Existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*, p. 219.

oferecer ou o fizer de forma irregular (art. 54, §2º)[61]. Daí também porque "serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais" (art. 210, *caput*, da Constituição da República).

Sobre essa matéria, o art. 208, I, da Constituição da República, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 59/2009[62] (posterior à do art. 54 da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), dispôs que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade. Destarte, essa novel previsão constitucional de que o direito em tela tem por objeto não apenas o ensino fundamental, como preceitua a Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, mas toda a educação básica, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental de nove anos e o ensino médio, e a fixação expressa dos referidos limites etários, que estendeu a duração da proteção estatal ao final da adolescência, vieram ampliar - e com estatura constitucional - o alcance da disposição normativa anterior e reafirmar a essencialidade do direito em questão, reforçando sua condição de integrante do mínimo existencial.

Ademais, mesmo para além da educação básica, o direito fundamental à educação, tomado amplamente, já foi considerado, nas palavras de Eduardo Appio, como uma "alternativa à subalternidade"[63], sendo pressuposto inarredável ao exercício dos direitos civis e políticos[64] e, conforme Rodrigues e Cunha, possui dimensão fundante da cidadania, cumprindo papel basilar de todo o ordenamento jurídico[65], predicados que autorizam compreender que a educação básica integra o mínimo existencial. Assim é que, como a política pública de educação pública está instituída na Constituição e em leis, cabe ao Poder Judiciário determinar medidas de cunho substitutivo e mandamental em face de eventual omissão do gestor público em sua implementação[66], que é compulsória, o que vem novamente evidenciar a condição de integrante do mínimo existencial conferida ao direito à educação.

Mas a inserção do direito fundamental à educação no conteúdo do mínimo existencial tem também o condão de repelir eventual reconhecimento de discricionaridade da

[61] BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.
[62] BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.
[63] APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2012; p. 190.
[64] APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 191.
[65] RODRIGUES, Esther Faria. CUNHA, Helvécio Damis de. O Direito Fundamental à Liberdade de Ensinar como Garantia do Direito à Educação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas.* V. 26, n. 51, 2023; p. 223.
[66] APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 192.

Administração Pública quanto à sua realização, que é impositiva, bem assim de afastar uma pretensa subordinação sua a razões de mero pragmatismo governamental[67]. Portanto, não se admite que o arbítrio estatal, argumentos de natureza meramente política ou econômica ou algum obstáculo artificial sejam opostos à plena efetivação do direito fundamental à educação[68]. Acrescente-se que o núcleo essencial do mínimo existencial, o qual contempla o direito fundamental à educação, é intangível, devendo ser preservado em sua integridade e integralidade. Em face de todos esses predicados do direito fundamental à educação, que está em tudo implicado com a dignidade da pessoa humana, já se atribuiu, em doutrina, aos dispositivos constitucionais alusivos à educação, a qualidade de cláusula pétrea[69].

O princípio do não retrocesso social ou vedação do retrocesso é encontrado quando diante da obtenção de determinado grau de realização de um direito social fundamental, simultaneamente, este passa a constituir uma garantia institucional, limitando a reversibilidade de direitos adquiridos, sob pena de "[...] clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana."[70]

O não retrocesso precipuamente proíbe que o Estado tome medidas descabidas e que restrinjam conteúdos e direitos já assegurados.

> O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais devotou atenção à vedação de que Estados deliberadamente introduzissem medidas que implicassem retrocesso. O princípio subjacente é o de que se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer progressiva realização dos direitos ali incluídos – reconhecendo o caráter necessariamente gradual de seu gozo pleno, também proíbe que os Estados tomem medidas que piorem a sua realização. Como um critério para a comparação normativa, a vedação do retrocesso significa que qualquer medida adotada pelo Estado que suprima, restrinja ou limite o conteúdo dos direitos já garantidos pela legislação, constitui violação *prima facie*.[71]

Não há como imaginar, por exemplo, que um direito social fundamental expresso na Carta Magna e consolidado na Corte Suprema – no sentido de que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial – se depare com um "fator surpresa" aplicado pelo Estado. Os cidadãos lesados perderiam não somente o núcleo essencial – o direito à Educação

[67] APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 204.
[68] APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, p. 202.
[69] SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional*, p. 21.
[70] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 338-339.
[71] COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 509-510.

– mas também a confiança, a credibilidade no país como um todo – pela falência dos sistemas – e, especialmente, teriam sua dignidade humana violada.

> [...] a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).[72]

O princípio da proibição do retrocesso social é um núcleo essencial que pretende garantir a dignidade da pessoa humana, que antes mesmo de estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro já era notória na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.[73]

Pode-se conceituar o princípio da proibição do retrocesso ou vedação do retrocesso como "[...] núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido [...]"[74] Canotilho prossegue e explica que entende inconstitucional qualquer medida estadual que "[...] sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial [...]"[75]

O espírito da proibição do retrocesso pode ser esclarecido com a explanação de Pasold, ao discorrer acerca da utilização do instrumento estatal para a criação e realização de "[...] condições de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade – com igualdade de possibilidades – para o Homem, frente a alternativas efetivamente existentes nos planos político, social e econômico."[76]

> [...] A Educação move a organização, a tecnologia, o conhecimento, os valores e determina o modo de ser da Sociedade humana. A qualidade de vida do ser humano está, de modo fundamental, ligada à Educação. [...][77]

Ao estabelecer um entrelaçamento necessário entre o direito fundamental à Educação, o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação do retrocesso, poderíamos pensar, mesmo que em um primeiro momento, de forma utópica, em uma nova fase para o cumprimento dos direitos fundamentais sociais e o estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões.

---

[72] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 124.
[73] PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008. p. 10-18.
[74] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 339-340.
[75] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 340.
[76] PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 86.
[77] CIMADON, Aristides. *Autonomia dos estados federados e direito educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 195.

Aliás, essa é uma alternativa que foi proposta por Touraine, ao discorrer a respeito da atual realidade econômica e social, isto é, "[...] Precisamos, acima de tudo, dar novamente vida a um humanismo respeitador das demandas de todos os seres humanos [...]"[78]

O confronto entre a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana persiste em razão especialmente da questão econômica e política. Entretanto, há indícios de que o amparo constitucional, universal e jurisprudencial são um grande passo para a luta pela conscientização de mudança. As crises até então enfrentadas e a grande dificuldade política que assola o Brasil na atualidade pode, numa perspectiva bem otimista, trazer percepções de necessidade de mudança até mesmo para trazer argumentos nos quais as decisões "[...] devem apoiar-se para satisfazer a pretensão à correção."[79]

Contudo, não se pode deixar de lembrar de uma citação promissora e reflexiva de Marco Aurélio[80]: "[...] vê como todas as coisas estão sempre a nascer da mudança [...]"

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Educação é núcleo essencial do direito fundamental social e não pode ser reduzida a uma tese afirmada pelo poder público de forma genérica e que busca garantir uma vida digna somente diante do universo econômico e político de decisões. Além disso, está disposta no ordenamento jurídico brasileiro como direito social fundamental e encontra-se intimamente ligada ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana e ao princípio da vedação do retrocesso, porque busca um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna, reconhece os direitos fundamentais e limita a reversibilidade de direitos adquiridos.

Isso também porque as cortes brasileiras já possuem o entendimento consolidado de que os direitos sociais fundamentais não podem ser restringidos em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Ou seja, constatada a reserva do possível, a Educação deve ou ao menos deveria ser provisionada para a próxima reserva orçamentária, pois a qualidade de vida das pessoas está imbricada nesse direito social fundamental.

O entrelaçamento entre o direito social fundamental à Educação, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e princípio da vedação do retrocesso poderia ser pensado como

[78] TOURAINE, Alain. *Após a crise*: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Tradução Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p. 196. Título original: Après la crise.
[79] ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 155. Título original: Begriff und geltung des rechts.
[80] MARCO, Aurélio. *Meditações*. Tradução Thainara Castro Lima. Brasília: Kiron, 2009. p. 52.

uma nova fase efetiva para o cumprimento dos direitos fundamentais sociais e o estabelecimento de uma vida digna diante do universo econômico e político de decisões. A pretensão de correção pode reafirmar-se cada vez mais com a alternativa ora apontada. Entretanto, trata-se de um confronto de grandes atores, em que a sociedade se configura como peça-chave na promoção da mudança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: Begriff und geltung des rechts.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Título original: L`etá dei diritti.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3. ed. rev. Bauru: Edipro, 2005. Título original: Teoria della norma giuridica.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.* Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790767 / MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0248784-0. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AgRg+no+AREsp+790767&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 760830 / MG. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0195513-0. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reserva++poss%EDvel+educa%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo n.º 0431*. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20 abr. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=reserva+do+poss%EDvel+educa%E7%E3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO. Acesso em: 23 jun. 2016.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Portugal: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CIMADON, Aristides. *Autonomia dos estados federados e direito educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CIMADON, Elisandra Riffel; CIMADON, Aristides. *O Princípio da Proporcionalidade e as relações juspedagógicas nas Universidades.* São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOLLY, Felipe Bley. Da educação inscrita com timbre constitucional: garantias formais e desafios materiais do ensino escolar brasileiro. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro.* Vol. 3. Constituições Econômica e Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição.* Porto Alegre: SAFe, 2001.

