



### **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  
Prof. 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. Dr. Igor Alves Noberto Soares  
Profa. Dra. Jamilla Monteiro Sarkis  
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento  
Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi

### **DOSSIÊ *DIFERENÇA E DIFERIR: ESTUDOS SOBRE O PRESENTE*** **Curadoria de/Cura di**

Raffaele De Giorgi – Università del Salento (Itália)  
Giovanna Truda – Università degli studi di Salerno (Itália)  
Juliana Neuenschwander Magalhães – Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)

## SUMÁRIO

### INDICE

### SUMMARY

<b>EDITORIAL</b>	<b>1-6</b>
<b>Dossiê</b> <i>Diferença e diferir: Estudos sobre o presente</i>	
<b>DIREITO À TERRA: A PRESERVAÇÃO DA CULTURA DOS POVOS ORIGINÁRIOS, A CONSTITUIÇÃO, A SUPREMA CORTE, UM GOVERNO FASCISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>7-19</b>
<i>LAND RIGHTS: THE PRESERVATION OF THE CULTURE OF NATIVE PEOPLES, THE CONSTITUTION, THE SUPREME COURT, A FASCIST GOVERNMENT, AND FUNDAMENTAL RIGHTS</i> Ane Elisa Perez	
<b>ESTADO PUNITIVOY MIGRACIÓN: LAS PARADOJAS DE LA SEGURIDAD</b>	<b>20-28</b>
<i>PUNITIVE STATE AND MIGRATION: THE PARADOXES OF SECURITY</i> Javier Espinoza de los Monteros	
<b>FLUXO DE DADOS, PROVA E PROCESSO PENAL</b>	<b>29-54</b>
<i>DATA FLOW, PROOF AND CRIMINAL PROCEDURE LAW</i> Daniela Eilberg	
<b>ESTADO DIGITAL COMO DIFERENCIA BUROCRACIAS E CIDADANIA</b>	<b>55-75</b>
<i>ESTADO DIGITAL COMO DIFERENCIAL: BUROCRACIAS E CIDADANIA</i> Pasquale Di Viggiano	
<b>ENSAIO SOBRE DIFERENÇA, RESISTENCIA E ALTERIDADE: OBSERVAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO FEMINISMO E DO ANTIRRACISMO NA CONTEMPORANEIDADE</b>	<b>76-103</b>
<i>ESSAY ON DIFFERENCE, RESISTANCE, AND ALTERITY: OBSERVATIONS ON THE EVOLUTION OF FEMINISM AND ANTIRRACISM IN CONTEMPORARY TIMES</i> Lucas de Alvarenga Gontijo	
<b>LA AUTONOMÍA, UNIVERSITARIA UNA PROYECCIÓN EN GRAMSCI, ALGUNOS DE SUS SIGNIFICADOS EN EL CAMBIO SOCIAL</b>	<b>104-113</b>
<i>AUTONOMY, UNIVERSITY, A PROJECTION IN GRAMSCI, SOME OF ITS MEANINGS IN SOCIAL CHANGE</i> Carlos Humberto Durand Alcántara Marcela Suárez Escobar	

- DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DOS ELEMENTOS  
“MULHER”, “GÊNERO” E “SEXO FEMININO” NO DIREITO  
PENAL: OS LIMITES DO DIREITO E A ALTERIDADE** 114-139  
*CHALLENGES IN UNDERSTANDING THE ELEMENTS "WOMAN," "GENDER," AND  
"FEMALE SEX" IN CRIMINAL LAW: THE LIMITS OF LAW AND ALTERITY*  
Érica Adriana Costa Zanardi
- ACTIVISMO JUDICIAL E IMPOTENCIA DE LA POLÍTICA** 140-157  
*ATIVISMO JUDICIAL E IMPOTÊNCIA DA POLÍTICA*  
Jorge Eduardo Douglas Price
- L’INVENZIONE DELL’INTENZIONE CRIMINALE. CONCORSO  
MORALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DI VERTICE  
NELLA PRASSI GIUDIZIARIA ITALIANA DAL CASO NEGRI  
ALL’AFFARE CRAXI** 158-187  
*A INVENÇÃO DA INTENÇÃO CRIMINAL. CUMPLICIDADE MORAL E  
RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO TOPO DA PRÁTICA JUDICIAL ITALIANA DO  
CASO NEGRI AO CASO CRAXI*  
Dario Fiorentino
- DEMOCRACIA NAS TRINCHEIRAS: EMERGÊNCIA  
E GUERRA COMO TECNOLOGIAS DE GESTÃO  
DA CONTINGÊNCIA** 188-209  
*DEMOCRACY IN THE TRENCHES: EMERGENCY AND WAR AS  
TECHNOLOGIES FOR MANAGING CONTINGENCY*  
Luciano Nuzzo
- DIFERENCIA Y APLAZAMIENTO, ESTUDIOS SOBRE EL  
PRESENTE: LA INCLUSIÓN Y REPRESENTACIÓN DE  
LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LA ENSEÑANZA  
UNIVERSITARIA** 210-228  
*DIFERENÇA E DIFERIMENTO, ESTUDOS SOBRE O PRESENTE: A  
INCLUSÃO E REPRESENTAÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL NO ENSINO  
UNIVERSITÁRIO*  
Yamil Carlos Jalil
- NEOLIBERALISMO E ASSISTÊNCIA SOCIAL: EXPANSÃO DA  
COBERTURA DOS RISCOS SOCIAIS COMO FORMA DE  
PROTEÇÃO ÀSMATERIALIDADES DAS VIDAS** 229-261  
*NEOLIBERALISM AND SOCIAL ASSISTANCE: EXPANSION OF SOCIAL  
RISK COVERAGE AS A WAY TO PROTECT LIFE'S MATERIALITIES*  
Rainer Bomfim

## Artigos de Fluxo Contínuo

- WEBER E LUHMANN? (DES)CONEXÕES NA SOCIOLOGIA DO DIREITO** 262-275  
*WEBER AND LUHMANN? (DIS)CONNECTIONS IN THE SOCIOLOGY OF LAW*  
Renata Almeida da Costa  
Germano Schwartz
- TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MEIO SUBSTITUTIVO AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16, §9º DA LEI ESTADUAL 7.772/1980 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS** 276-292  
*CONDUCT ADJUSTMENT TERM AS SUBSTITUTIVE MEANS OF ENVIRONMENTAL LICENSING: ANALYSIS OF THE CONSTITUCIONALITY OF ART. 16, §9 OF STATE LAW 7.772/1980 BY THE COURT JUSTICE OF MINAS GERAIS*  
Beatriz Souza Costa  
José Guilherme Castro
- PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E DA BOA GOVERNANÇA: MAPEAMENTO DE BOAS PRÁTICAS E MELHORIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS** 293-320  
*THE ROLE OF THE COURTS OF ACCOUNTS IN THE IMPLEMENTATION OF THE AGENDA 2030 AND OF GOOD GOVERNANCE: MAPPING OF GOOD PRACTICES AND IMPROVEMENTS IN PUBLIC POLICIES*  
Betieli da Rosa Sauzem Machado  
Ricardo Hermany
- STF, KELSEN E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS: O USO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA TEORIA POLÍTICA DE KELSEN NA CONSTRUÇÃO DA DEFESA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS** 321-337  
*STF, KELSEN AND THE PROTECTION OF MINORITIES :THE USE BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT (STF)OF KELSEN'S POLITICAL THEORY WHEN CONSTRUCTING THE DEFENSE OF CONSTITUTIONAL REVIEWAS A WAY OF PROTECTING MINORITIES*  
Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito  
Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
- ESGOTAMENTO DO SISTEMA JURISDICIONAL E A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS: BOAS INTENÇÕES QUE NÃO SE SUSTENTAM NAS AVALIAÇÕES** 338-357  
*EXHAUSTION OF THE JURISDICTIONAL SYSTEM AND THE NATIONAL JUDICIAL POLICY FOR THE PROPER HANDLING OF CONFLICTS: GOOD INTENTIONS THAT ARE NOT SUPPORTED BY ESTIMATES*  
Victor Saldanha Priebe  
Fabiana Marion Spengle

- TRABALHO DOMÉSTICO REALIZADO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS: GIG ECONOMY DA SERVIDÃO?** 358-384  
*DOMESTIC LABOR PERFORMED THROUGH DIGITAL PLATFORMS  
GIG ECONOMY OF SERVITUDE?*  
Milena Libralon Kosaki Ponchio  
Patrícia Tuma Martins Bertoliin
- FAKE NEWS E MEMÓRIA COLETIVA: REPERCUSSÕES NO ESTADO DE INOCÊNCIA CONSTITUCIONAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE** 385-411  
*FAKE NEWS AND COLLECTIVE MEMORY: REPERCUSSIONS ON THE STATE OF CONSTITUTIONAL INNOCENCE AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF PERSONALITY*  
Débora Alécio  
Gustavo Noronha de Ávila
- JUSTIÇA, GÊNERO E FAMÍLIAS: A COMPLEXIFICAÇÃO DO “AMOR” NO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH** 412-441  
*JUSTICE, GENDER AND FAMILIES: THE COMPLEXIFICATION OF “LOVE” IN AXEL HONNETH’S THOUGHT*  
Stanley Marques

Apresentação do Dossiê:

***Diferença e diferir: Estudos sobre o presente***

Por que dedicar uma edição de uma revista ao presente? Uma revista trata sempre, pode-se dizer, do presente: o que é a periodicidade de uma revista, senão a expressão da recorrente consideração sobre o presente? Senão a expressão de seu olhar constante e renovado sobre o presente?

O motivo que, neste momento, nos leva a dedicar uma edição ao estudo do presente surge de uma condição que, em aparência, é contingente, mas que, na realidade, tem raízes na estrutura da temporalidade da sociedade moderna. Temos a impressão de viver um presente que nos parece diferente dos outros, um presente cujas características, ainda que não reproduzam o passado, mantêm algo dele, sem que possamos dizer exatamente o que foi preservado ou perdido em relação a esse passado. Sentimos a necessidade de definir, designar, dar um nome ao presente, mas dispomos apenas de determinações parciais, incapazes de designá-lo de modo autônomo em relação ao passado. Para perceber isso, basta observar o linguajar em voga: falamos de pós-democracia, pós-verdade, pós-fascismo; falamos de pós-modernidade, mas não sabemos indicar claramente o conteúdo do "pós". Enfrentamos dificuldades semelhantes em todos os aspectos do presente: pensemos no direito, na educação e até mesmo no clima. O que significa "mudança climática"? Tendemos a "absolutizar" ou "relativizar", mas não conseguimos indicar a referência que justifica essa absolutização ou relativização. Percebe-se que a questão não é apenas linguística, mas material, ou seja, diz respeito ao conteúdo de sentido do nome e, conseqüentemente, à determinação material do que observamos. O presente é o presente; não pode carecer de um nome, nem ser definido apenas como "depois" ou como "antes".

E é justamente isso que queremos estudar: compreender por que não conseguimos dar um nome ao presente, por que não conseguimos vê-lo senão como um "depois" que carrega consigo aquilo de que é "depois". Consideramos que essa caracterização do presente pode nos permitir compreender também por que, diferente do que ocorria na segunda metade do século passado – especialmente em seu último quarto, quando o presente parecia orientado exclusivamente para o futuro, o tempo da construção de futuros tidos como possíveis e, por vezes, necessários –, o nosso presente parece ser capaz de se definir apenas olhando para o passado. Este é um presente sem futuro. Ou melhor: o futuro não é sua preocupação.

Gostaríamos de refletir sobre o presente a partir de uma perspectiva particular: como uma unidade paradoxal, como o tempo que separa e une, que interrompe e continua. Como observadores, estamos imersos no presente. Nós somos o nosso presente, mas dele sabemos muito pouco, temos dificuldade de entrar nele: acreditamos vivê-lo, mas, na verdade, somos vividos por ele. O presente é uma rede de conexões inextricáveis que nós construímos e da qual estamos suspensos, como a aranha de Kierkegaard. E, na suspensão, tememos apenas cair no vazio, no abismo. E o abismo, outro paradoxo, é o futuro em que temos medo de cair; por isso exorcizamos esse medo com o olhar voltado para o passado, remendamos o presente com pequenos fragmentos do passado, buscando proteção contra o futuro.

Para compreender o presente, precisamos ser capazes de indicá-lo, e para indicá-lo precisamos observá-lo. Mas observar o presente é uma operação muito complexa, que exige um direcionamento, uma escolha, impondo a redução do presente à forma de uma alternativa – que não pode ser uma tautologia: sabemos que o passado não é mais e que o futuro ainda não é. A dificuldade surge porque não sabemos o que ainda é do passado e o que ainda não é do futuro. Por isso, a observação do presente se expõe ao desconhecimento e, portanto, à incerteza.

A incerteza provém da dificuldade em determinar a diferença que constitui o presente, da coexistência de diferentes perspectivas de observação e, assim, da indeterminação necessária de qualquer determinação da diferença. O risco, por outro lado, está ligado às consequências de toda determinação, ou seja, de cada escolha e, portanto, de cada ação que se legitime com base nessa escolha. A incerteza está atrelada ao passado; o risco está orientado para o futuro.

Sabemos que o presente é o tempo de agir e, portanto, de decidir, ou seja, de determinar. Não há alternativa: é preciso agir, e o presente é o tempo da ação. A condição que torna possível agir – o presente –, incluindo o agir do observador, é paradoxal e inescapável. Daí a dificuldade de observar o presente e descrevê-lo, mas também a necessidade de sua observação e descrição.

O presente é o tempo de uma diferença. Isso sabemos. O presente é presente porque é uma diferença. Mas a diferença, enquanto tal, é inobservável. Ela pode ser vista apenas como uma parte de si mesma, nunca como a outra parte simultaneamente. Como diferença, ela se esquiva da observação. Por isso, só pode ser representada – ou seja, construída – como uma determinação.

Determinar significa construir: construir a diferença da qual a determinação é o limite. E isso também traz a responsabilidade moral do observador: ao observar, ele constrói um mundo, constrói aquilo que usará como realidade. E, como essa realidade é o seu presente, o tempo de sua ação, ele também se constrói como parte desse mundo.

Por outro lado, porém, com a determinação manifesta-se outro paradoxo do presente. Determinar, ou seja, como dissemos, construir, significa que o limite da determinação impõe um término (consome tempo) e, ao mesmo tempo, abre um início: na determinação do presente, o presente deixa de ser presente. Ele se consome como tempo e se renova como tempo. E, assim, se duplica: de um lado, aquilo que já não é; de outro, aquilo que ainda não é. A diferença, que pretendíamos traçar com a determinação, é diferida, deslocada, reposicionada: mas, nesse diferimento, a diferença já não é a mesma. É outra. É como se o presente, ao se determinar, arrastasse a si mesmo atrás de si.

Essas considerações agora nos permitem começar a refletir sobre o presente com um realismo mais atento, que nos abre o acesso a muitos aspectos da complexidade de sua forma.

O presente é o tempo da construção do futuro. Nesse sentido, consideramos o presente como o início. Mas sabemos que – diferentemente de como continuamos a pensar – o presente não é o início. Ou melhor: ele é, sem dúvida, o início, mas, enquanto é o tempo da diferença, ele é, ao mesmo tempo, uma parte e a outra parte daquela diferença que é o presente, mas que certamente não é um início que começa por si só. Em outras palavras, o presente é sempre a sua história, contém em si o seu início como representação, como resultado da re-apresentação de sua história na forma daquilo que faz a diferença. O presente é sua história condensada em uma diferença que não pode ser observada como diferença.

Podemos precisar esses últimos conceitos. Quando consideramos o presente como história, como a história de si mesmo, queremos dizer que o presente deve ser entendido como memória, como unidade da diferença entre lembrar e esquecer. A função de memória do presente nos permite compreender, finalmente, que o presente é, ao mesmo tempo, o lugar onde a memória opera, age, produz a representação de si da temporalidade do presente, mas é também o lugar ao qual se destina a operação da memória. O presente, em outras palavras, é sujeito e destinatário de sua própria memória.

É esse presente que a sociedade contemporânea experimenta: dele fazem experiência, na simultaneidade de suas ações, os diversos sistemas sociais, cada um dos quais opera com base em sua memória, ou seja, constrói a partir de si a sua temporalidade. Em outras palavras, cada sistema opera com base em sua racionalidade e se expõe ao risco da racionalidade de cada outro sistema social. Assim, o futuro é continuamente construído. Um futuro imprevisível, que não pode ser calculado, que não pode ser detido. Nesse futuro, o presente difere de si mesmo. O futuro é o lugar do diferimento do presente. Um lugar sem destino.

O presente torna-se, então, o tempo daquilo que é diferente, daquilo que é continuamente outro: ele se povoa de alteridades que fazem a diferença e que, por isso mesmo,

exigem reconhecimento. Os sistemas sociais abertos ao aprendizado, como a ciência, a economia, a educação, enriquecem-se e expandem-se com a inclusão das alteridades; os sistemas sociais desprovidos de capacidade autônoma de aprendizado, como a política, resistem às alteridades, tornam-se cada vez mais pobres, ameaçam a si mesmos, tornam-se destinatários das ameaças que geram para si. E se protegem por meio de medidas de segurança.

A modernidade da sociedade moderna realiza as condições para que se desdobre, em toda a sua riqueza ameaçadora, a complexidade do presente, a complexidade incontrolável de sua diferença, a recorrência inatingível de seu diferir. Como em nenhuma outra sociedade, o presente da sociedade moderna se apresenta como o tempo de uma memória que é, ao mesmo tempo, diferença e diferimento, como o tempo de uma memória que é diferir no duplo significado do diferir.

Compreende-se, então, por que, nesse presente, as antigas formas de estabilidade, as delimitações estatais, as tecnologias de vigilância, as organizações dos sistemas sociais parecem, ao mesmo tempo, redundantes e ineficazes, arcaicas e violentas: incapazes de vincular o tempo, de reduzir a incerteza do futuro, de estabilizar expectativas de comportamento.

Compreende-se também por que não conseguimos identificar ou definir as diferenças que marcam as democracias autoritárias, as autocracias democráticas, as destruições criativas da política atual. Sabemos que não podemos chamar de conservadora a fúria destrutiva dos populismos contemporâneos, como poderia ter sido dito em outros tempos, mas também não podemos defini-la como progressista, como se dizia no passado. Também sabemos que não conseguimos identificar os "sul globais", como se refere a vastos impérios que pretendem deslocar centralidades que não existem. E sabemos ainda que não conseguimos distinguir entre um "presente de paz" e um "presente de guerra": o presente de paz é agora apenas um presente de guerra, a política utiliza apenas armas de guerra para impor presentes que chama de destinos de paz. Sabemos também que o presente já não é o lugar da construção de futuros possíveis, mas o lugar da reativação de fantasmas do delírio da razão, os quais são revitalizados para controlar a complexidade do presente. Mas, em sua reativação, há apenas espectros, certamente não imagens ou formas de qualquer racionalidade. E sabemos também que a pretensão de deter a complexidade para impor seguranças impossíveis reduz os espaços do futuro, contrai os futuros possíveis e produz apenas diferimentos recorrentes. Fala-se de "liberdade para o futuro" para sufocar as liberdades conquistadas no passado. Fala-se de "identidade" para reprimir aquilo que faz do presente o tempo da afirmação e o espaço do exercício das "alteridades".

Tudo isso nos permite ver que a semântica política e jurídica, que encontrava sua legitimidade na ideia de autoconservação da razão, é incapaz de conter, compreender ou

qualificar conceitualmente o presente. As distinções conceituais políticas e jurídicas modernas, com suas instáveis determinações, estão expostas a ameaças contínuas e revelam-se, elas mesmas, autodestrutivas.

Diante da expansão do espaço das alteridades – como mencionamos anteriormente – as respostas da política parecem ainda em grande parte presas à lógica da antiga teologia política. Por um lado, a resposta às alteridades é o Estado, a soberania, a decisão, o estado de exceção; por outro, o apelo aos direitos humanos, aos valores, à singularidade dos indivíduos, como meios de recomposição de uma razão comum.

O que nos parece caracterizar o tempo e o espaço da sociedade do risco, porém, são as alteridades múltiplas e escorregadias, insubmissas e indisciplinadas ao léxico conceitual da teologia política. Diferenças que não se deixam dialetizar na lógica da identidade. Daqui derivam, ao menos, dois conjuntos de problemas sobre os quais gostaríamos de refletir.

O primeiro diz respeito à relação entre teoria e atualidade. A razão moderna, a razão iluminista, concebeu essa relação nos termos da crítica. A crítica permitiria julgar o passado, antecipando o futuro no presente. Assim, a teoria, enquanto crítica, poderia descrever-se como uma propedêutica, como uma premissa destinada a culminar em uma indicação, em uma *praxis*; o intelectual crítico poderia, então, representar-se como supervisor do universal. Uma ficção que permitia temporalizar a diferença, reduzir a complexidade e pensar o futuro como tempo e espaço do dever-ser. Uma ficção que só podia funcionar ocultando e mantendo latentes as condições de sua própria observação. Agora, na simultaneidade do acontecer na sociedade global, uma vez que os pressupostos a partir dos quais a crítica pretendia falar a linguagem do universal revelam-se infundados e contingentes, consideramos necessário um deslocamento de perspectiva, um trabalho nos limites e nas margens, capaz de tematizar a autoimplicação da teoria em seu próprio objeto.

O segundo conjunto de problemas tem caráter operacional e diz respeito aos mecanismos operacionais pelos quais, no presente, a diferença que constitui o presente é construída, tratada, isolada e excluída. No nível da estrutura da sociedade, estabilizam-se operações de contenção, resistência e bloqueio da complexidade. A complexidade é considerada uma ameaça. O excesso de possibilidades de ação é visto como um excedente ameaçador. Esses excedentes precisam ser controlados, pois constituem uma ameaça imanente e, assim, são colocados dentro dos limites da lei. Dessa forma, a emergência se estabiliza, e a política e o direito se transformam em uma tecnologia de distribuição e gestão desigual dos riscos, incorporando estruturas de seletividade de acesso e limitação do espaço de ação. É sobre esses temas que gostaríamos de refletir, em particular sobre a relação central entre direito,

política e alteridade. Como se configura essa relação no momento em que as antigas formas de organização se fragmentaram? Quais são as estabilidades que asseguram ao presente sua abertura inadiável ao futuro? Ou será que o presente, agora, só pode diferir de si mesmo, arrastando-se na inércia dos nomes do passado? Devemos renunciar a olhar para o futuro de outra perspectiva que não a daqueles que estão suspensos em sua própria teia, balançando expostos sobre o abismo?

Por **Raffaele De Giorgi**  
Lecce, 7 de dezembro de 2024

# DIREITO À TERRA: A PRESERVAÇÃO DA CULTURA DOS POVOS ORIGINÁRIOS, A CONSTITUIÇÃO, A SUPREMA CORTE, UM GOVERNO FASCISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

*LAND RIGHTS: THE PRESERVATION OF THE CULTURE OF NATIVE PEOPLES, THE  
CONSTITUTION, THE SUPREME COURT, A FASCIST GOVERNMENT, AND  
FUNDAMENTAL RIGHTS*

Ane Elisa Perez<sup>2</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

## **Resumo:**

O artigo visa a relacionar o tema do Congresso havido na Cidade de Belo Horizonte de 20 a 22 de setembro de 2023 – “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*” com o tratamento dispensado pelas instituições no Brasil sobre a questão dos povos originários, com o esforço dispensado por instituições da sociedade civil de resgate da cultura indígena no Brasil e pela preservação dos seus direitos, tão explícitos na Constituição Federal de 1988, e tão relativizados e vilipendiados nos últimos anos, num verdadeiro balé de decisões, administrativas e jurídicas, que colocam em questão o direito à terra destes povos que aqui já se encontravam muito antes da chegada de seus invasores, colonizadores.

## **Palavras-chave:**

Povos Indígenas. Direito à Terra. Constituição Federal de 1988. Marco Temporal. Suprema Corte do Brasil.

## **Abstract:**

The article aims to relate the theme of the Congress in Belo Horizonte City from September 20th to 22nd, 2023 – “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade - Tema do Ano de 2023: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*” with the treatment of institutions in Brazil on the issue of original peoples, with the effort made by civil society institutions to rescue indigenous culture in Brazil and the preservation of their rights, so explicit in the Federal Constitution of 1988, and so relativized and vilified in recent years, in a true ballet of decisions, administrative and legal, that call into question the right to land of these peoples who were here long before the arrival of their invaders, colonizers.