MARCO, Aurélio. *Meditações*. Tradução de Thainara Castro Lima. Brasília: Kiron, 2009.

MONLEVADE, João Antônio C. Financiamento da educação na Constituição e na LDB emendadas. In: BRZEZINSKI, Iria (org.). *LDB/1996 Contemporânea. Contradições, tensões, compromissos.* São Paulo: Cortez, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia (coord.). *Código de Direito Internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

RODRIGUES, Esther Faria. CUNHA, Helvécio Damis de. O Direito Fundamental à Liberdade de Ensinar como Garantia do Direito à Educação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas.* V. 26, n. 51, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Ajuris, *Porto Alegre. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2015/02/13/o-conceito-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-federal-de-1988-por-ingo-sarlet/. Acesso em: 28 jun. 2016.*

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Direito Educacional.* São Paulo: Verbatim, 2010.

TOURAINE, Alain. *Após a crise*: a decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Tradução de Francisco Morás. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. Título original: Après la crise.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – 'Mínimo Existencial' e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Submissão: 10/04/2019. Aprovação: 11/12/2023.

EXPLORAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL NO NARCOTRÁFICO: A GUERRA ÀS DROGAS E A CONVENÇÃO 182 DA OIT NO BRASIL

EXPLOITATION AND CRIMINALIZATION OF CHILD LABOR IN DRUG TRAFFICKING: THE WAR ON DRUGS AND THE ILO CONVENTION 182 IN BRAZIL

Danyelle Gautério Silva[1]
Universidade Federal do Rio Grande

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa[2]
Universidade Federal do Rio Grande

Resumo:
O presente artigo problematiza a participação de crianças e adolescentes no tráfico de drogas, considerado este como uma das piores formas de trabalho infantil, nos termos da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho. Por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, em especial estudos etnográficos, são explicitadas violações de direitos e a realidade dos jovens envolvidos com o narcotráfico, bem como a ausência de ações por parte do Estado brasileiro, o qual prima pela resposta à questão no âmbito da criminalização. Trabalha-se com a hipótese de que a atuação estatal em relação aos sujeitos envolvidos deve ser pautada em uma política pública que prime pela aplicação das normas de Direitos Humanos acima de quaisquer outras, enxergando-os como crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, e não simplesmente como jovens infratores. Conclui-se ser necessário que, em controle de convencionalidade, o adimplemento dos compromissos assumidos no âmbito do regime internacional de guerra às drogas se submeta, tanto por força de sua inferioridade material, quanto por sua inferioridade formal (tratados comuns), às obrigações assumidas pelo Brasil na Convenção Americana de Direitos Humanos (art.19), interpretadas à luz da Convenção sobre o Direito das Crianças (art.32) e da Convenção 182 e Recomendação 190, ambas da OIT.
Palavras-chave:
Trabalho Infantil. Direitos Humanos. Tráfico de Drogas.

Abstract:
The present study approaches the involvement of children in drug trafficking and considers said activity as one of the worst forms of child labour, as defined on International Labour Organization's Convention 182. The research methodology is bibliographic and documentary, especially ethnographic studies on the subject. Some of the violations of rights caused by their involvement in drug trafficking are presented, as also are presented the children's reality and the Brazilian State's lack of answer to the issue. When the Brazilian State does act, it tends to consider such activities as crimes. The hypothesis used on the present study is that the protection of the subjects' rights should be guided by a policy that strives to adhere to the norms of Human Rights above all others, treating them as children and adolescents involved in child labour, and not only as youthful ofenders. The conclusion is that, in conventionality control, the Brazilian war on drugs have to be adapted to comply with the American Convention on Human Rights (art.19), in light of the Convention of the Rights of Child, the Convention 182 and the Recommendation 190 of the International Labour Organization.
Key Words:
Child Labour. Human Rights. Drug Trafficking.

[1] Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Transnacionalização e Direitos Humanos, da mesma Universidade.
[2] Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, na graduação e no Mestrado em Direito e Justiça Social. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Investigador Visitante na Universidade de Castilla-La Mancha (2014) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (2011).

1. INTRODUÇÃO

O enfrentamento do problema do uso e do comércio de substâncias psicotrópicas é tema de alta complexidade. De modo geral, essa complexidade é ocultada pela abordagem populista e moralista do tema, em grande parte derivada da colonização do debate social e das respostas estatais pelo discurso político-eleitoral e midiático. Nesse quadro, ciência, razão e conhecimento costumam ficar em segundo plano, ou serem instrumentalizados para servir à abordagem populista-moralista, que reduz a atuação estatal a uma intervenção penal.

Os inequívocos fracassos da abordagem proibicionista, especialmente os seus reflexos na produção de riqueza ilícita, crimes e violência, com consequentes violações de direitos em longo espectro, têm estimulado outras abordagens. É certo que, entre os amplos dissensos, há premissas comuns, como os malefícios à saúde causados pelo consumo abusivo. Todavia, essas abordagens alternativas, que encontram eco na academia, na sociedade civil organizada e em organismos internacionais, têm promovido a adoção de políticas orientadas a reduzir a importância da justiça penal no enfrentamento do problema (OEA, 2013).

No caso brasileiro, o exame historiográfico da política de drogas demonstra que "a simbiose entre a retórica internacional e as ideologias da defesa social e da segurança nacional contribuiu para a edificação de uma cultura de intolerância frente ao fenômeno do comércio de drogas, que contaminou, inclusive, o legislador constituinte" (ZILLI; ASSIS MOURA; MONTECONRADO, 2017, p. 495).

O presente artigo objetiva enfatizar o envolvimento de crianças e adolescente com o narcotráfico a partir da perspectiva de que se trata de uma das piores formas de trabalho infantil, conforme definido pela Organização Internacional do Trabalho- OIT na Convenção 182 e na Recomendação 190, ambas de 1999 e internalizadas pelo Brasil com estatura de lei ordinária (Decreto 3.597/2000).

Considerando-se que expressiva parte dos atos infracionais processados no sistema de justiça brasileiro diz respeito ao “tráfico de drogas e condutas afins” (CNJ, 2019, p.31) problematiza-se o tratamento unicamente de cunho infracional e repressivo que é dado à matéria, buscando trazer à luz as obrigações estatais na promoção dos direitos humanos fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente os relacionados ao (não) trabalho, como maneira mais adequada, tanto na perspectiva normativa como funcional, para o enfrentamento do problema.

Como metodologia de pesquisa foi utilizada a revisão bibliográfica, em especial a leitura de estudos etnográficos feitos sobre o tema, levantamento de dados publicados por instituições governamentais e organizações internacionais, bem como análise normativa e jurisprudencial.

Na primeira seção trabalha-se a conceituação do tráfico de drogas enquanto forma de trabalho infantil. Para isso são apresentadas as normativas pertinentes, bem como é pontuado o narcotráfico sob a perspectiva de atividade de comércio, sujeitas às leis do mercado e exploradora de mão de obra para obtenção de lucro. Ainda, são feitos alguns apontamentos teóricos acerca da categoria trabalho, a fim de verificar os pontos de conexão com o tráfico.

A segunda seção busca apresentar as vulnerabilidades e violações de direitos vivenciadas pelas crianças e adolescentes trabalhadoras do tráfico. Tais violações ocorrem tanto a partir do próprio meio criminalizado, como também por parte do Estado, através de seus agentes, colocados na posição de soldados a enfrentar o inimigo de uma guerra assim-declarada.

Por fim, a terceira seção traz uma leitura normativa e doutrinária da questão, enfatizando o conflito entre compromissos internacionais de que o Brasil é signatário. De um lado, o Estado brasileiro é firmatário dos principais tratados internacionais relativos ao tráfico ilícito de substâncias psicotrópicas, como a Convenção de Viena de 1988 (Decreto n. 154/1991). Quanto a esses tratados, sempre se mostrou efetivo quanto aos compromissos internacionais de criminalização[3] do uso e do tráfico de drogas. De outro lado, é largamente *non compliant* em relação a outras obrigações internacionais, tais como a proteção de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, especialmente a erradicação do trabalho infantil utilizado no tráfico de drogas, primando, na prática, pela criminalização de crianças e adolescentes. No ponto, busca-se demonstrar que esses tratados protetivos, por força da normatividade superior que é própria de seu conteúdo material, devem prevalecer sobre medidas meramente punitivas, de forma que o país possa, do ponto de vista normativo, cumprir com as obrigações internacionais assumidas sobre o tema, e do ponto de vista funcional, retirar milhares de adolescentes e crianças do quadro de violência e indignidade a que se acham submetidos.

2. O TRÁFICO DE DROGAS COMO FORMA DE TRABALHO INFANTIL

O reconhecimento do tráfico de drogas como uma das piores formas de trabalho infantil é objeto de disciplina normativa internacional. A Convenção n. 182 e a Recomendação n. 190,

[3] Para uma distinção entre mandados internacionais de criminalização e compromissos internacionais de criminalização, vide CORRÊA, 2017 pp.88-100.

sobre a Proibição das Piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, ambas adotadas pela OIT em 17 de junho de 1999 classificam a utilização de menores nas atividades do tráfico de drogas como especialmente degradantes.