## **Keywords:**

Indigenous peoples. Right to Earth. Federal Constitution of 1988. Time Frame. Supreme Court of Brazil

## **1. INTRODUÇÃO**

---

<sup>1</sup> Artigo escrito com base na Conferência proferida por ocasião do Congresso Internacional havido na Cidade de Belo Horizonte: “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*”, que ocorreu na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos dias 20 a 22 de setembro de 2023.

<sup>2</sup> Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (2021). Especialista em Direito Administrativo Contratual pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994). É sócia fundadora do escritório PGD Perez, Giannella, DÁvola Sociedade de Advogadas.

O artigo 23, da Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>, é um dispositivo legal que reconhece e garante os direitos dos povos indígenas no Brasil.

Tem sido, porém, relativizado no curso do tempo, num jogo coordenado pelas instituições, de forma a atender diversos interesses econômicos, como de agropecuaristas, mineradores etc., que intentam explorar suas terras, ainda ricas em recursos naturais, cujos atores diretos desta empreitada utilizam-se de recursos nada legais para alcançar seus objetivos, como: a ocupação de tais terras com o extermínio dos povos indígenas, a destruição absoluta da cultura originária de tais povos e por fim, até mesmo, o extermínio desses numa forma de absoluto genocídio.

Este artigo, portanto, visa a percorrer alguns (não todos) pontos importantes para que o tema da preservação dos direitos dos povos originários esteja em pauta, observando a discussão do tema junto às principais instituições, como o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que nos estertores de 2023 (até mesmo enquanto se desenvolvia em Belo Horizonte o Congresso<sup>4</sup>) terminou o julgamento do caso<sup>5</sup>, sem dar, porém, solução aos interesses econômicos e políticos que se escondem (ou se escancaram hoje) por trás do tema, e que poderão extirpar por definitivo o direito dos indígenas à sua terra, à sua cultura, e, enfim, à sua existência.

## 2. GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A redemocratização do Brasil, após anos de ditadura militar, trouxe-nos, em 1988, uma Constituição densa, recheada de direitos e garantias destinadas a salvaguardar direitos e deveres

---

<sup>3</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. (BRASIL, CF, 1988)

<sup>4</sup> Congresso Internacional havido na Cidade de Belo Horizonte: “*IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Ressignificação dos Direitos Fundamentais*”, que ocorreu na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos dias 20 a 22 de setembro de 2023.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 101765/SC.

que serviriam, a princípio, a garantir, em especial aos povos mais suscetíveis, que seus direitos mais mezinhos, como o direito à vida digna, fossem preservados.

Com fundamento, então, em tais princípios, a CF/88 trouxe no seu art. 231 o seguinte: *“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”*<sup>6</sup>

O dispositivo reconhece, então, a diversidade cultural dos povos indígenas e estabelece o direito desses povos de preservar suas tradições, línguas e crenças, além de garantir a posse das terras que tradicionalmente ocupam. O artigo 231 também estabelece que é responsabilidade da União demarcar as terras indígenas, proteger seus direitos e garantir o respeito a seus bens.

Ou seja, trata-se, o referido artigo, de uma importante conquista dos movimentos indígenas no Brasil e ele representou, também, um avanço no reconhecimento e na garantia dos seus direitos.

Não obstante isso, apesar da completude do dispositivo constitucional, os povos indígenas ainda enfrentam muitos desafios, com a absoluta violação de seus direitos, como a invasão de suas terras por garimpeiros e madeireiros ilegais, a violência inclusive contra suas mulheres e crianças e a absoluta discriminação. E isso, diga-se, não apenas por iniciativa dos grupos econômicos poderosos, mas especialmente com o apoio das instituições que, ao invés

---

<sup>6</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (BRASIL, CF, 1988)

de cumprirem a Constituição, relativizam os direitos ali insculpidos, e, por vezes, até mesmo, agem de maneira direta e efetiva na afronta a tais garantias.

Não é de pouco tempo para cá, porém, que referidas disposições sofrem a todo momento a tentativa de relativização, em especial na busca dos interesses econômicos de pequenos grupos, porém, muito poderosos.

### 3. DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Dentro deste lamentável panorama de relativização dos direitos dos povos originários, é que se inaugurou junto à Suprema Corte do Brasil a discussão sobre o marco temporal indígena – no bojo do Recurso Extraordinário 1017365<sup>7</sup>.

Depois de quase 35 (trinta e cinco) anos da Constitucionalização da retomada do direito à sua terra pelos povos indígenas, que garantiu às comunidades indígenas o direito sobre suas terras tradicionais, originárias, o Supremo Tribunal Federal no Brasil decidiu o que se chama “marco temporal da terra indígena”, cujos grupos econômicos dominantes, ruralistas e demais interessados, por meio das instituições legislativas (Frente Parlamentar da Agropecuária), defenderam, com base em um parecer (GMF-05/2017) da Advocacia Geral da União, que a interpretação constitucional levava a entender que as comunidades indígenas apenas poderiam requerer e reivindicar espaços e terras que já ocupavam apenas na data da promulgação e entrada em vigência da Constituição Federal de 1988 (05/10/88).

No âmbito do processo de julgamento da legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol<sup>8</sup>, o STF entendeu pela legalidade sob o argumento de que os povos indígenas ali já estavam no momento da promulgação da Constituição. Com isso

---

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 101765/SC. Relator: Min. Edson Fachin. Tema 1031. Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

<sup>8</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388. Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no Processo Administrativo demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei Nº 6.001/73e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005 [...]. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

desenvolveram-se diversas ações da bancada ruralista, com base no parecer da Advocacia Geral da União, que sustentou em processo distinto que o tema seria de repercussão geral.

O marco temporal foi, portanto, debatido no STF, no bojo do processo citado em 2009<sup>9</sup>. Embora dissesse expressamente que o julgamento não continha efeitos *erga omnis*, para além daquele caso (Raposa Serra do Sol), em 2013, o Tribunal Regional Federal 4, usou o precedente para reintegrar a posse de uma área localizada em parte de terra indígena<sup>10</sup>.

Com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365 encerrado, cuja decisão, em suma, considerou inconstitucional a tese do marco temporal das terras indígenas, o mesmo tema tramitou na Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei 409/2007, que propunha inserir na legislação a tese do marco temporal, proibir a ampliação de terras já demarcadas, flexibilizar o contato com os povos indígenas isolados e permitir a exploração econômica de terras indígenas por parte de mineradoras e garimpeiros. Este projeto já foi transformado em Lei (Lei nº 14.701/23), promulgada em 28 de dezembro de 2023, e está vigente desde então<sup>11</sup>.

O que se pergunta, porém, é: até que ponto a decisão final do STF<sup>12</sup> sobre a tese do marco temporal terá eficácia direta sobre os direitos indígenas no Brasil? Impactará diretamente

---

<sup>9</sup> Demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol.

<sup>10</sup> TRF4, APELREEX 5004607-88.2012.4.04.7117, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Ementa: Administrativo e constitucional. Processo civil. Terras da União. Reintegração de posse. ocupação por silvícolas. Necessidade da conclusão dos estudos e demarcação das terras. Manutenção da "Comunidade Kaingang" no local.

<sup>11</sup> Inteiro teor da Lei nº 14.701/23 com histórico de tramitação, disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2023/lei-14701-20-outubro-2023-794847-norma-pl.html>>. Acessado em 19 fev. 2024.

<sup>12</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese de repercussão geral (Tema 1.031) no Recurso Extraordinário (RE) 1017365, em que o Tribunal rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5/10/1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas. Tese: I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV - Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no art. 231, §6º, da CF/88; V - Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do art. 37, §6º da CF; VI - Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII - É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente

o processo de demarcação de terras e o reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas? A promulgação da Lei nº 14.701/23 pelo Congresso Nacional – o qual, inclusive, barrou os vetos presidenciais que tentavam alinhar o texto com a decisão do RE 1017365 - poderá se sobrepor ao que foi decidido pelo STF?

#### **4. UM GOVERNO FASCISTA E A DESTRUÇÃO DE UM POVO**

É evidente que a corrente fascista que assolou o Brasil nos últimos anos impactou a decisão do Congresso Nacional sobre o “direito à terra pelos povos originários”. Não só isso. O próprio STF, demonstrando a posição majoritariamente de direita no Brasil, deixa evidente a influência destes deletérios grupos econômicos no processo legislativo e judicial.

Afastado pelas últimas eleições diretas e democráticas, veio à tona, o fato de que o governo anterior (de extrema direita) lidou com o assunto da preservação dos direitos indígenas de forma que se pode cogitar que havia a caracterização da implementação de uma verdadeira tentativa de exterminar com o povo Yanomami, uma das etnias mais atingidas pela implementação desse projeto de morte.

Desde o início do mandato do ex-presidente, observou-se uma postura absolutamente hostil em relação aos povos indígenas, com a implementação de medidas efetivas que visaram a ameaçar seus direitos e territórios. Entre as ações que o ex-governo implementou, com o apoio de importantes instituições como o exército, por exemplo, os Yanomamis e outros povos

---

diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurados o exercício das atividades tradicionais dos indígenas; XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514834&ori=1>>. Acessado em 20 fev. 2024.

indígenas passaram pela redução de recursos para a proteção ambiental e a demarcação de terras indígenas, houve o enfraquecimento dos órgãos responsáveis pela proteção dos direitos indígenas e a promoção de atividades econômicas predatórias em territórios indígenas, autorizadas pelo então governo federal, num orquestramento entre órgãos responsáveis pela fiscalização da atividade mineradora e de controle de desmatamento (com o avanço da agropecuária) e a retirada de recursos necessários para a proteção de tais reservas.

Além disso, há relatos <sup>13</sup> de violência e conflitos envolvendo garimpeiros ilegais e povos indígenas na região amazônica, especialmente onde os Yanomamis vivem. Essa violência está absolutamente associada à política do ex-governo de incentivar a mineração em territórios indígenas e de enfraquecer a fiscalização ambiental.

E não se pode perder de vista que, como declarado publicamente pelo ex-presidente<sup>14</sup>, a ideia era a exterminação da população, ou seja, a destruição total e intencional de todo o grupo étnico e cultural dos Yanomamis. Os Yanomamis foram descobertos com problemas sérios de saúde – crianças desnutridas, mulheres e adolescentes vilipendiadas pela troca de alimentos com os garimpeiros, relatos de mais de 570 mortes de crianças por desnutrição e malária neste período<sup>15</sup>.

Não se pode dizer que as ações daquele desgoverno, encorajado pela relativização, nada indene, sistematizada pelas instituições, que deveriam garantir os evidentes direitos constitucionalizados, passaram apenas de abuso de autoridade, equívocos pontuais. São atos genocidas – e as instituições, como o Judiciário e o Legislativo, devem ser cobrados de forma veemente a atuarem na defesa dos direitos dos povos originários.

## 5. ALTERIDADE, GARANTIAS E EXCLUSÃO

---

<sup>13</sup> FUNDAÇÃO FIOCRUZ, Mapa de Conflitos: Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. O garimpo ilegal e o genocídio yanomami. Disponível em :<<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rr-invasao-de-posseiros-e-garimpeiros-em-terra-yanomami>>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>14</sup> Declaração do ex-presidente Jair Bolsonaro (jan. 2019 a jan. 2023) absolutamente discriminatória quando ainda era deputado federal (em 1998): "Até vale uma observação neste momento: realmente, a cavalaria brasileira foi muito incompetente. Competente, sim, foi a cavalaria norte-americana, que dizimou seus índios no passado e, hoje em dia, não tem esse problema em seu país - se bem que não prego que façam a mesma coisa com o índio brasileiro; recomendo apenas o que foi idealizado há alguns anos, que seja demarcar reservas indígenas em tamanho compatível com a população", foi a declaração completa. (Disponível em <https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2018/12/06/verificamos-bolsonaro-cavalaria>. Acessado em 20 fev. 2024.)

<sup>15</sup> PORTAL METRÓPOLES. Guajajara: 570 crianças yanomamis morreram de fome nos últimos 4 anos. Disponível em < <https://www.metropoles.com/brasil/guajajara-570-criancas-yanomamis-morreram-de-fome-nos-ultimos-4-anos>>. Acessado em 20 de fev. 2024.