O Brasil depositou o Instrumento de Ratificação dessas normas internacionais em 2 de fevereiro de 2000, tendo sido ambas promulgadas internamente em 12 de setembro do mesmo ano, através do Decreto 3.597/2000, com vigência no país a partir de 2 de fevereiro de 2001, em consonância com o artigo 10º, parágrafo 3º, da Convenção. Atualmente, esses atos normativos internacionais se acham positivados no Decreto 10.088/2019, que consolidou uma série de atos normativos da OIT vigentes no direito brasileiro.

Todavia, a despeito desse quadro normativo nacional e internacional, uma abordagem do problema a partir da perspectiva do trabalho infantil "não tem perpassado pelas políticas públicas de enfrentamento à exploração de crianças e adolescentes pelo mercado de drogas ilícitas", estando também ausente nas "decisões judiciais referentes a adolescentes apreendidos(as) sob acusação de cometimento de ato infracional análogo aos crimes previstos na Lei Federal nº 11.343/2006" (CNJ, 2021).

A Convenção 182 coloca a eliminação das piores formas de trabalho infantil como a prioridade da ação nacional e internacional relacionada a labor de menores, complementando a Convenção 138 de 1973, que disciplina a idade mínima para o trabalho. Importa referir que criança para a Convenção é todo sujeito que ainda não atingiu 18 anos de idade, portanto, amoldando-se ao que o direito juvenil brasileiro qualifica como criança e adolescente (art.2, da Lei 8.069/90).

No sentido de promover os direitos humanos fundamentais desses sujeitos, a Convenção estatui que a educação e o enfrentamento da pobreza são os caminhos essenciais para a eliminação das piores formas de trabalho infantil, sendo que os Estados signatários deverão adotar medidas necessária e urgentes, desde a aplicação de sanções penais até outras medidas que se mostrarem adequadas e suficientes a esse objetivo.

De forma pontual, os Estados deverão implementar ações que envolvem impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil; assegurar a assistência direta para retirar as crianças dessa situação, mediante reabilitação e integração social; garantia de acesso à educação e formação profissional; identificação e contato direto com as crianças expostas a riscos e atenção especial com as meninas.

No que concerne ao tráfico de drogas, ele é disposto no artigo 3º, alínea “c”, que define a “utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes”

como uma das expressões das piores formas de trabalho infantil. Adicionalmente, tendo em vista a realidade do tráfico de drogas especialmente em países da América Latina, tais como Brasil, Colômbia, Paraguai e México, deve ser considerado pertinente ao problema a alínea "a", da Convenção, que identifica a utilização de crianças em conflitos armados também como uma das piores formas de trabalho infantil.

A Recomendação 190, por sua vez, dispondo mais detalhadamente acerca das medidas a serem tomadas pelos Estados, possui compromisso de criminalização no artigo 12, alínea "c", para que os Estados criminalizem a "utilização, procura e oferta de crianças para atividades ilícitas, particularmente para produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes, ou para atividades que envolvem o porte ou uso ilegais de armas de fogo ou outras armas".

Em âmbito doméstico, o Decreto 6.481/2008 regulamenta a Convenção 182 e a Recomendação 190, aprova a lista das piores formas de trabalho infantil, sendo conhecido como "lista TIP". Neste regulamento são elencados os riscos e repercussões de cada atividade considerada. Todavia, os riscos e repercussões do envolvimento com o tráfico de drogas não são apontados, sendo apenas declarada dentre as piores formas de trabalho infantil "a utilização, recrutamento e oferta de adolescente para outras atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas" (art.4º, inc.III).

Para adequada compreensão da normativa acima exposta, incorporando a categoria "trabalho" no contexto do tráfico de drogas, é preciso redirecionar o horizonte de percepção tradicional do problema, retirando o tráfico da zona exclusiva da criminalização e pensando-o enquanto atividade comercial, sujeita às leis do mercado, atacado e varejo, e como tal, objetivando lucro a partir da venda de uma mercadoria e exploração de mão de obra.

Adicionalmente, é necessário agregar a compreensão de que, em sendo uma atividade comercial que envolve circulação de mercadorias, insumos, mão de obra e consumidores, a deliberação por sua proibição, ou melhor, intensa criminalização, envolve uma deliberação política, uma escolha entre o proibir e o permitir, entre os beneficiados e os afetados pela proibição. Neste particular, não se pode olvidar que o assim-chamado *ius puniendi* é manifestação de poder, e que este se distribui desigualmente não somente no âmbito interno das sociedades, mas também entre as diversas sociedades no contexto global, de modo que as escolhas punitivas são expressões desse poder. A primeira decisão política-criminal é, tanto no aspecto temporal como no valorativo, a decisão sobre o que criminalizar, o que também envolve quem criminalizar. Essas escolhas, do que e de quem criminalizar, no âmbito da política criminal transnacional de modo geral, é bastante característica: reflete um processo

unidirecional de deliberação dos países desenvolvidos para o resto da sociedade mundial (CORREA, 2017), sendo a criminalização de determinadas drogas a mais notável expressão desse processo.

Valois (2017) explicita o quanto a política internacional de drogas se trata, na verdade, de uma polícia internacional de drogas, na qual os tratados internacionais são impulsionados por questões relativas a poder, prestígio e interesses econômicos, e não por verdadeiro embasamento técnico e científico, colocando a questão das drogas na esfera da criminalização a partir dessas premissas e não da sua real lógica de comércio. Conforme o autor:

> Salutar a constatação de que a guerra, além de ter imposto um comércio ilegal de droga, também estimulou o consumo dessa droga. A polícia de hoje também combate as drogas ao mesmo tempo em que é a própria propaganda do seu valor, valor de mercado que se transforma em valor de importância para as pessoas (...) As leis do mercado não seguem o rigor do que convencionalmente entendemos por lei, e o que mais veremos na história da proibição é o rigor da repressão servindo para aumentar a produção e diminuir o preço, porque a proibição torna o produto mais valioso, fazendo a produção aumentar e o aumento desta faz preço diminuir, portanto não há regras rígidas no mercado de drogas, e a força da oferta e da procura ignora qualquer medida proibitiva. (VALOIS, 2017, p.41 -43)

Negando a sua própria ineficácia, a polícia internacional de drogas ignora o limitado poder da lei para tratar de uma questão complexa como a do mercado de drogas ilegais. A centenária experiência histórica indica que o proibicionismo não cumpre em relação a esse mercado o papel de redutor de consumo e de oferta que lhe é atribuído por seus arautos. Desde as guerras do ópio até a proibição de drogas como maconha e cocaína em nossos dias, passando pela paradigmática proibição do comércio de bebidas alcoólicas nos EUA que vigorou entre 1920 e 1933, comprovou-se que a oferta e a demanda das substâncias proibidas não diminuíram pelo proibicionismo, servindo este, pelo contrário, como elemento propulsor da violência, dos conflitos e da renda ilícita dos sujeitos envolvidos. Em uma compreensão simplificada, adotado pelo proibicionismo, o incremento do custo ou a diminuição da oferta de uma mercadoria - que derivaria da proibição e da guerra às drogas - causa a diminuição da demanda sobre esse bem. Entretanto, no mercado de drogas, especialmente no das mais consumidas, essa racionalidade não se comprova, verificando-se o que se designa de demanda inelástica, que se constata quando não há alteração significativa no nível de consumo em correlação com o preço (EWIG, 2018).

Como salienta Aleixo, a produção, a circulação e o consumo de drogas são um mercado altamente lucrativo, em grande medida pela própria política criminal que se declara interessada no enfrentamento do problema. Essa política, "contraditoriamente, agrega valor e estimula o mercado, tornando a sua proposta oficial fracassada." (ALEIXO, 2021, p.179)

De fato, dados relativos ao número de usuários, à produção e ao preço da droga evidenciam o fracasso da política de guerra às drogas. No que diz respeito ao número de usuários, os dados estimados pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime - UNODC relativos ao consumo indicam um aumento no número de usuários de 18% entre 2008 e 2012, por exemplo, um aumento na prevalência de uso de 4,6% para 5,2%. Relativamente à produção, os dados indicam que a produção ilícita de ópio aumentou mais de 380% entre 1980 e 2012. Na outra ponta, no que diz respeito ao preço, apesar de a pureza da droga ter aumentado, o preço da heroína caiu 75% na Europa e 80% nos Estados Unidos, no período entre 1980 e 2012 (GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY, 2014).

Já outras dinâmicas de mercado, não ligadas à proibição, acabam afetando o preço da mercadoria-droga, do que é exemplo o fechamento das fronteiras e demais consequências na circulação de bens e pessoas em virtude da pandemia COVID-19. Nesse sentido, relatório do UNODC (UNODC, 2020) apontou que, em razão das medidas de enfrentamento à COVID-19 rotas de tráfico da cocaína foram prejudicadas, levando à escassez do produto em países não produtores e aumento do preço em países como o Brasil. O documento reforça ainda a preocupação com o eventual excesso de produto de qualidade e consequente baixo preço no mercado após o retorno à normalidade. Um dos motivos para a baixa nos preços seria o aumento do cultivo em razão do agravamento da vulnerabilidade das famílias em regiões como a América Latina e Afeganistão, devido às consequências econômicas do enfrentamento da pandemia (UNODC, 2020).

Estabelecendo-se o tráfico de drogas enquanto atividade de comércio, cujo status de ilegalidade foi dado a partir de interesses políticos, morais e econômicos, necessário pensar a categoria *trabalho* e sua aproximação com esse tipo de atividade. Nessa perspectiva, estudos de campo acabam por apontar a pertinência dessa categoria, como de outras que são próprias à atividade econômica capitalista, no comércio de drogas ilegais, em detrimento de categorias e racionalidades do campo jurídico-penal.

Costa e Barros (2019), por exemplo, trabalham a categoria trabalho primeiramente a partir de Georg Lukács, enquanto fenômeno fundamental para construção do ser social, de forma que a partir da inter-relação homem-natureza, o indivíduo, mediante aplicação de energia física, materializa ideações abstratas, no sentido de buscar uma finalidade que é a satisfação de necessidades coletivas. Aprofundando a abordagem desde as novas complexidades do capitalismo, a partir de Reinhardt Kreckel e Jessé de Souza, as autoras desenvolvem a categoria trabalho dentro da chamada “ideologia do desempenho”, em que a dignidade e a própria

constituição do ser e de sua identidade passam pela tríade qualificação-posição-salário. Sintetizando,

> Diante do exposto, a noção de trabalho ora proposta constitui-se: a) na sua gênese, pelo caráter essencial na constituição do ser social, responsável pelos níveis de sociabilidade mais avançados, na medida em que a partir do trabalho o homem adquiriu a característica de projeção de ideais e de comunicação entre seus pares; b) na sua condição sócio histórica, pela aquisição de um papel fundamental na construção no indivíduo das categorias "identidade, autoestima e reconhecimento social", na medida em que o trabalho torna-se, no paradigma da ideologia do desempenho, parâmetro de análise da distinção social. (COSTA; BARROS, 2019, p. 8)

A fim de verificar de que forma tais definições da categoria trabalho poderiam ou não se aplicar ao tráfico de drogas, as investigadoras fizeram pesquisa de campo junto a adolescentes cumprindo medida socioeducativa. Constataram a proximidade entre as categorias do tráfico e do trabalho na medida em que ambas se voltaram, na fala dos jovens, para a aquisição de bens de uso, em aproximação à teoria de Lukács, e elemento de distinção social, na lógica da ideologia do desempenho. Outro ponto comum constatado e visto de forma negativa pelos entrevistados foi a vinculação a um patrão e a sujeição às vontades e humores deste indivíduo. Por outro lado, o elemento que se apresentou como fator de distinção entre as categorias é a violência, consubstanciada na guerra estabelecida entre facções na disputa por pontos de tráfico. (COSTA; BARROS, 2019).

Na prática, a atividade de comércio e utilização da força de trabalho a partir da divisão de tarefas também se mostra muito evidente, conforme pesquisa etnográfica e revisão bibliográfica feita por Galdeano e Almeida (2018). Os autores destacam o caráter de gestão empresarial, com subdivisão de tarefas, flexibilização do trabalho dos jovens e a busca por maior lucratividade e liquidez. Foi verificado que:

> Uma "biqueira", em São Paulo, desenvolve-se como uma empresa, com subdivisões de tarefas e funções. O "gerente" é o "recolhe" (recolhe o dinheiro de todas as bocas do mesmo dono) e faz o "fecha" da semana (contabilidade). Recebe R$ 2.000,00 por semana. E ganha um dia para trabalhar como vendedor. O "vendedor" ganha 10% ou 15% do valor vendido no dia. A porcentagem pode chegar a 20% do valor total/dia, dependendo do movimento da "biqueira". Há variações de porcentagens que são comissões recebidas pelas vendas realizadas e essas variações dependem das mercadorias vendidas. As "lojinhas" que vendem só cocaína pagam 10% de comissão; 11% e 12% se a "biqueira" vender cocaína e maconha; e de 15% a 20% em "biqueiras" que vendem de tudo. A cada doze horas de atividade a "biqueira" vende, em geral, de R$ 8.000,00 a R$ 15.000,00. O vendedor pode flexibilizar o seu trabalho e chamar um colega para trabalhar e vender com ele. (GALDEANO; ALMEIDA, 2018, p. 52)

Outras tarefas são apontadas, tais quais o olheiro, também conhecido como campana; o "abastece"; o "boli", esse responsável por embalar as frações de droga, sendo a remuneração estabelecida conforme a atividade exercida. Enquanto um vendedor pode receber até R$ 2.400,00 por semana, o abastecedor, por exemplo, costuma receber algo entre R$ 600,00 ou R$ 1.000,00 semanalmente (GALDEANO; ALMEIDA, 2018).

Essas tarefas, com suas estratificações, remunerações, escalas, níveis de responsabilidade e estrutura hierárquica, são amplamente desempenhadas por crianças e adolescentes, que constituem a mão de obra preferencial dessa empresa lucrativa. As razões da atração desses sujeitos para o submundo delinquente são complexas, e vão desde as evidentes perspectivas de remuneração em um ambiente de muitas carências materiais, até as dinâmicas culturais que carregam o significado dessa experiência criminosa.

Uma abordagem a partir do olhar da criminologia cultural, por exemplo, poderia salientar o conjunto de emoções, atrações e compensações que interagem para que esses indivíduos - expostos, de um lado, à uma cultura de consumo na qual autorrealização, expressão e imediatismo são valores primordiais, e de outro, à desigualdade e à injustiça estruturais - atuam performaticamente, seja para afirmar sua identidade e "assumir o controle", seja para realizar (ilicitamente) o imediatismo e as demais formas de satisfação subjetiva que o capitalismo tardio simbólicamente estimula (FERREL; HAYWARD; YOUNG, 2019). Não à toa, pesquisas realizadas com jovens que trabalham para o tráfico de drogas revelam que, além dos desejos de consumo, o prestígio e a "adrenalina" são motivações fundamentais de muitos deles para justificar seu ingresso na atividade criminosa (CONANDA, 2004).

Independentemente dessas hipóteses explicativas - do que não nos ocupamos, como objeto, no presente estudo -, o fato é que, não apenas normativamente, mas também na experiência, o envolvimento de crianças e adolescentes com o tráfico de drogas deve ser considerado uma das piores formas de trabalho infantil. O que importa, para os fins deste trabalho, é verificar de que maneira essas crianças e adolescentes, que constituem a parcela importante da mão de obra do tráfico de drogas, têm sido afetados pela criminalização do comércio e pela própria dinâmica interna da atividade criminosa.

3. VULNERABILIDADES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRABALHADORES DO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

Crianças e adolescentes devem ser protegidos "contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou

que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social." (art.32.1, da Convenção sobre os Direitos da Criança) Essa é, fundamentalmente, uma obrigação do Estado. No caso brasileiro, múltiplas são as realidades dos envolvidos com o tráfico de drogas, e, por consequência, a análise mais aprofundada acerca de como vivem as crianças e adolescentes que trabalham na atividade ilegal recomenda estudos de casos concretos. Esses estudos, mesmo no quadro maior da diversidade, apontam alguns pontos comuns, como a vulnerabilidade da grande parcela dos jovens envolvidos, os lucros obtidos com o tráfico, a exposição à violência e o risco de perda da liberdade, com maior incidência sobre negros/pardos e homens.

Pesquisa promovida pela OIT no Brasil no início dos anos 2000, no âmbito do seu Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (ILO, 2002), já verificava, ao analisar a realidade do trabalho infantil no tráfico das favelas do Rio de Janeiro, um conjunto de características capazes de traçar o perfil da exposição dessas crianças e adolescentes no desempenho dessa atividade.

No estudo constatou-se, por exemplo, o ingresso cada vez mais precoce da mão de obra infantil no tráfico, tendo se verificado que, em comparação com o início dos anos 90, a idade média do ingresso na atividade havia passado de 15-16 anos para 12-13 em pouco mais de de uma década. Dentre as principais características dessas crianças e adolescentes estavam a pobreza, a baixa escolaridade, e o fato de serem pretos ou pardos. Conforme esse levantamento conduzido pela OIT, moviam a inserção dos jovens na atividade a pretensão de reconhecimento e poder no ambiente social em que estavam inseridas, o desejo de fazer coisas emocionantes (adrenalina), bem como a aspiração por objetos de consumo que, sem a remuneração obtida neste trabalho, não teriam condições de adquirir (ILO, 2002).

No que diz respeito ao ambiente de trabalho e às condições em que estavam inseridos os infantes, destacou-se o temor pela vida, pela prisão e pela traição de outros membros do grupo, todas experiências de violência física e psicológica. A natureza coercitiva da permanência na atividade era evidenciada pelo fato de que, uma vez aventurados no trabalho no tráfico, não lhes era possível sair. Somado aos elementos econômicos geradores de dependência da atividade, há o fato de que esses jovens passavam a ser identificados, tanto pela polícia como por grupos rivais, como integrantes de determinado grupo criminoso, não mais podendo viver sem a proteção daquele grupo. Contrastando com esses fatores objetivos de vinculação com a atividade criminosa, uma das maiores aspirações desses jovens era justamente adquirir uma moradia fora daquele contexto de violência, de modo a afastar seu ambiente familiar daquela realidade (ILO, 2002).