O que é alteridade? É uma situação, um estado ou uma qualidade que se constitui através de relações de contrastes, distinção de diferença. Noção do que é outro. Do que é distinto.

Como se ouviu nas palestras magistrais do Congresso<sup>16</sup>, especialmente nas falas dos Professores Javier Espinoza<sup>17</sup> e Jorge Douglas Price<sup>18</sup>, e como nos ensina o Professor De Giorgi<sup>19</sup>, a esperança construída da metade do século passado para este se dá na expectativa ilusória de um futuro no qual uma razão universal, cosmopolita, poderia assegurar os indivíduos face ao Estado, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos aos bens sociais, o espaço de uma comunicação livre.

E, assim, se constitucionalizaram as relações entre direito e política, com a criação de um catálogo de direitos fundamentais.

Tal percurso, porém, como afirma Professor De Giorgi<sup>20</sup>, já “havia sido proclamado um século e meio antes e coexistiu com a mais negra escravidão e com os guetos de extermínio em que eram marginalizados e explorados os antigos e os novos famélicos da terra”.

Com isso, diz o Prof. De Giorgi<sup>21</sup>:

o direito constitucional moderno realiza uma transformação genética que resulta na centralidade dos princípios constitucionais, que traz consigo uma transformação da argumentação em teoria do direito e de justiça, o que se reveste, na verdade em uma grande mentira.

É neste contexto, portanto, que se debruça este artigo sobre a situação do longo processo de colonialismo que os povos indígenas sofreram no curso da história no Brasil. Como se sabe, e como aconteceu no processo de colonialismo pelo mundo, os povos indígenas foram e são expulsos de suas terras em virtude da ocupação entusiasta daqueles produtores rurais, mineradores (donos de terras – o famoso direito à propriedade), e da ocupação por todos aqueles que com o “intuito civilizatório” pautaram e pautam tal exploração e esbulho.

---

<sup>16</sup> IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Resignificação dos Direitos Fundamentais. Programação disponível em <https://www.otempododireito.com/general>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>17</sup> Javier Espinoza de los Monteros é professor de Direito na Universidade de Anáhuac. Livros publicados: <<https://www.anahuac.mx/mexico/EscuelasyFacultades/derecho/claustro/dr-javier-espinoza-de-los-monteros>>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>18</sup> Jorge Eduardo Douglas Price é professor da (Universidad Nacional de Comahe (Argentina). Disponível em <<https://www.cpavzo.org.ar/media/profesores/Douglas%20Price%20Jorge%20Douglas%20Price.pdf>>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>19</sup> Raffaele De Giorgi é professor da Universidade de Salento (Itália). Disponível em <<https://www.unisalento.it/scheda-utente/-/people/raffaele.degiorgi/risorse-correlate>>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>20</sup> Palestra do professor Raffaele De Giorgi no IV - Congresso Latino Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade: Republicanismo Insurgente e Resignificação dos Direitos Fundamentais. Programação disponível em <https://www.otempododireito.com/general>. Acessado em 20 fev. 2024.

<sup>21</sup> Apud palestra do professor Raffaele De Giorgi no IV Congresso....

Como se disse acima, a pauta, porém, é intensa desde a Constituição de 1988, quando os tribunais, os ruralistas, os grupos poderosos economicamente de mineradores, e outros atores jurídico-político-econômicos interessados que disputam tais terras – a par do êxodo indígena pelo país imposto desde há muito – passaram a discutir os contornos do disposto no art. 231, da CF de 1988, que lhes assegura suas terras originárias, cuja expressão carrega consigo todas as características do contexto cultural, mais que possessório sobre este direito constitucionalizado<sup>22</sup>.

O que se nota, porém, é um concerto institucional, dos três poderes, que visa impossibilitar o ingresso dos indígenas na terra, até porque quem legislou sobre tal direito foi o Supremo Tribunal Federal, que evidentemente relativizou o disposto no citado art. 231 do Texto Constitucional.

Os constantes conflitos fundiários envolvendo indígenas e não indígenas no limite do crescimento econômico dos países que sofreram colonização reacenderam a discussão, tanto nacional como internacional, a respeito dos direitos originários dos povos. A demarcação das terras indígenas encontra-se neste cenário.

Mas o que se percebe, por óbvio, é que o texto constitucional, por si só, não é suficiente para garantir a efetivação do direito que prevê. A ausência de qualquer menção à posse e ao domínio das terras indígenas nos códigos civis deixa clara a disfuncionalidade da aplicação de uma interpretação constitucional de acordo com as constelações do momento, como diria Luhmann<sup>23</sup>.

Com isso, ao longo do século, os indígenas foram despossuídos de suas terras, obrigados a migrar por terras em que sequer existiam cursos d'água, convencidos a se tornarem trabalhadores assalariados, por vezes, para seus próprios despojadores, foram obrigados a aglomerarem-se em assentamentos desprovidos de história, de cultura e de suas próprias e específicas crenças, mitos e rituais (culturalmente atrelados à terra)<sup>24</sup>.

E, como se disse acima, depois disso, depois de quase 35 (trinta e cinco) anos da Constitucionalização da retomada do direito à sua terra pelos povos indígenas, o Supremo Tribunal Federal no Brasil decidiu de forma não unânime o que se chama “marco temporal da terra indígena”, garantindo os direitos dos povos originários às terras sem restrições, porém com um viés e uma preocupação econômica de se ressarcirem aqueles que hoje “legitimamente” as possuem. Dia seguinte, porém, a Câmara dos Deputados não apenas voltou o tema à

---

<sup>22</sup> GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. Matrioska Editora, 2021.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

<sup>24</sup> *Apud* GONZAGA (2021.)

tramitação, como aprovou em tempo brevíssimo a Lei nº 14.701/23, a qual coloca em xeque a já frágil posição da Corte Constitucional. Assim, o vilipêndio aos direitos dos povos originários poderá politicamente levar de forma definitiva à perda de boa parte das terras em processo de demarcação (a maioria se encontra nesta situação).

Por isso, como bem colocado pelo Prof. De Giorgi em sua magistral palestra no Congresso que deu base para este artigo, retornamos à eterna exclusão sob o pretexto da inclusão universal de todos, que produz um contínuo excesso de alteridade, agora deslocalizada, flutuante e desmaterializada a que, o próprio direito, política e economia se incumbem. Porque aqui os centros dos sistemas é que se transformam dando lugar à produção dos problemas universais, e tornam-se incompetentes porque, como no direito, já não se consegue imunizar a sociedade contra si mesmo.

## 6. O POPULISMO E A MANIPULAÇÃO DAS GARANTIAS

No contexto do que se colocou acima, vale a pena atentarmos para o que se pode chamar de manipulação das garantias, é de se dizer que o populismo frequentemente instrumentaliza as garantias constitucionais, moldando-as para legitimar a centralização do poder. O Professor De Giorgi bem pontuou em sua magistral palestra que "o populismo não apenas ignora os princípios constitucionais, mas frequentemente os subverte, reinterpretando-os de maneira que os direitos e garantias fundamentais são mobilizados apenas em função de uma maioria artificialmente construída". Essa reinterpretação transforma as garantias constitucionais em ferramentas de manipulação, distanciando-se de seu propósito original de proteção à pluralidade.

Laclau<sup>25</sup> explica que o populismo constrói um antagonismo entre "nós" (o povo) e "eles" (as elites), onde o líder encarna a "vontade popular" contra os interesses das elites. Essa lógica de "significação vazia" permite que o populismo redirecione conceitos como liberdade de expressão e direito de manifestação para centralizar o poder, moldando a narrativa pública conforme seu projeto

Stephan Kirste<sup>26</sup> contribui ao analisar a "estrutura temporal reflexiva" do direito, que organiza o sistema jurídico para gerir riscos futuros e proteger a continuidade democrática. A

---

<sup>25</sup> LACLAU, Ernesto. *A Razão Populista*. Tradução Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Ed. Três Estrelas. 2013.

<sup>26</sup> KIRSTE, Stephan. *A gestão do risco por meio da Estrutura temporal reflexiva do direito*. In *Direito e Democracia, Futuro e Risco*. 1ª. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido. 2022.

manipulação populista dessas garantias quebra essa estrutura ao utilizar direitos constitucionais para finalidades imediatistas, comprometendo seu papel preventivo e a integridade a longo prazo. Laclau observa que a lógica populista é essencialmente "antagonística e hegemônica", buscando resultados imediatos sem considerar implicações futuras

Ou seja, as garantias constitucionais, deveriam proteger contra riscos institucionais e garantir a continuidade do sistema democrático. A apropriação dessas garantias pelo populismo, tanto político quando judicial, transforma-as em instrumentos de poder temporário, desviando-as de sua função original de proteção institucional.

Com isso, é importante ver que a manipulação das garantias constitucionais gera um impacto duradouro e corrosivo no Estado Democrático de Direito. Levitsky e Ziblatt, em "Como as Democracias Morrem", alertam que a democracia raramente é destruída abruptamente, mas enfraquece à medida que suas instituições perdem força. Reforça-se, assim, que o populismo simplifica os princípios democráticos para fortalecer o poder centralizado e a polarização social

Desta forma, o populismo aproveita vulnerabilidades das democracias para deslegitimar instituições intermediárias, em nome de uma "vontade popular" fabricada. Isso distorce as garantias constitucionais, expondo o sistema democrático ao risco de fragmentação e deslegitimação.

Com isso, para resistir ao uso populista das garantias, é necessário para fortalecer as instituições democráticas e assegurar a integridade do direito. De Giorgi destaca a importância de proteger a integridade dos princípios constitucionais, mantendo o caráter preventivo das garantias. No mesmo sentido, Laclau aponta que a resistência ao populismo envolve uma disputa hegemônica, onde é preciso "rearticular" o significado das garantias constitucionais para preservar sua função de defesa da pluralidade.

A educação cívica e a sociedade civil organizada são essenciais para reconstruir a percepção pública das garantias como instrumentos de defesa da democracia, evitando que se tornem ferramentas de concentração de poder.

Dado este contexto, e considerada a profunda conexão entre os povos indígenas e seus territórios, qualquer tentativa de legislar ou decidir sobre essas terras deve ser feita com extremo cuidado, considerando o impacto irreparável que decisões econômicas e políticas podem gerar sobre as culturas e existências desses povos. Reconhecer o papel central das instituições em proteger e respeitar os direitos originários é essencial para evitar a repetição de erros históricos que perpetuaram a exclusão e o genocídio. Assim, é imperativo que os três poderes do Estado atuem de forma coordenada, transparente e, acima de tudo, alinhada ao espírito constitucional,

colocando a dignidade humana e os direitos fundamentais como norteadores inegociáveis, sem que se dê neste contexto um uso imediatista e populista a estas garantias.

## 7. CONCLUSÃO

Há um movimento civil-social importante - o “decolonialismo indígena”<sup>27</sup>, que busca reconhecer e valorizar as culturas e tradições dos povos indígenas, que foram e são sistemática e historicamente subjugados e marginalizados. O movimento tem ganhado força nos últimos anos, em resposta aos desafios enfrentados pelos povos indígenas em todo o mundo, como a perda de territórios, a violação dos direitos humanos e a falta de reconhecimento e valorização de suas culturas e tradições.

Importante que haja, no contexto do que se relatou neste artigo, uma retomada da resistência e defesa dos interesses destes povos.

Não se pode acreditar na névoa construída pela expectativa ilusória “de um futuro no qual uma razão universal, cosmopolita, poderia assegurar os indivíduos face ao Estado, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos aos bens sociais, o espaço de uma comunicação livre”<sup>28</sup>, mas há de se manter de pé e ativa a atenção sobre a tentativa constante de afronta à vida daqueles povos que nasceram com a terra, cuidaram e dela (e nela) vivem até o momento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

BRASIL, **Lei nº 14.701/23**. Histórico de tramitação. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2023/lei-14701-20-outubro-2023-794847-norma-pl.html>>. Acessado em 19 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388. Ação Popular**. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no Processo Administrativo demarcatório.