Evidenciando traços comuns do trabalho de crianças e adolescentes no tráfico em outro contexto espaço-temporal, a Cidade de São Paulo no ano de 2018, recente estudo feito pelo Núcleo de Etnografia Urbana do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP (GALDEANO; ALMEIDA, 2018) reafirma em grande medida os aspectos acima elencados. Com entrevistas com adolescentes em Serviço de Medida Socioeducativa, nas subprefeituras de Sapopemba, Sé e Vila Maria, na cidade de São Paulo verificou-se que os adolescentes haviam sido apreendidos perto dos seus locais de moradia, situadas em áreas precárias da cidade, e, ainda, que esses jovens são em sua maioria negros e pardos.

Relativamente às suas experiências com trabalho, constatou-se a intermitência entre atividades legais informais e o tráfico de drogas, tanto em relação a esses jovens quanto às suas famílias, sendo comum a baixa escolaridade dos sujeitos e a baixa remuneração nas atividades profissionais exercidas. A exploração ilegal do trabalho infantil é percebida mesmo nas atividades legais, a exemplo de Pedro, que teve seu primeiro emprego em descarga de mercadorias aos 11 anos, idade em que o trabalho é proibido em todas as suas formas.

A pesquisa paulista aponta que a situação de violação de direitos, no que se refere à informalidade e exploração do trabalho de crianças e adolescentes, ocorre, muitas vezes, inclusive sob a chancela do Poder Judiciário, o qual, no acompanhamento de medidas socioeducativas em meio aberto, para as quais o trabalho é tido como fundamental, aceita como comprovação de emprego fotografias e declarações assinadas, não havendo qualquer exigência ou movimentação junto aos órgãos de acompanhamento para formalização desses trabalhos ou maior fiscalização da realidade ou das condições de trabalho (GALDEANO; ALMEIDA, 2018).

Assim, no campo da legalidade, esses jovens e suas famílias somente têm acesso a postos de trabalho subvalorizados, o trabalho se dá de maneira precoce e a evasão escolar é alta. Em relação às mães, as que conseguem trabalhar em uma atividade formal o fazem em empresas terceirizadas, prestadoras de serviços gerais, contudo, a grande maioria trabalha em atividades domésticas de maneira informal, enquanto os pais trabalham em atividades como obras e mecânica (GALDEANO; ALMEIDA, 2018).

Mesmo quando há acesso à formação profissional, a entrada desses jovens no mercado de trabalho pode ser dificultada, e o programa Jovem Aprendiz de igual forma não se mostra uma alternativa viável, visto a exigência de frequência escolar, o que não se aplica a essas crianças e adolescentes que em sua maioria evadiram da escola (GALDEANO; ALMEIDA, 2018).

Se antes do envolvimento com o tráfico a evasão se dá pela necessidade de trabalhar, após o envolvimento e imposição de medida socioeducativa a evasão ocorre em razão de dois fatores centrais: a estigmatização na escola, partindo dos próprios professores, e o desinteresse por parte dos adolescentes que não enxergam perspectiva na escola para além do simples fim de um ciclo obrigatório, o que somado ao seu alto grau de autonomia, culmina no abandono dos estudos. No que se refere à estigmatização, a pesquisa constatou que os adolescentes recebem a marca de "aluno LA", sigla referente a medida socioeducativa de liberdade assistida. Conforme os autores:

> A categoria "adolescente autor de ato infracional" encontra na área da educação uma grande tensão, pois o sistema de categorização dos profissionais costuma ressaltar o perfil desviante desses jovens. Assim, os educadores sociais encontram dificuldades para efetivar as matrículas desses alunos e, uma vez estando o adolescente matriculado, seu comportamento será sempre julgado a partir da vida pregressa de atos infracionais. De entrada, o adolescente em medida socioeducativa não apresenta o perfil do "bom aluno". Não é incomum que sejam chamados de "aluno LA" e que questões de comportamento sejam supervalorizadas pelo corpo docente, que decide por punições severas, como suspensão e expulsão. Essas decisões não costumam ser discutidas com os educadores sociais, que precisam intervir para que o direito à educação seja garantido. (GALDEANO; ALMEIDA, 2018, p.104)

Os autores listam, ainda, os riscos e repercussões do envolvimento de crianças e adolescentes com o tráfico de drogas. As crianças e adolescentes são contratadas pelo tráfico antes dos 16 anos de idade, idade mínima exigida pela Constituição Federal para o trabalho. Ainda, exercem jornadas de 12h a 15h diárias, muitas vezes em horário noturno, o que também é vedado. Além disso, estão expostas às substâncias vendidas e ao risco de conflito armado e às repercussões da relação entre a polícia e o tráfico, na medida em que as intermediações para assegurar o "acerto" – espécie de autorização policial para que o tráfico ocorra, mediante pagamento aos agentes – são feitas pelos jovens. Em caso de o acerto não ser cumprido ou aceito pelo gerente do tráfico, pode haver inclusive o sequestro dos adolescentes pelos policiais, em busca de resgate. Havendo apreensão de droga e perda financeira, os jovens podem sofrer um "pisa", agressão por parte dos gerentes da chamada "biqueira" ou "lojinha" (GALDEANO; ALMEIDA, 2018).

Crianças e adolescentes são, no contexto acima narrado, a linha de frente, os soldados de menor patente na guerra travada entre o tráfico e o Estado. Por isso, são os que mais matam e os que mais morrem no "campo de batalha". São mão de obra barata, descartável, disposta a assumir os riscos do trabalho, e, sobretudo, de fácil reposição, na medida em que nas comunidades afetadas pelo tráfico há um exército de reserva de jovens à disposição para recrutamento imediato. Crescidos em ambiente violento, sem perspectiva de futuro, pobres e

estigmatizados, muitos - especialmente os mais vulneráveis dentro do quadro maior de vulnerabilidade da comunidade - estão ávidos pela "posição" capaz de lhes assegurar aventuras, sensação de poder, mulheres e dinheiro, um conjunto de aspirações que não difere em muito de grande parte do ideário do universo masculino na atual quadra do capitalismo. Por isso, em uma compreensão mais acurada do fenômeno, manter o estado de pobreza desses grupos sociais e a ausência de políticas públicas (não penais) para o problema é um elemento extremamente importante para a manutenção da exploração dessa mão de obra infantil e para tornar menos oneroso e mais lucrativo, para o dono, o negócio do comércio de drogas.

Enquanto subsistir o quadro atual o cenário é de morte, desses jovens ou por esses jovens. A guerra às drogas não só não contribui para a diminuição do consumo como também tem levado ao agravamento da violência, na medida em que, não havendo regulação estatal, as questões atinentes ao mercado são resolvidas com base na disputa violenta de territórios por facções, vitimando principalmente homens negros jovens (15 – 29 anos). Os dados divulgados recentemente no Atlas da Violência pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública confirmam:

> Em 2017, 35.783 jovens foram assassinados no Brasil. Esse número representa uma taxa de 69,9 homicídios para cada 100 mil jovens no país, taxa recorde nos últimos dez anos. Homicídios foram a causa de 51,8% dos óbitos de jovens de 15 a 19 anos; de 49,4% para pessoas de 20 a 24; e de 38,6% das mortes de jovens de 25 a 29 anos; tal quadro faz dos homicídios a principal causa de mortes entre os jovens brasileiros em 2017 (CERQUEIRA *et al.*, 2019, p. 25)

Tais taxas de homicídio podem ser associadas ao tráfico de drogas, na medida em que se percebe que os maiores índices se dão justamente nas regiões do país recentemente afetadas pelo crescimento da disputa de facções ligadas ao crime organizado.

Conforme sistematizado pelos pesquisadores do IPEA (CERQUEIRA et al., 2019), entre os anos de 2007 e 2017 a taxa de homicídios sofreu uma residual diminuição na região sudeste e centro-oeste, estabilizou-se na região sul e teve um crescimento acentuado no Norte e no Nordeste, justamente as regiões mais afetadas pela guerra por ampliação de mercado deflagrada entre o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, cujo ápice se dá entre junho e julho de 2016, mas que tem início anos antes, tornando o Brasil um importante ator global no comércio de drogas. De fato, a busca por expansão de mercados tem início nos anos 2000, período em que o Brasil assume uma posição estratégica para exportação da cocaína produzida no Peru e na Bolívia para a África e Europa. Seguindo com os dados do Atlas da Violência, a maior concentração de disputas entre as duas grandes facções ocorre nos estados

do Acre, Amazonas, Ceará e Rio Grande do Norte. Coincidentemente, entre 2016 e 2017, os estados com os maiores aumentos na taxa de homicídios de jovens foram Ceará (+60,0%), Acre (+50,5%), Pernambuco (+26,2%), Rio Grande do Norte (+21,3%) e Espírito Santo (+20,2%). (CERQUEIRA et al., 2019).