---

<sup>27</sup> GONZAGA (2021, p. 148): “Associam-se, assim, as novas epistemologias latino-americanas que propõem uma leitura decolonial e introduzem a temática indígena como referencial para construção de novos conhecimentos e novas práticas de relações humanas e com o meio ambiente. É necessário decolonizar a atual conjuntura e isso significa compreender a dimensão colonial ocidental a que os indígenas brasileiros foram submetidos nos últimos 521 anos. Nesse sentido, é imprescindível que seja promovida a união dos povos originários que sempre foram, e serão, ligados pela terra e suas raízes, e não pelo patrimônio do colonialismo e seu molde explorador até hoje vigente guiado pelos interesses eurocentristas remanescentes. [...] O Decolonizar indígena é o *dever* dos povos originários em que pensamos no futuro pós-colonização e escrevemos uma nova história com a tinta vermelha de garantir direitos.”.

<sup>28</sup> *Apud* palestra do professor Raffaele no IV Congresso....

Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei Nº 6.001/73e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005 [...]. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 101765/SC**. Relator: Min. Edson Fachin. Tema 1031. Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina. Disponível em : <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 19 fev. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 4ª Região – TRF4, **Apelação em Recurso Extraordinário. 5004607-88.2012.4.04.7117**, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Ementa: Administrativo e constitucional. Processo civil. Terras da união. Reintegração de posse. ocupação por silvícolas. Necessidade da conclusão dos estudos e demarcação das terras. Manutenção da "Comunidade Kaigang" no local.

FUNDAÇÃO FIOCRUZ, Mapa de Conflitos: Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. **O garimpo ilegal e o genocídio yanomami**. Disponível em :<<https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/rr-invasao-de-poseiros-e-garimpeiros-em-terra-yanomami>>. Acessado em 20 fev. 2024.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. Matrioska Editora, 2021.

KIRSTE, Stephan. **A gestão do risco por meio da Estrutura temporal reflexiva do direito**. In Direito e Democracia, Futuro e Risco. 1ª. Ed. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido. 2022.

LACLAU, Ernesto. **A Razão Populista**. Tradução Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Ed. Três Estrelas. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

PORTAL METRÓPOLES. Guajajara: 570 crianças yanomamis morreram de fome nos últimos 4 anos. Disponível em <<https://www.metropoles.com/brasil/guajajara-570-criancas-yanomamis-morreram-de-fome-nos-ultimos-4-anos>>. Acessado em 20 de fev. 2024.

Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 05/12/2024

## ESTADO PUNITIVO Y MIGRACIÓN: LAS PARADOJAS DE LA SEGURIDAD

### *PUNITIVE STATE AND MIGRATION: THE PARADOXES OF SECURITY*

Javier Espinoza de los Monteros<sup>1</sup>

*Universidad Anáhuac México*

#### **Resumen:**

En los últimos años se ha producido un aumento exponencial del fenómeno migratorio. En específico el flujo migratorio irregular de la zona triángulo norte (el Salvador, Guatemala y Honduras) se ha desbordado y México así como Estados Unidos han instaurado una política de contención. El derecho penal se ha venido utilizando como instrumento de represión frente a los migrantes. Se configurado un Estado punitivo cuya violencia tiene como justificación el principio de la seguridad. En esta contribución exploramos la función del principio de la seguridad para fundamentar un Estado Punitivo. Se analizan las paradojas a que da lugar el principio de seguridad.

#### **Palabras clave:**

Estado punitivo, paradojas de la seguridad, migración irregular, soberanía, derechos humanos, pobreza.

#### **Abstract:**

In recent years there has been an exponential increase in the migration phenomenon. Specifically, the irregular migratory flow from the northern triangle zone (El Salvador, Guatemala and Honduras) has overflowed and Mexico as well as the United States have established a containment policy. Criminal law has been used as an instrument of repression against migrants. A punitive State was configured whose violence is justified by the principle of security. In this contribution we explore the function of the principle of security to found a Punitive State. The paradoxes that the security principle gives rise to are analyzed.

#### **Keywords:**

Punitive state, security paradoxes, irregular migration, sovereignty, human rights, poverty

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema que será objeto de reflexión en esta contribución es aquél del Estado punitivo y la migración. La función punitiva del Estado tiene su fundamento en el principio de la seguridad. A través de esta intenta justificar la represión contra los migrantes. Para abordar esta temática queremos partir de las siguientes reflexiones ¿cuál es el tratamiento de la alteridad en los modernos Estado constitucionales? ¿cómo se produce exclusión y violencia entorno al migrante? ¿cuál es la fraternidad que se practica? y ¿qué nos puede enseñar la sociología del derecho al respecto? Una observación sociológica del problema nos puede permitir dar cuenta de la realidad del derecho, de su artificialidad, de su contingencia.

Siendo este el llamado tiempo de los derechos ¿cómo es posible que se practique exclusión? Y todavía más ¿cómo es que utilizando como fundamento a los derechos humanos se produzca violencia? ¿cuál es la fraternidad que se practica y respecto a qué sujetos?

---

<sup>1</sup> Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México. Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la misma institución. Doctor en Formas de la evolución del derecho por la Universidad del Salento (Italia).

Pues bien, para delimitar el problema me concentraré en la migración centroamericana, aquella que transita por México y cuyo destino es Estados Unidos de Norteamérica. Me refiero a la migración del llamado triángulo norte: Guatemala, Honduras y El Salvador. Estos migrantes ha sido objeto de prácticas punitivas de hecho y de derecho. En México si bien no se considera un delito la migración irregular, lo cierto es que ellos son tratados como criminales. En Estado Unidos de Norteamérica, la normatividad los concibe como criminales y sobre ellos recae el brazo de hierro del Estado. También en este país se observa un que la política ha utilizado el discurso de la criminalización de la migración irregular para generar capital político.

## **2. ESTADO MODERNO Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS**

¿Por qué migrantes irregulares o ilegales? Serían un sin sentido si los derechos se pregonan como universales.<sup>2</sup> Los derechos han sido concebidos como derecho para todos y en la misma medida. Estos serían atribuidos a todos los sujetos, trascenderían fronteras; serían derechos de los ciudadanos del mundo.

El Estado moderno se configurará como el espacio en que se imputan y practican los derechos. Los sujetos adscritos a dicha organización política serán los titulares de los derechos. No obstante que los derechos son proclamados como universales, su universalidad tendrá como terreno el Estado nacional y como titular al ciudadano, quedarán restringidos, anclados a éste.

La función de los derechos, en su primigenia, será la de justificar la existencia del Estado. Ellos vienen utilizados para que pueda consolidarse un poder soberano, un sujeto fuerte monopolizador de la producción normativa y de la toma de decisiones política. Soberanía es un principio jurídico-político.

El Estado soberano moderno se consolida a finales del siglo XVIII, principios del siglo XIX, cuando se logran eliminar las corporaciones, las jurisdicciones, los señoríos territoriales. Se configurarán unidades político-jurídicas-territoriales más amplias que absoveran a los diversos señoríos que caracterizaban a toda la Europa medieval.

Aquello que impedía la concentración de la dimensión político-jurídica en una entidad política soberana eran la multiplicidad de corporaciones, de jurisdicciones.

La unidad papal se había roto en virtud de las guerras de religión. En virtud de las luchas por la imposición de la verdad.

---

<sup>2</sup> Gzesh, Susan, "Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos", Migración y desarrollo, núm. 10, 2008, p. 99.

Para poder cancelar el orden medieval eran necesario romper sus fundamentos, las adscripciones comunitarias. Como es sabido el sujeto relevante no eran los individuos en particular. Para el pensamiento medieval este sería un “vulgar axioma”. El sujeto relevante lo constituían las corporaciones; se era titular de derecho en tanto se estaba adscrito a las mismas. Son comunidades estratificadas, jerarquizadas. En todo caso, este estatus constituía la *dignitas medieval*.<sup>3</sup>

La invención de los derechos permite sustraer, aislar a los sujetos de las comunidades. Ahora se será titular de derecho en lo individual, no en cuanto a la pertenencia comunitaria.

Según el contractualismo racionalista de los siglo XVII y XVIII, los sujetos se encuentran en estado de naturaleza y allí son titulares de derechos absolutos. Estos derechos tienen que ser limitados para no permanecer en el caos. El Estado será aquella entidad que los limite. De este modo, se producirá una teoría de los derechos sin derechos<sup>4</sup>, y la pérdida del “esmalte iusnaturalista” de los mismos. Los derechos pasarán a formar parte de la esfera estatalista.

La revolución francesa si bien proclamará dos fundamentos del orden social, esto es, la soberanía y los derechos, configurando, para utilizar la expresión de Pietro Costa, un *moderno campo de tensión*,<sup>5</sup> en última instancia hará depender los derechos de la soberanía. Ellos pasarán a ser parte de la producción estatalista, legislativa. Serán realizados y tutelados a través de la ley que se organiza en forma de código. Los derechos, pues, serán desarrollados y a su vez limitados a través de la esfera legislativa.

Ahora bien, parafraseando a De Giorgi, los derechos surgirán de un proceso que va de la *naturaleza a la naturaleza*<sup>6</sup>. Las adscripciones comunitarias estaban fundadas también ellas en la naturaleza. Los derechos se liberaran de aquellas representaciones de la naturaleza, de las estratificaciones, de las jerarquías, de aquellas exclusiones, y se asentarían en la idea de la naturaleza, que vendrá considerada como la *verdadera y universal*. Aquella que consideraba a los hombres *libres e iguales*, es decir, como dignos, capaces de autodeterminarse. Y en efecto, en la Declaración Francesa de los derecho del hombre y del ciudadano se proclama: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

---

<sup>3</sup> Cfr. Habermas, Jurgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 55 Núm. 64, 2010, p. 12.

<sup>4</sup> Cfr. Viola, Francesco, “¿Los derechos humanos son derechos naturales?”, en *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, 2013, p. 187 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Costa, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, ESI, 2006.

<sup>6</sup> De Giorgi, Raffaele, “Ecología de los derechos humanos” (J. Espinoza de los Monteros, Trad.). En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.), *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 2018.

Los derechos serán proclamados como universales pero solamente dentro de los confines del Estado nacional. De hecho los derechos consolidan la idea del Estado nacional.<sup>7</sup> Se proclama la igualdad de los sujetos, una igualdad simétrica, que pretende la homogeneidad, la eliminación de las diferencias. Ahora todos serán concebidos iguales ante la ley, un mismo derecho, una norma general. En el interior del Estado, en sus fundamentos, primará la concepción de que a todo Estado le corresponde una nación: una homogeneidad, una unidad, una comunidad. La nación trazará diferencias, producirá límites, genera una separación, una distinción: interno / externo. Lo que está incluido y lo que está excluido, el ciudadano y la exterioridad, el extranjero. La idea nación, la identidad tendrá como función: poner a distancia a la alteridad, en el caso particular al extranjero.

De este modo, la política y el derecho practicarán selectividad, exclusión. La fraternidad se ejercerá dentro de los límites del Estado nacional. Los derechos son derecho del ciudadano.

La seguridad, la propiedad, la libertad, serán el fundamento del pacto de convivencia. El Estado se legitimará en cuanto pueda realizar este orden.

¿Pero libertad hasta dónde, la seguridad de quién, igualdad en qué sentido? ¿Quién dice naturaleza? ¿Quién establece el límite? ¿cuál es su contenido material? ¿Quién es el observador? Como se dice en la sociología sistémica

## **2.1 Las paradojas de la seguridad**

La vieja y la nueva Europa para la creación del derecho parte de la fundamentación en principios. Se respalda en principios, se justifica en principios que se presentan como objetivos. De hecho el constitucionalismo de la segunda posguerra hace énfasis en que la producción normativa debe tener como límite y orientación los principios. Estos darían legitimidad al orden jurídico, lo validarían. El contenido del derecho positivo estaría guiado, orientado a través de los principios.

Pero ¿Qué se conocen cuando se conocen los principios o los valores? Ciertamente no se conoce el orden del mundo, no se conoce el orden universal de las acciones. En efecto, los principios no dicen como conducirnos, no contienen orientaciones del actuar. Ellos son semánticamente vacíos. Los principios no dicen nada, son formas desprovistas de un contenido

---

<sup>7</sup> Cfr. Costa, Pietro, "Derechos", en Fioravanti, Maurizio (Ed.). *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, (M. Martínez Neira, Trad.), Madrid, Trotta, 2004.

objetivo. Ellos, para adquirir realidad, deben ser concretados, deben ser especificados.<sup>8</sup> Debe operar algo de bagaje conceptual.<sup>9</sup> Solamente mediante su aplicación adquieren un sentido, una orientación. Solamente en la abstracción, los principios pueden mantenerse universales, solo en su generalización pueden ser aceptados, pueden ser objeto de consenso, de aceptación.

Los principios entonces se vuelven contingentes al momento de ser concretados. Se determinado un contenido, un límite, el cual pudo haber sido diverso de como es y en el futuro podrá ser diverso de como es. Todo dependen del observador, del constructor de la realidad. En el caso, el observador es el sistema del derecho. Quien introduce sentido es el legislador y ahora los jueces constitucionales. Ellos tienen poder de definición, para utilizar otra expresión de De Giorgi.

En todo caso, los principios, decía Luhmann, contienen su contrario.<sup>10</sup> En efecto, los principios son ambivalentes. A través del mismo principio se pueden llegar a conclusiones, a decisiones diferentes. El principio esconde al observador, los sustrae a la vista. Se esconde el hecho de que la decisión pudo haber sido diferente de como es. Los principios, presentados como objetivo, esconden los juicios de valor. A través de los principios se esconde al constructor de la realidad.

Los principios hacen que el sistema del derecho pueda operar constantemente, producir variabilidad. Hacen posible que el sistema pueda decidir constantemente. La conclusión, decía Luhmann, se mantiene abierta.

Los principios aparentan estabilidad, certeza. Carlos Cárcova decía que ellos producían un efecto tranquilizador y legitimante.<sup>11</sup> En efecto, no sabemos que nos podamos esperar de ellos. Ellos configuran un no saber, un no saber del futuro, un no saber de la decisión. El sistema del derecho, de este modo, opera a través de su código binario lícito / ilícito. Traza diferencias, produce distinciones. Y así puede practicar exclusión. Siempre mediante su código elige una posibilidad y excluye otra posibilidad, la cual pudo haber sido fijada como derecho.

A través del principio de seguridad se ha practicado la exclusión de la alteridad. Se ha puesto distancia al migrante.<sup>12</sup> La ambivalencia del principio ha permitido inventar al migrante

---

<sup>8</sup> Cfr. Kaufmann, Arthur, "La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 38, 1998, p. 28 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. La Torre, Massimo, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, 2020.

<sup>10</sup> Luhmann, Niklas, *La paradoja de los Derechos Humanos. Tres escritos sobre política, derecho y Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

<sup>11</sup> Cárcova, Carlos, "Acerca de las funciones del derecho", en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 9, 1988, p. 58.

<sup>12</sup> Cfr. De Giorgi, Alessando, "Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa", *Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, p. 144.

como un problema, como algo que hay que contener, como algo que hay que mantener fuera, en la exterioridad. La política lo representa como una amenaza, aquello que vendría a perturbar la paz, la tranquilidad de los nacionales. La política lo construye como delincuente, y de este modo justifica *formas del gobierno del miedo*. Frente a éste se ejerce la represión. De este modo, la política busca contruir consenso, capital político, busca legitimarse. Se exagera el nacionalismo y la distinción nosotros y aquellos. El Estado adquiere la función punitiva, de tolerancia cero. Persigue, acosa, ejerce su puño de hierro.

Ciertamente podía haberse priorizado la seguridad del migrante. Se habría podido tutelar y atender sus necesidades básicas. Como es sabido, el migrante irregular, se encuentra constantemente en condiciones de inseguridad, en condiciones de vulnerabilidad. En su trayecto, los caminos por los que transita son riesgosos, asimismo, está latente el asedio del crimen organizado que busca beneficiarse, explotar al migrante, está latente la discriminación de los nacionales, el asedio de la policía fronteriza. Se practica lo que Baumann llamaba mixofobia, el rechazo al otro. Los migrante padecen carencias, tienen dificultades para satisfacer sus necesidades vitales, entre muchas otras circunstancias.

En torno al principio seguridad se puede oscilar de un Estado punitivo a un Estado social, todo depende de como se interprete el principio, el significado que se le atribuya.

En todo caso, se ha tendido a la represión, a la punición, y a generar lo que Pierre Bourdieu llamaba *ritos de institución*, esto es, la práctica gubernamental de hacer visible la exclusión, el rechazo, para que la política se legitime como defensora de la seguridad.

El iluminismo se ha vuelto contra sí mismo. A través de los principios del humanismo se ha generado lo opuesto: agresión, violencia.

En los últimos años un ius filósofo ha indicado que en torno al contractualismo contemporáneo se debe anteponer la axiología de los derechos sociales. Que las condiciones de legitimidad del contrato social han cambiado, que la seguridad y la vida que se debe priorizar es la de los sujetos más débiles, que se deben tutelar las necesidades vitales de aquellos que no pueden proveerselas por si mismos.<sup>13</sup> Sin embargo, se puede decir que en la constitución no hay un *deber ser*, que el derecho construye lo que usa como fundamento. Y se olvida que los principios no dicen nada sobre la resolución del conflicto entre los mismos: la libertad, la seguridad de quién.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, "Derechos sociales y esfera pública mundial", en Espinoza de los Monteros, Javier (Coord.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

<sup>14</sup> Cfr. Luhmann, Niklas, *La paradoja de los derechos humanos*, *Op. cit.*, p.

## 2.2 Estado punitivo y migración centroamericana

El libre tránsito y acceso a los países no es un problema para todos los migrantes. Las restricciones de la movilidad solamente son para una determinada clase de sujetos. En efecto, la mano de obra calificada, el turista que tiene la posibilidad de costearse ellos son, por decirlo así, ciudadanos del mundo. De este modo, se produce lo que el sociólogo Zygmunt Baumann llama: las jerarquías globales de la movilidad.<sup>15</sup>

Los Estados seleccionan el acceso. En efecto, “Los Estados modernos -indica Castle- no tratan igual a todos los migrantes, sino que, en cambio, seleccionan y diferencian según sus intereses nacionales percibidos.”<sup>16</sup>

Los migrantes del triangulo norte son aquellos que emprenden su marcha ya que en su país de origen ellos paden violencia, problemas de inseguridad, falta de oportunidades laborales, pobreza extrema. Ellos buscan mejores condiciones de vida para ellos y su familia.

En su tránsito son objeto de políticas punitivas. Ellos son construidos y tratados como criminales. En México la prácticas punitivas son de hecho. Ellos son retenidos por largo tiempo en las estaciones migratorias, en condiciones insalubres y se mantienen incomunicados. A ello se le ha considerado, equiparado a una práctica de tortura.

México ha fungido como la extensión del brazo de hierro de Estado Unidos. Ha contenido a los migrantes. La militarización de la frontera sur se ha justificado por el Estado mexicano aduciendo que es por humanidad. Para que los protejan del crimen organizado. En realidad ha sido para expulsarlos, para evitar que lleguen al territorio norteamericano.

La política trumpista ha utilizado este discurso de odio para legitimarse, para contar con capital político. Se apela al discurso de la seguridad. Y mediante el se justifica la represión. Los migrantes son el mal que hay que extirpar, aquellos que hay que poner a distancia. Se reafirma así un pseudo nacionalismo. La política difunde el miedo, la inseguridad. Se aduce que los migrantes son los que cometen los crímenes, que ellos vienen a apoderarse de los trabajos de la población, que viene a aprovecharse de los servicios de salud. La política promete y declara acabar con la migración.

Se trata en realidad de una falacia. La migración no se puede contener. Al contrario se espera el aumento de los flujos migratorios. Se trata de una política fallida. Como ha demostrado

---

<sup>15</sup> Cfr. Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

<sup>16</sup> Castles, Stephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”, en *Migración y Desarrollo*, México, v. 7, n. 15, 2010, p. 54.

la socióloga Saskia Sassen: sale más cara la política de la contención ya que se invierten muchos recursos en tecnología, en guardias fronterizos, en la construcción de muros, y todo ello ha sido poco eficaz.

Se ha discutido quién debe ser el que se encargue de satisfacer las necesidades del otro, del migrante. Sobre quién debe caer la responsabilidad. ¿A caso deben ser los Estados de origen que no han podido atender, que han incumplido con sus obligaciones, de ofrecer seguridades y que han propiciado el exodo de sus nacionales? ¿O bien debe ser el Estado receptor el que tenga que hacer frente?

Como ha dicho Raffaele De Giorgi, citando a Novallis: humanidad -nostros diríamos, la fraternidad- es un rol humorista.

## **BIBLIOGRAFIA**

BAUMAN, Zygmunt, **La globalización. Consecuencias humanas**, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

CÁRCOVA, Carlos. **Acerca de las funciones del derecho**, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 9, 1988.

CASTLES, Stephen. **Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales**”, en *Migración y Desarrollo*, México, v. 7, n. 15, 2010.

COSTA, Pietro. **Democrazia politica e Stato costituzionale**, Napoli, ESI, 2006.

COSTA, Pietro. Derechos, en Fioravanti, Maurizio (Ed.). **El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho**, (M. Martínez Neira, Trad.), Madrid, Trotta, 2004.

DE GIORGI, Alessandro. **Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa**, *Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012.

DE GIORGI, Raffaele. **Ecología de los derechos humanos** (J. Espinoza de los Monteros, Trad.). En J. Espinoza de los Monteros Sánchez et al. (Coords.), *Tendencias constitucionales para el siglo XXI en materia de Derechos Humanos. Colección de Estudios en torno al Centenario de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos sociales y esfera pública mundial**, en Espinoza de los Monteros, Javier (Coord.), *Los derechos sociales en el Estado constitucional*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

GZESH, Susan. **Una redefinición de la migración forzada con base en los derechos humanos**, *Migración y desarrollo*, núm. 10, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos**, en *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. 55 Núm. 64, 2010.

KAUFMANN, Arthur. **La universalidad de los derechos humanos**. Un ensayo de fundamentación, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 38, 1998.

LA TORRE, Massimo. **Il diritto contro se stesso**. *Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, 2020.

LUHMANN, Niklas. **La paradoja de los Derechos Humanos**. *Tres escritos sobre política, derecho y Derechos Humanos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

VIOLA, Francesco. **¿Los derechos humanos son derechos naturales?**, en *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, 2013.

**Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 26/11/2024**

## FLUXO DE DADOS, PROVA E PROCESSO PENAL

### *DATA FLOW, PROOF AND CRIMINAL PROCEDURE LAW*

Daniela Eilberg<sup>1</sup>

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*

#### **Resumo:**

A mudança paradigmática do procedimento probatório penal não deriva das propriedades da prova digital em si, mas do processamento massivo de dados, do protagonismo do setor privado em atividades tradicionalmente públicas e de competência de sujeito processual, bem como da reformulação da garantia de jurisdição em razão do caráter transnacional da prova digital. A partir do deslocamento do centro informativo do processo penal à investigação, o tratamento de dados em massa redireciona o foco da esfera privada à esfera da autodeterminação informacional, introduzindo discussões cruciais acerca do contexto da finalidade e transmissão de dados. Este artigo discute o fluxo de dados durante a investigação criminal e o procedimento probatório penal, a legitimidade do levantamento desses dados, o compartilhamento entre diferentes atores para diferentes finalidades, e o uso secundário de tais dados para a finalidade de produção probatória. A partir de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial brasileira, o objetivo deste artigo é assentar premissas para uma dogmática de compartilhamento de dados no campo penal.

#### **Palavras-chave:**

Prova digital. Processo penal. Compartilhamento. Uso secundário. Proteção de dados.

#### **Abstract:**

The paradigmatic change in criminal evidentiary law is not an immediate outcome of the digital evidence properties itself, but from the massive processing of data, the leading role of the private sector in activities traditionally public, and the reformulation of jurisdiction due to the transnational nature of digital evidence. By shifting the information center to the criminal investigation, the mass processing of data changes the focus from the private sphere to the informational self-determination sphere, introducing crucial discussions on the context of the purpose and data sharing. This article discusses the data flow during criminal investigation and evidentiary procedures, the legitimacy of collecting such data, the data transferring and sharing between different actors for different purposes, and the secondary use of such data for criminal evidence purposes. Based on a bibliographic review and Brazilian case law analysis, the objective of this article is to establish premises for a theory on data sharing for the purposes of the criminal prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences.