Além da violência física representada pelos homicídios, os jovens também são afetados pela política de guerra às drogas com a restrição de suas liberdades. Dados de 2016 (BRASIL, 2018) apontavam 26.450 adolescentes atendidos pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Desses, 70% se encontravam em medida de internação, 8% em semiliberdade e 20% em internação provisória. Dentre os atos infracionais que levaram às medidas socioeducativas, 22% foram registrados como análogos ao tráfico de drogas, todavia não há de se afastar a hipótese, confirmada pela experiência, de que os atos análogos a roubos (47%), homicídios (10%) e porte de armas de fogo (2%) também possuam relação com as atividades vinculadas à cadeia do tráfico de drogas. Como salienta Aleixo, no âmbito de uma política criminal sacrificial, "As marcas da guerra às drogas são visíveis, estão nas pessoas presas e mortas, bem como nos policiais que matam e também morrem." (ALEIXO, 2021, p.178)

Ainda, convém destacar que, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida de internação é excepcional e somente é devida nos casos de atos infracionais cometidos mediante violência e grave ameaça, quando outra medida não for cabível, ou, ainda, no caso de reiterado descumprimento de medida anteriormente imposta. Todavia, conforme publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019a) 33,66% das medidas socioeducativas aplicadas para adolescentes sentenciados em 2015 por atos análogos ao tráfico de drogas foram estabelecidas em regime de privação de liberdade, ainda que o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 492) já tenha firmado entendimento de que a gravidade do tráfico de drogas, por si só, não é suficiente para justificar a adoção de medida de internação.

Uma das razões que levam à medida de internação desses jovens é o descumprimento da obrigação de frequência à escola, não sendo consideradas, entretanto, as dificuldades já apontadas aqui no que tange ao envolvimento dos adolescentes com a vida escolar ou a efetiva ausência de um ambiente de estímulo ao estudo

Necessário ainda, pontuar que, em que pese o forte caráter de ressocialização e proteção que se espera das medidas socioeducativas, conforme apurado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2019b), a partir da dados do Conselho Nacional de Justiça, as unidades de internação do país operam com superlotação de 11,91%, um elemento que por si só, antagoniza-se com a função ressocializadora que é declarada como finalidade da medida.

Em meio a todo esse quadro, o próprio Estado brasileiro, ao elaborar em 2004 o primeiro Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente reconhecia: "não existem programas específicos de prevenção e erradicação do trabalho infantil no narcotráfico e no narcoplantio" (BRASIL, 2004, p.46). A depender do planejamento estatal brasileiro, o cenário não sugere mudanças positivas. O terceiro e mais atual Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, para vigência no período 2019-2022 não possui, dentre seus eixos estratégicos, *nenhum objetivo relacionado ao trabalho de crianças e adolescentes no narcotráfico*. Já ultrapassada a segunda década do século XXI, o Plano Nacional brasileiro para acabar com o trabalho infantil, especialmente nas suas piores formas, resume-se, no que diz respeito à temática de que ora tratamos, a prometer contratar duas consultorias para levantar informações sobre o fenômeno (BRASIL, 2019c). A violência, a exploração e a vitimização desses jovens - como sujeitos ativos e como sujeitos passivos de crimes - serão uma vez mais apenas descritas pelo Estado brasileiro, que ainda não foi capaz de promover uma política pública não meramente criminalizadora para cuidar do problema, em franca violação dos deveres assumidos na Convenção 182 da OIT.

Assim, as violações de direitos das crianças e adolescentes envolvidas com o tráfico são patentes, e ocorrem, como visto, tanto no ambiente de trabalho, como na resposta estatal à atividade, justificando o porquê de esta ser considerada uma das piores formas de trabalho infantil. Buscando vencer suas dificuldades e se firmarem como sujeitos, esses jovens começam a trabalhar na atividade ilegal, cujo resultado, de um lado, é o aprofundamento da vulnerabilidade a que estão expostos e, de outro, o aumento da "eficiência" do negócio do tráfico pelo baixo custo e ampla disponibilidade de mão de obra. O Estado brasileiro, tanto com sua atuação como em sua omissão, de forma inconvencional deixa de colocar os direitos e garantias dessas crianças e adolescentes em primeiro plano, ignorando o Princípio da Proteção Integral e primando pela resposta punitiva, em estratégia firmemente orientada ao aprofundamento do quadro de miséria, violência e vulnerabilidade a que estão submetidos os jovens, bem como ao aumento da lucratividade do negócio de drogas.

4. (DES)CONFORMIDADE CONVENCIONAL DO TRATAMENTO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRABALHADORES DO NARCOTRÁFICO

O Brasil é signatário das convenções internacionais que, no âmbito da Organização das Nações Unidas, determinam o combate às drogas em termos de criminalização, conhecidos

como instrumentos normativos que marcam a chamada "guerra às drogas" no âmbito internacional.

Salo de Carvalho (2014) aponta que o Brasil ingressou no sistema repressivo de combate às drogas na década de 30, seguindo as determinações da Convenção de Genebra de 1936, a qual regulamentava questões relativas à produção, tráfico e consumo, partilhando recomendações e proibindo inúmeras substâncias. São marcos normativos internos deste período os Decretos 780/36, 891/38 e 2.953/38. O ingresso definitivo no cenário internacional se dá em 1964, com a promulgação da Convenção Única sobre entorpecentes de 1961. Em 1976 entra em vigor a Lei 6.368, primeira lei de drogas que, seguindo recomendação do Protocolo de 1972 à Convenção Única, diferencia o usuário do narcotraficante a partir do escalonamento de penas, culminado, todavia, no posicionamento deste último como inimigo a ser combatido.

Posteriormente, ainda no âmbito internacional, o Brasil se tornou signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, a qual agrava o discurso repressivo, incorporando, inclusive, a criminalização da lavagem de dinheiro. Em 2006 entra em vigor a Lei 11.343, atual lei de drogas, a qual constrange garantias processuais dos investigados por tráfico de drogas, tal qual o direito do réu de ser ouvido por último e a possibilidade de conversão de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, disposições posteriormente afastadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda que se deva questionar fortemente a seletividade e a existência de uma real intenção política de enfrentamento do tráfico, vistos os benefícios do proibicionismo para o populismo eleitoral e para a geração de riqueza (ilícita), é certo que o Estado brasileiro, como *bom soldado*, mostrou obediência ao cumprir os compromissos de criminalização da política internacional, e boa parte dos esforços das agências de execução, da retórica legislativa e da atuação do judiciário em matéria penal volta-se para a questão das drogas.

Diametralmente oposta é a diligência do Estado brasileiro quanto às medidas determinadas na Convenção 182 da OIT e Recomendação 190. Como já dito, em que pese o Brasil ter aderido a tais normativas com a promulgação do Decreto 3.597/2000, e posteriormente ter detalhado as piores formas de trabalho, seus riscos e repercussões no Decreto 6481/2008, não houve esse detalhamento quanto ao tráfico de drogas. Muito menos são visíveis as políticas públicas relacionadas ao enfrentamento do problema, como se comprova na análise dos Planos Nacionais de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil acima indicados, nos quais não há nenhum objetivo definido sobre o assunto.

Quanto às medidas legislativas adotadas pelo Estado brasileiro relativamente aos adultos que atuam junto a crianças e adolescentes no tráfico de drogas limitam-se ao estabelecimento do delito de corrupção de menores, no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, com pena de reclusão de 1 a 4 anos, aumentada de 1/3 em caso de crime hediondo. Novamente o recurso simplista ao direito penal como "tábua de salvação", como se traficantes de drogas, já envolvidos em outras espécies delitivas, fossem considerar o acréscimo penalizador (prevenção geral) do emprego de crianças e adolescentes na atividade.

Em específico quanto ao tráfico de drogas, por entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1622781-MT), deixa-se de enquadrar o adulto no delito de corrupção de menores, aplicando-se a causa de aumento de pena do artigo 40, VI, a qual poderá ser aplicada entre 1/6 e 2/3 da pena, o que acaba sendo mais benéfico na maior parte dos casos.

Portanto, é o Estado brasileiro como um todo, nas suas diferentes esferas de poder, executiva, legislativa e judiciária, que atua em manifesta desconformidade com as obrigações assumidas pelo Brasil ao ratificar a Convenção 182 e a Recomendação 190 da OIT, que são inequívocas no sentido do dever estatal em adotar "medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, em caráter de urgência", bem como "elaborar e implementar programas de ação para eliminar, como medida prioritária, as piores formas de trabalho infantil."

É determinante para essa conclusão o fato de que o envolvimento de crianças e adolescentes com o narcotráfico segue sendo tratado somente na ótica da criminalização, com índices altos de medidas socioeducativas de internação, ou mesmo em meio aberto, o que também pouco contribui para superação das vulnerabilidades desses jovens, conforme visto no capítulo anterior, dada a estigmatização que leva à evasão escolar e a dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal.

Não por outra razão o Brasil possui inclusive condenação no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por violação dos direitos de crianças e adolescentes submetidas à escravidão, outra das piores formas de trabalho infantil. Ao sentenciar o caso Fazenda Brasil Verde x Brasil em 20 de outubro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o Estado brasileiro violou o artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata da proibição da escravidão, em conjunto com violações aos artigos 1º (obrigação de respeitar direitos), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 11º (proteção da honra e da dignidade) e 22º (direito de circulação e residência), em prejuízo de 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde.