#### **Keywords:**

Digital evidence. Proof. Criminal procedure law. Data sharing. Secondary use. Data protection.

## 1 INTRODUÇÃO: FLUXO DE DADOS DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO PENAL

O “giro” tecnológico da investigação criminal e do procedimento probatório não deriva das propriedades da prova digital. O caráter volátil, frágil e imaterial define apenas os métodos e as ferramentas a serem utilizadas para o manejo do vestígio digital e a preservação de sua integridade e confiabilidade. Vestígios digitais utilizados para investigação criminal não são novidade restritas aos últimos anos. Se percorrermos um breve histórico de mais de sete

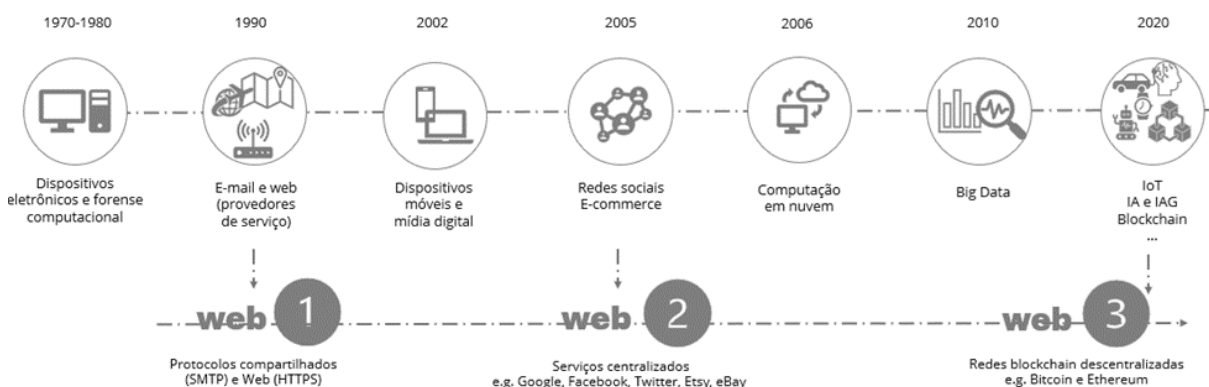
---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestra com Louvor pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS - Bolsista CAPES. Spring School Berkeley Law AI (Artificial Intelligence) Institute da University of California (2023). Oficial de Projeto de Cibercrime no Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

décadas, observamos a transição das fontes tradicionais da forense digital (*e.g.* computador, laptop, celular, smartphone, tablet) aos novos desafios enfrentados, tais como a computação em nuvem, Internet das Coisas (*Internet of Things –IoT*), IA (Inteligência Artificial), IAG (IA Generativa), e redes descentralizadas de *Blockchain*. No entanto, os desafios e dilemas se impõem quando passamos a observar que certos marcos da transformação tecnológica começaram a provocar profundas mudanças nos métodos de investigação criminal no contexto global, principalmente no que diz respeito ao processamento e armazenamento de dados em massa, afetando específicas características da produção probatória digital.

A mudança paradigmática do sistema, portanto, está relacionado principalmente i) ao papel central que o setor privado assume no controle dos dados a serem utilizados pelas investigações; ii) à alteração do centro informativo do processo da instrução processual à investigação<sup>2</sup> ou às atividades securitárias, em decorrência da era digital<sup>3</sup> e à reformulação da garantia de jurisdição em razão do caráter transnacional da prova digital; e iii) ao deslocamento da esfera privada para o da autodeterminação informacional essencialmente por conta da era do Big Data e da algoritmização do direito e do processo (BARONA VILAR, 2021), introduzindo discussões e problemas cruciais acerca do contexto da finalidade e transmissão de dados.

Figura 1: Os marcos tecnológicos da investigação criminal e da produção probatória



Fonte: EILBERG (2024, p. 33).<sup>4</sup>

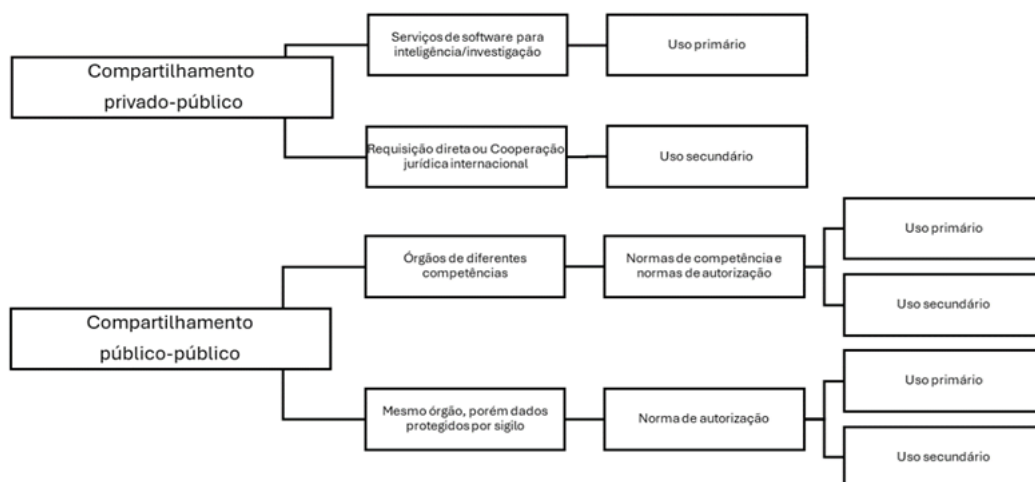
<sup>2</sup>Ao desenvolver como os maxiprocessos antecipam o local da resolução da lide para a investigação preliminar a partir da “produção antecipada de informação válida para julgamento antes de serem aplicáveis as garantias processuais”, Antonio E. R. Santoro explora as lições de Ferrajoli sobre as características que acreditamos muito bem se adequarem não apenas aos maxiprocessos, mas a todos os demais processos que não possuem cobertura midiática massiva (2020, p. 88-90).

<sup>3</sup> Stanislaw Tosza explora como a natureza do capitalismo digital, que é baseada na produção massiva de dados, resulta na transformação da comunicação da era pré-internet (e-mail e mensagens instantâneas) pelo fato de os provedores de serviço coletarem cópias ou metadados que os correios não costumavam guardar com relação às cartas. (TOSZA, Stanislaw, 2023, p. 164).

<sup>4</sup> A imagem foi inspirada em diversas artes. Ver: a16z State of Crypto; Oxygen Forensics; Medium.

O fluxo de dados e sua transmissão em um contexto probatório brasileiro de hipermassificação (BAUDRILLARD, 2003; VIRILIO, 1999)<sup>5</sup> informativa evidencia as problemáticas da fusão informacional (ESTELLITA, 2022) entre órgãos de inteligência e órgãos de persecução penal, basicamente exercida através do compartilhamento de dados.<sup>6</sup> Essa transmissão se dá em três diferentes contextos: i) entre órgãos de setores privados e público (cujo uso será primário, isto é, dentro da finalidade que justificou a coleta, ou secundário,<sup>7</sup> qual seja, distinto do fim que legitimou a coleta); ii) entre órgãos do setor público com diferentes competências (e, portanto, cujo tratamento de dados possui diferente finalidade); iii) entre agentes de mesmos órgãos, porém compartilhamento automático de dados protegidos sob sigilo sem autorização prévia e com finalidade de tratamento diversa da que legitimou o seu levantamento.

Figura 2: Cenários de compartilhamento de dados no contexto penal



Fonte: EILBERG (2024, p. 34).

O processamento massivo de dados pode representar grave ingerência a direitos fundamentais e o caminho para um diálogo com a proteção de dados é a compreensão do

<sup>5</sup> Chamaremos de hipermassificação informativa processual ao adotar ideias de Paul Virilio e Jean Baudrillard da “hipermassificação” e do “simulacro” em razão dos efeitos da internet.

<sup>6</sup> O art. 5º, inciso X da LGPD determina o compartilhamento de dados como uma operação de tratamento de dados.

<sup>7</sup> A conceituação de “uso secundário” está diretamente relacionada ao princípio da finalidade. Nas palavras de Viktor Mayer-Schönberger e Kenneth Cukier “*The system takes information generated for one purpose and reuses it for another – in other words, the data moves from primary to secondary uses. This makes it much more valuable over time. (...) [The] sets of data find secondary uses – and new value – when they’re applied to a completely different purpose. (...) In short, data’s value needs to be considered in terms of all the possible ways it can be employed in the future*” (2014, p. 103). Daniel Solove buscou realizar uma taxonomia da privacidade, em que classificou quatro grupos de atividades prejudiciais: a coleta, o processamento, a disseminação e a invasão dos dados. O “uso secundário” seria um tipo de processamento de dados (2006, p. 519).

processo penal concebido como uma verdadeira gestão de dados. Por isso, é importante pensar a forma de tratamento mais adequada em cada uma das fases do ciclo de vida dos dados (acesso/coleta, processamento, análise, compartilhamento, armazenamento, reutilização e eliminação<sup>8</sup>) na persecução penal – ou, pelo contrário, identificar quando tal tratamento dos dados é inadequado. Joaquín Delgado Martín (2022, p. 34) desenvolve muito bem esse paralelo: a coleta do dado é o que condiciona a legitimidade da sua obtenção – que está diretamente ligada à (i)licitude da prova. É no tratamento desses dados que as questões relacionadas à suscetibilidade dos dados dos processos judiciais e à necessidade de cibersegurança<sup>9</sup> ganham foco. É, ainda, no processamento desses dados a partir das tecnologias emergentes de IA e *blockchain* – tanto para a resolução de conflito como para os meios de prova – que emergem novas contendas.

A gestão de dados do processo penal vem da compreensão também de que os órgãos de segurança pública e de persecução penal assumem um papel de controlador dos dados coletados para fins penais (COE, 2018). Portanto, como qualquer processamento de dados, a sua gestão estará suscetível à incorreta governança. No caso do campo penal brasileiro, tal gestão é fortemente embasada em uma lógica securitária, herança de um processo penal autoritário cujos vieses escancaram, ao final, problemáticas estruturais do sistema brasileiro, tais como a filtragem racial. A determinação de quem, quando e como se pode acessar um dado está constantemente suscetível às mais variadas formas do vigilantismo digital; no entanto, a vigilância à qual toda a população está exposta é massivamente exercida para a finalidade penal sobre corpos específicos no cotidiano brasileiro.

Dentre todas as possibilidades de interpretação que se podem fazer sobre a coleta massiva e qualificada de dados no campo penal, é crucial diferenciar um mesmo dado que, a depender do contexto, pode configurar como fonte de prova, elemento probatório ou meramente um elemento informativo digital e, portanto, identificar o que legitimou a sua obtenção e os requisitos legais para o seu compartilhamento pelo controlador, operador ou co-controladores para terceiros. A determinação de como esse dado se configura é feita quando se observa a qual fase do procedimento probatório a finalidade do levantamento se refere, de modo que o controle

---

<sup>8</sup> Art. 5º, X, da Lei Geral da Proteção de Dados: “X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

<sup>9</sup> No relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, de 2013, da Relatoria de Liberdade de Expressão, a cibersegurança aparece como direito da sociedade e do indivíduo.

processual e material serão ferramentas para conter as indevidas imbricações dos meios de inteligência, aos meios de investigação e aos meios de prova.

A vigilância refletida no combate à criminalidade organizada (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 22-23) é acompanhada pela transmissão de dados em diferentes contextos: i) as representações cuja ordem judicial foi de sincronização automática das contas indicadas ou vinculadas ao IMEI informado de forma compulsória e velada ao usuário; ii) os e-mails trocados, objetos de interceptação conforme Lei n.º 9.296/96; iii) os dados armazenados na caixa de entrada, rascunho, lixeira e drive, objetos de quebra de sigilo; iv) os dados digitais retidos pelas empresas, objetos de cautelar probatória busca; v) os casos de suspensão do WhatsApp por ausência de *backdoor* na criptografia; vi) a necessidade de preservação rápida de dados digitais pelos provedores; vii) o dever de retenção dos provedores.