Em relação a um dos trabalhadores, Antônio Francisco da Silva, criança à época dos fatos, foi reconhecida a violação ao artigo 19 da CADH, o qual determina que toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) reafirmou que as crianças e adolescentes devem contar com as medidas especiais de proteção do artigo 19º, sendo que tais medidas devem ser analisadas no caso em concreto, em conjunto com outros parâmetros internacionais de interpretação. A Corte definiu que o alcance das obrigações dos Estados signatários da CADH deve ser estabelecido levando em consideração o *corpus iuris* internacional de proteção infantil, no qual se inserem as resoluções 138 e 182 da OIT, bem como a Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo obrigação dos Estados adotar as medidas elencadas na Resolução 182 para eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter prioritário (CORTE IDH, 2016).

No que se refere à Convenção dos Direitos da Criança de 1989, da qual o Brasil é também signatário, o artigo 32 estabelece o direito à proteção contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral. O artigo 33, por sua vez, determina que os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

Assim, parece-nos insuperável que o Estado brasileiro, tendo em vista o quadro permanente de ações e omissões relativas ao emprego de mão de obra de crianças e adolescentes no tráfico de drogas, viola o art. 19 da CADH, compreendido à luz do *corpus iuris* internacional relacionado à proteção infantil contra as piores formas de trabalho, em especial às disposições da Convenção 182 e Recomendação 190, ambas da OIT, e o art. 32 da Convenção da ONU sobre o Direito das Crianças.

É preciso compreender que o envolvimento de crianças e adolescentes com o comércio ilícito de entorpecentes, sob a perspectiva das normas internacionais de Direitos Humanos, se dá no âmbito da proteção, e não da criminalização, buscando-se evitar a estigmatização e primando-se pela garantia de direitos. Por certo que a CADH e a Convenção de 1989 não afastam a possibilidade de responsabilização penal desses sujeitos. Pelo contrário, a Convenção sobre os Direitos das Crianças determina no artigo 40 os direitos mínimos a serem respeitados nesses casos, com destaque para a garantia da reintegração à sociedade, adoção de medidas que

não recorram à intervenção judicial e priorização de medidas em que não haja privação da liberdade. Já os direitos e garantias previstos na CADH aplicam-se, indistintamente, a todos os indivíduos.

Ainda, parte do *corpus iuris* internacional sobre o direito da criança diz respeito especificamente sobre o modo de atuação estatal relacionada à delinquência juvenil, no que também o Estado brasileiro é inadimplente. Nesse sentido, as Diretrizes de Riad para Prevenção da Delinquência Juvenil estabelecem que a prevenção deverá ocorrer mediante garantia de direitos e adoção de medidas que evitem a criminalização. Contrariamente às Diretrizes, as ações estatais brasileiras relacionadas ao emprego de mão de obra infantil no tráfico de drogas praticamente resumem-se à criminalização dos infantes.

Já as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude, chamadas Regras de Beijing, por sua vez, dispõem sobre a remissão dos casos, apontando que sempre que apropriado deverão ser adotadas medidas sem que se recorra às autoridades competentes para julgamento oficial. O instituto da remissão, no âmbito interno, está disciplinado nos artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como meio de exclusão do processo quando concedida pelo Ministério Público, consistindo em faculdade do agente ministerial, devendo atender às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Conforme divulgado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2019) no ano de 2018 os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal receberam 179.198 "cargas"[4] relativas ao envolvimento de crianças e adolescentes com os atos infracionais análogos ao tráfico e consumo indevido de drogas. Dessas, 12.061 remissões foram concedidas, contra 18.868 representações por ato infracional e somente 75 requerimentos de medida protetiva. Como os dados de consumo e tráfico são levantados em conjunto, não há como precisar ao certo o número específico de remissões por tráfico.

Postas essas questões, o tensionamento entre a resposta penal ao envolvimento de crianças e adolescentes com o tráfico, e a ótica do trabalho infantil, só pode ser resolvido de maneira convencional a partir do primado dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em

[4] A publicação não especifica o que seriam "cargas", podendo envolver procedimentos policiais, demandas dos Conselhos Tutelares e até mesmo representações de cidadãos. Ademais, a categoria utilizada, "carga", se correspondente ao seu uso forense (ato de entrega de um procedimento para vista ou manifestação do agente ministerial) é um parâmetro de aferição muito pouco específico e redundante, dado que sobre um mesmo procedimento ou situação, o órgão ministerial pode receber repetidas "cargas".

relação aos compromissos assumidos internacionalmente acerca da repressão criminal ao narcotráfico, isto é, por intermédio de um controle de convencionalidade.

Nesse sentido, importante compreender a organização normativa brasileira, e sua relação com o direito internacional dos direitos humanos. Ainda que, na doutrina, subsista discussão acerca da estatura normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, dúvida não resta de que os atos do poder público devam se submeter ao controle de convencionalidade, um juízo de conformidade material tendo como paradigma os tratados internacionais de direitos humanos, especialmente a CADH (MAZZUOLI, 2009), que, na exegese do STF, tem estatura normativa supralegal no ordenamento brasileiro. Assim, a validade dos atos do poder público e de sua aplicação deve passar por um duplo controle, tanto de constitucionalidade, quanto de convencionalidade, tendo em vista a hierarquia normativa acima exposta.

Para além desse necessário controle de convencionalidade, é impositivo que sejam compatibilizados os diversos compromissos internacionais de que o Brasil é signatário, com prevalência das normas protetivas de direitos humanos, dada a densidade normativa e material desse âmbito normativo. No que aqui nos ocupamos, é necessário que o adimplemento dos compromissos assumidos no âmbito do regime internacional de guerra às drogas se submeta, tanto por força de sua inferioridade material (ausência de conteúdo materialmente superior), quanto por sua inferioridade formal (tratados comuns), às obrigações assumidas pelo Estado brasileiro na CADH (art.19), interpretadas à luz da Convenção sobre o Direito das Crianças (art.32) e da Convenção 182 e Recomendação 190, ambas da OIT.

Para o concretizar, no plano jurisdicional e prático, esses direitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no final do ano de 2021, criou um "Manual para Incidência da Temática do Tráfico de Drogas como um das Piores Formas de Trabalho Infantil", apresentando, como guia orientativo para a magistratura brasileira, 5 *fluxos de encaminhamento para a rede de proteção* de crianças e adolescentes em situação de conflito com a lei em relação ao tráfico de drogas. O Manual é expressamente orientado pela perspectiva de concretização da Convenção 182 e da Recomendação 190, consignando:

> Os fluxos de encaminhamento para a rede de proteção foram pensados para oferecer aos(as) magistrados(as) possibilidades alternativas ou subsidiárias à aplicação de medidas socioeducativas, principalmente aquelas privativas e restritivas de liberdade, nos casos de apreensão de adolescentes que trabalham no mercado de venda de drogas ilícitas, vez que tais ocorrências precisam ser analisadas à luz da Convenção nº 182 da OIT. Tal documento, conforme já exposto, entende essa atividade como uma das piores formas de trabalho infantil (CNJ, 2021, p.80).

O acionamento dos fluxos orienta-se por efetivar a retirada dos menores das situações de trabalho (no tráfico) e encaminhá-los a programas educacionais, sociais, profissionalizantes e de aprendizagem e, nos casos de risco, a programas de proteção, tal como o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes em Ameaçados de Morte (PPCAAM) (CNJ, 2021, p.81).

A perspectiva de apresentar "possibilidades de fluxos" e suas conexões com redes locais, parte da premissa de evitar uma "única solução correta", e sim abrir um horizonte de possibilidades que deve se amoldar as diversas realidades locais do Poder Judiciário brasileiro.

Todos os fluxos partem do exercício do controle de convencionalidade pelo juízo do procedimento. Em verdade, a utilização dos fluxos é, *per se*, o exercício do controle de convencionalidade, na medida em que se trata, em ultima análise, de *re*orientar o procedimento comum de apuração do ato infracional a partir de uma perspectiva do direito internacional (dos direitos humanos, da criança e do adolescente, e do trabalho), concretizando-o.

Os fluxos envolvem recebimento ou não da representação, concessão de remissão suspensiva ou extintiva, medidas de proteção e/ou socioeducativa, envio para programa de autocomposição (justiça restaurativa) e conselho tutelar. Não é o caso aqui de reproduzir, integralmente, cada um dos cinco fluxos, remetendo-se o leitor interessado para o Manual do CNJ (CNJ, 2021). Cumpre, contudo, enfatizar, que no quadro institucional brasileiro, a articulação das chamadas "redes de proteção" parece ser, de fato, o encaminhamento com maiores potencialidades. Isto porque as redes articulam a atividade jurisdicional com políticas públicas e organizações sociais, mobilizando a tríade Judiciário, Executivo e Sociedade, e afastando a prestação jurisdicional de uma atuação meramente burocrático-declaratória-condenatória de baixa intervenção proativa-positiva.

As políticas publicas, programas e projetos mobilizados pelos diversos fluxos incluem o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), o Ações Estratégicas do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (AEPETI), o Serviço de Convivência e Fortalecimento de vínculos- SCFV, o Serviço de Proteção à Famílias e Indivíduos (PAIF), o Serviço de Proteção Especializado à Famílias e Indivíduos (PAEFI), o Cadastro Único (CADÚnico), o Programa de Proteção de Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM), e a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário (CNJ, 2021).

Veja-se o caso do Fluxo 1, por exemplo. É composto de 4 momentos. O primeiro, *Acionar o controle de convencionalidade*, compreende o ato jurisdicional de reconhecimento do "caráter de supralegalidade da Convenção nº 182 da OIT de 1999 e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 para implementar ações protetivas aos(às)

adolescentes" (CNJ, 2021, p.83) acusados de atos infracionais análogos aos crimes contidos na Lei de Drogas.

No segundo momento, *Acionar a Rede Socioassistencial do território*, compreende recorrer à rede local relevante no contexto do SUAS, em especial o AEPETI, que "envolve a inclusão de adolescentes e familiares em programas de transferência de renda; programas de profissionalização, emprego e geração de renda; além da articulação com outras políticas públicas sociais como educação, saúde, esporte, cultura e lazer." (CNJ, 2021, p.83).

O terceiro momento diz respeito a *Acionar o Ministério Público do Trabalho para Registro da Ocorrência como Trabalho Infantil e demais providências e encaminhamentos*. O Ministério Público do Trabalho (MPT) possui amplo desenvolvimento institucional relacionado ao tema do trabalho infantil, sendo provavelmente o ator institucional mais adequado para a abordagem do problema desde esta perspectiva laboral. Para além do registro estatístico para adequado dimensionamento do problema, o MPT tem instrumentos para auxiliar no encaminhamento desses menores a espaços de aprendizagem e profissionalização (CNJ, 2021, p.87-88).

Por fim, o quarto momento consiste em *Encaminhar para Programas de Proteção, nos casos de Risco e Ameaça*. Aqui, a orientação é de recorrer ao PPCAAM sempre que for identificada uma situação de risco e ameaça à vida do menor (CNJ, 2021, p. 88), o que é uma condição comum em menores envolvidos com facções dedicadas ao tráfico de drogas.

Naturalmente, diante da diversidade estrutural e institucional dos milhares de municípios brasileiros, e considerando as dimensões do Brasil, é importante que estes fluxos orientados pelo CNJ não sejam concebidos de forma estática, mas sim como caminhos de convencionalização do enfrentamento do problema que podem e devem ser adaptados para as realidades de cada localidade, de cada território. Mais do que isso, os fluxos também servem para inspirar um maior engajamento da magistratura para a adoção, localmente, de cada uma dessas políticas, programas e projetos, os quais requerem, certamente, uma estruturação local e uma mobilização dos atores relevantes.

5. CONCLUSÕES

Dada a colonização do debate social e das respostas estatais pelo discurso político-eleitoral e midiático, arautos do populismo punitivo, a intervenção do Estado brasileiro relativamente ao problema do uso de mão de obra juvenil no tráfico resume-se à intervenção

penal, favorecendo, de um lado, o quadro de violações, violência e exploração a que esses jovens se acham submetidos e, de outro, o sucesso do negócio da droga.

O presente estudo procurou explorar a percepção do tráfico de drogas como empresa capitalista, atividade organizada com intencionalidade econômica que envolve a circulação de mercadorias, insumos, mão de obra e consumidores, explorando ilegalmente o trabalho de crianças e adolescentes como forma de aumento do lucro da atividade.

Dessa atividade e de sua forma de estruturação usual decorre uma das piores formas de trabalho infantil, conforme reconhecido internacionalmente pela Organização Internacional do Trabalho, que instituiu o compromisso internacional, ratificado pelo Brasil, de erradicação dessa forma de exploração de crianças e adolescentes por intermédio de medidas que promovam e assegurem o desenvolvimento e os direitos desses sujeitos em formação.

Foram evidenciadas as vulnerabilidades dessas crianças e adolescentes, as quais, mesmo no âmbito da legalidade, não conseguem se inserir no mercado de trabalho formal, nem tampouco são atraídas pelo meio escolar, submetendo-se, assim, ao trabalho junto ao tráfico, que dá promessas de retorno financeiro e crescimento profissional dentro das distintas funções exercidas, diferentemente do que a vida "legal" a que têm acesso.

Contudo, a despeito de sua promessa de satisfação à curto prazo, o envolvimento com o tráfico de drogas rapidamente desvela sua efetiva realidade, submetendo os jovens a riscos de ordem física e mental, e ainda a violações de direitos sistemática, sendo a violência, tanto operada pelas facções como pelo próprio Estado, a mais preocupante e de maior incidência.

O Brasil, de forma inconvencional, não prioriza medidas não judiciais e penalizantes de enfrentamento ao envolvimento de crianças e adolescentes com o tráfico de drogas, o que acaba por agravar as vulnerabilidades e violações de direitos a que estão expostas. Assim, dados os altos índices de imposição de medidas de internações decorrentes de atos infracionais relacionados ao tráfico de drogas, os riscos à liberdade pessoal dessas crianças e adolescentes, com todas as consequências pessoais e sociais decorrentes, são outro fator de exposição à ambientes de violação de direitos humanos e fundamentais.

Sobre o ponto de vista da hierarquia legal, os tratados de direitos humanos, nos quais se enquadram as normativas da OIT e os tratados específicos de proteção à criança e ao adolescente, devem prevalecer em relação aos compromissos internacionais assumidos pelos Brasil em relação à criminalização do tráfico de drogas. Trata-se de um caso de necessária compatibilização entre compromissos internacionais e de exercício de controle de convencionalidade, pelos juízes nacionais no exercício da jurisdição.

Para isso, é fundamental difundir e cobrar a implementação das orientações do CNJ especialmente direcionadas ao enfrentamento do uso de menores no tráfico de drogas sob a perspectiva do trabalho infantil, que recorre a um conjunto de fluxos procedimentais que, partir do controle de convencionalidade, pretende articular redes protetivas, políticas públicas e realidades locais na tentativa de reorientar a trajetória dessas crianças e adolescentes para uma vida produtiva e autorrealizada longe da guerra.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. Política Criminal Sacrificial e Direitos Humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC MINAS**, Belo Horizonte, v.24, n.48, pp.158-185, 2021. DOI: https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n48p158-185

BRASIL. **III Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2019-2022)** - Brasilia, Secretaria do Trabalho, Ministério da Economia, 2019c.

BRASIL. **Levantamento Anual do SINASE 2016**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BRASIL. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019b.

BRASIL. **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente. Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção ao trabalhador adolescente**. – Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego, Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2004.

BRASIL. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019a.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** .7 ed .São Paulo: Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência 2019**. Brasília: IPEA, 2019.

CNJ. **Manual para incidência da temática do tráfico de drogas como uma das piores formas de trabalho infantil** . Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

CNJ. **Reentradas e reiterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

CNMP. **Ministério Público Um Retrato**. 8ºed. Versão eletrônica, 2019. Disponível em https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato. Acesso em 29 de maio de 2020.

CONANDA - **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. I Seminário Nacional sobre as piores formas de trabalho infantil: crianças no narcoplantio e tráfico de drogas**. Brasília, 2004.

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar. **Política criminal transnacional na sociedade em rede: regimes de proibição global, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CORTE IDH. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Serie C n. 318.

COSTA, Ana Paula Motta. BARROS, Betina Warmling. Traficante não é vagabundo": trabalho e tráfico de drogas na perspectiva de adolescentes internados. **Revista Direito Práxis,** v.10 n.4. Rio de Janeiro: 2019. p. 2399-2427.

EWIG, Gabriel Tenenbaum. El mercado de las drogas ilegales en Uruguay. **Revista Mexicana de Sociologia, v. 80, num.4 (septiembre-diciembre, 2018)**, Ciudad de México: UNAM-Instituto de Investigaciones Sociales, pp. 855-880.

FERREL, Jeff. HAYWARD, Keith. YOUNG, Jock. **Criminologia Cultural: um convite**. Trad. Álvaro Oxley da Rocha e Salah H. Kaled Jr. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

GALDEANO, Ana Paula. ALMEIDA, Ronaldo. **Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social**. São Paulo: CEBRAP, 2018.

GLOBAL COMMISSION ON DRUG POLICY. **Sob controle: caminhos para políticas de drogas que funcionam**. setembro 2014. Disponivel na internet em https://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_PT.pdf. Acesso em 10 de junho de 2020.

ILO. **Investigating the Worst Forms of Child Labour n.20. Brazil, Children in Drug Trafficking: A Rapid Assessment**. Jailson de Souza e Silva e André Urani. Geneva: 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v. 46, n. 181.Brasília: 2009 p. 113-133.

OEA. **El Problema de las Drogas en las Américas**. OEA/Ser.D/XXV.4, Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, 2013.

UNODC – United Nations Office for Drugs and Crime. **Covid-19 and the Drug Supply Chain: From Production and Trafficking to Use.** Vienna, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal de Guerra às Drogas**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZILLI, Marcos; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECONRADO, Fabíola Girão. A política criminal no enfrentamento das drogas no brasil. In: **Drogas ilícitas y**

narcotráfico: nuevos desarrollos en América Latina. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchspp (Ed.). Bogotá, Fundación Konrad Adenauer: 2017, pp. 485 - 519.

Submissão: 10/08/2020. Aprovação: 06/11/2023.