A produção massiva de dados em momento anterior às garantias processuais conhecidas no processo penal analógico gera a compreensão de que há deslocamento da produção probatória à investigação. Tal confusão é consequência da hipermassificação informativa processual, em parte identificada pela doutrina na discussão dos denominados maxiprocessos (FERRAJOLI, 2011). O escambo entre as funções investigativas com as securitárias é acompanhado pela “mutação substancial do modelo clássico penal” com o acréscimo dos meios de investigação (SANTORO, 2020, p. 88-90). Para além do *boom* da justiça negociada e os efeitos das Operações no Brasil para a transmutação dos maxiprocessos, temos a obtenção massivas de dados durante momentos pré-processuais, o que traz consigo questionamentos das exceções ao contraditório para as denominadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas ou, ainda, o que de fato constitui prova antecipada, cautelar e não repetível no contexto de investigação digital.

## 2 A LEGITIMIDADE DO LEVANTAMENTO DE DADOS

A alteração significativa dos métodos de policiamento e de investigação pelo uso de tecnologia reascende problemáticas antigas e evidencia novas. O ponto de partida está na diferenciação do desafio contemporâneo do campo probatório – cujas previsões dogmáticas e normativas atuais não dão conta de resolução – de um “velho novo” (SALT, 2016, p. 8) desafio – sobre os quais propostas de previsão legal já estão obsoletas – e do que se trata, de fato, de um desafio nada mais que tradicional, porém sofisticado pela tecnologia.

Antes de observar o embasamento do compartilhamento do dado em si, notamos a finalidade que legitimou a coleta do dado e seu uso para fins de investigação criminal. No ciclo

de vida dos dados, temos em seu início da cadeia de etapas a coleta/levantamento. Pode ser que a base legal da coleta seja a mesma que a do uso (*e.g.* interceptação da comunicação, cuja finalidade é investigativa e probatória) ou pode ser que a finalidade seja diferente da finalidade que legitimou a coleta do dado (*e.g.* pedidos realizados aos prestadores de serviço de dados coletados para fins comerciais) e seja diferente da finalidade de investigar. Se a base legal da finalidade que legitimou a coleta do dado é diferente da finalidade de investigação/produção probatória/persecução penal, estamos falando de um “uso secundário”.

Assim, o condicionamento dos acessos e usos dos dados pela autoridade policial precisa estar previsto em lei explicitamente a partir de requisitos materiais de causa e proporcionalidade ou autorização judicial. No entanto, há “falta de profundidade e clareza quanto aos princípios normativos subjacentes aos traços fundamentais da articulação entre privacidade e segurança no direito constitucional” (ABREU, 2022, p. 300) brasileiro. A privacidade e a segurança aparecem na jurisprudência constitucional (ABREU, 2022, p. 217) brasileira primordialmente em decisões sobre sigilo bancário, inviolabilidade do domicílio, sigilo de documentos e correspondência, sigilo profissional, sigilo das conversas orais privadas, sigilo de registros telefônicos, dados pessoais (dados cadastrais), dados pessoais sensíveis (DNA) e sigilo telemático.

Jacqueline Abreu elabora como os critérios de prerrogativa de acesso estabelecidos pelo processo penal, que desconsideram até mesmo o caráter dos dados sensíveis, precisam refinar os critérios da justa causa, além da própria regulação do tratamento de tais dados (SALT, 2016, p.301-302). Seriam, portanto, esses padrões de justificação (de justa causa) que careceriam de mais bem fundamentadas razões decisórias para as quebras de sigilo. Com base nas reflexões de Daphne Renan (RENAN, 2016, p. 1052) a pesquisadora destaca a necessidade de “métrica individualizada das causas suficientes para acreditar que medidas de vigilância (que acarretam obtenção de informações) sobre certas pessoas mostrarão elementos de prova de atividade criminosa” (ABREU, 2022, p. 308).

No Brasil, temos direitos e remédios constitucionais, garantias fundamentais e sanções previstas ao indevido tratamento de dados – sejam eles abarcados pelo princípio do sigilo da comunicação, seja pela proteção de dados. A previsão às dimensões das comunicações positivas (direito à liberdade de expressão, no inciso IV do art. 5º da CF) e negativa (direito à privacidade inciso IX do mesmo dispositivo, e direito ao sigilo no inciso XII, do mesmo artigo), no entanto, ainda enfrentam fragilidades como “as disputas interpretativas [...] [que] repercutem no grau de proteção que esses direitos garantem contra a vigilância indevida de autoridades do Estado sobre comunicações” (INTERNETLAB, 2020, p. 20).

Essa problemática se evidencia quando o objeto da proteção ao sigilo previsto constitucionalmente está em jogo. Disputas sobre o que estaria sob sigilo – o conteúdo em si ou o fluxo das informações comunicadas –, além das exceções previstas no dispositivo que permitem a quebra de sigilo (INTERNETLAB, 2020, p.20) exigem a valorização da privacidade mesmo de dados telemáticos cujo caráter é estático. A relativização da garantia constitucional é infundada, pois “falsa a noção de que o fluxo de comunicações só seria violável pelas comunicações telemáticas e telefônicas na forma da Lei nº 9.296/96” (INTERNETLAB, 2022, p. 301). É preciso também estender a noção de intimidade e vida privada que é dada às empresas quando tratam do sigilo bancário e quando analisamos o sigilo das comunicações.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.416/SC pelo STF em 2006 é exemplo de caso em que se fez uso do próprio direito fundamental (direito ao sigilo) para justificar a sua restrição. O processamento massivo de dados também adere à pauta da jurisprudência brasileira com outro importante caso de Repercussão Geral do Tema nº 1148,<sup>10</sup> cujo *Leading case* no STF é o RE nº 1.301.250. No julgamento pelo STF em 2006 do Recurso Extraordinário 418.416/SC, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence fundamentou que o sigilo da proteção constitucional não se referiria às informações comunicadas, mas apenas ao fluxo delas. Em contrapartida, dentre as disputas existentes, a doutrina brasileira já admitiu a extensão da interceptação das comunicações à interceptação de dados, “em caráter excepcional, desde que o conteúdo não fique armazenado” (BADARÓ, 2010, p. 499) (pois então seria o caso de busca e apreensão do dispositivo), bem como a extensão para a compreensão do e-mail como uma forma de comunicação eletrônica, de modo a não se permitir sua interceptação, mas apenas apreensão. No entanto, o entendimento majoritário não estendeu o sigilo das comunicações pela telefonia para os fluxos de dados, comunicações telemáticas, ou cartas, o que deságua na exclusão da previsão constitucional quando se trata de dados de conteúdo e metadados (INTERNETLAB, 2022, p. 37).

A decisão acima mencionada teve seu entendimento reafirmado em um julgamento pelo STJ no ano de 2021, pela decisão sobre o Ag. Reg. no Ag. em Recurso Especial nº 1.910.871/RS, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e no ano de 2016, pelo Recurso em Habeas Corpus nº 75.800-PR, reforçando o entendimento do corpo jurisprudencial brasileiro de que dados armazenados não gozariam da mesma proteção do direito ao sigilo das comunicações (INTERNETLAB, 2022, p.29). Em contrapartida, o STF sobre o HC nº 168.052, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, enfrentou a doutrina da não extensão do sigilo aos dados

---

<sup>10</sup> Tema 1148 - Limites para decretação judicial da quebra de sigilo de dados telemáticos, no âmbito de procedimentos penais, em relação a pessoas indeterminadas.

armazenados e interpretou a partir da Lei nº 12.965/2014 e declarou a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao celular sem autorização prévia. Além disso, declarou a ilicitude das provas derivadas do acesso indevido para observar conversas aplicativo WhatsApp, reafirmando o entendimento do HC n.º 91.867/PA.

O acesso a dados contidos nos celulares sem autorização judicial também possui outro importante *leading case*, ARE nº 1.042.075, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF no Tema nº 977.<sup>11</sup> A busca e apreensão dos dados armazenado em dispositivo eletrônico ainda tema incontroverso e de repercussão geral no Tema nº 977 teve decisão em que se reconheceu a ilicitude da prova por violação do sigilo das comunicações em razão do acesso ao celular encontrado fortuitamente sem autorização judicial.

Em 2020, no que tange ao levantamento de dados pelos órgãos de inteligência (especificamente as atividades da Agência Brasileira de Inteligência – Abin), o STF interpretou o dispositivo 4º, parágrafo único da Lei nº 9.883/99 (Lei ABIN), no sentido de reforço à reserva jurisdicional, requerendo a remoção dos dados compartilhados entre os órgãos de inteligência e os órgãos de investigação. O caso sobre a formação de dossiês de funcionários públicos foi julgado pela ADPF nº 722, momento em que se ressaltou a inexistência de interesse legítimo da coleta de dados respaldado pelo art. 3º da Lei nº 9.883/1999, convocando-se a aplicação da LGPD por não se configurar nenhuma das exceções previstas no art. 4º, inciso III.

Fato é que, atualmente, o sigilo da comunicação em fluxo está devidamente regulamentado pela Lei de Interceptações a partir de rigorosos requisitos (e, portanto, o acesso aos dados de conteúdo é restringido conforme a sua sensibilidade reconhecida). Contudo, os debates entornam nas demais categorias de dados (metadados) como determinante para a definição da necessidade ou não de autorização judicial prévia como requisito para a coleta. A tradicional relação do grau de proteção às diferentes categorias (cadastrais, de tráfego, de conteúdo) para determinação da reserva jurisdicional proveniente da dogmática alemã possui respaldo na Convenção de Budapeste e, na perspectiva nacional, no Marco Civil da Internet, mas é uma concepção ultrapassada que não dá conta dos desafios atuais das novas tecnologias, dentre os quais destacamos dois.

Em primeiro lugar, adotar o entendimento de que inciso XII, art. 5º é apenas para fluxo de comunicações (e não informações comunicadas armazenados) significa “assumir que informações cadastrais e metadados são menos relevantes à privacidade” (INTERNETLAB,

---

<sup>11</sup> Tema 977 - Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitativa e hábeis a identificar o agente do crime.

2022, p. 26). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu relatório de 2016 “*Estandares para una internet libre, abierta e incluyente*” (OAS, 2020) já evidenciava que a inclusão dos “metadados” na esfera do direito enquanto parte integral das comunicações seria necessária, permeando os desafios da proteção de dados, vigilância, monitoramento e interceptação, a criptografia e o anonimato.

A segunda questão está relacionada ao fato de que, em certos casos, tem-se atribuído o grau de proteção de dados cadastrais aos metadados – como é o caso da “porta lógica” do IP, em razão de um IP de uso compartilhado – a fim de ter mais facilidade para relativizar balizas por meio de interpretações “extensivas de um dever de retenção geral” (INTERNETLAB, 2022, p. 45) e por mudanças legislativas que alteram a necessidade de ordem judicial para seu acesso. Além disso, discussões sobre o IP dinâmico ser considerado dados de comunicação ou metadados rompem barreiras mais fortes de proteção desses dados, uma vez que ao invés de exigir maiores requisitos específicos conforme a lei e estabelecidos constitucionalmente na ordem judicial, basta a autorização fundamentada.

Nesse caso, o levantamento de dados pela polícia para identificação de pessoas que utilizaram buscador com termos específicos (quebra de sigilo de pesquisas de internet), bem como a massiva coleta de dados de geolocalização com individualização e identificação de todas as pessoas em um certo horário e local. O julgamento do STJ que teria determinado ao Google o fornecimento da lista de usuários que pesquisaram combinações de palavras relacionadas à vereadora Marielle Franco na semana anterior ao seu assassinato nos coloca mais uma vez diante da necessidade de pensarmos em limites ao levantamento e compartilhamento de dados de pessoas insuspeitas (ESTELLITA; GLEIZER, 2020) bem como a produção probatória baseada em dados de informação não necessariamente provenientes da comunicação entre pessoas-alvo de investigação. Ainda sobre o tema de sigilo das comunicações telefônicas, destacamos o ARE nº 1.042.075, abordado anteriormente, em que se discute a repercussão geral da possibilidade de acessar a agenda telefônica e o registro de chamadas do celular sem ordem judicial.

### **3 COMPARTILHAMENTO DE DADOS**

Uma das fases do ciclo de vida dos dados é a de compartilhamento de dados, entendida normativamente no ordenamento brasileiro como a “comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais” (art. 5º, inciso XVI da LGPD).

### 3.1 Compartilhamento de dados entre setor privado e público

O compartilhamento de dados do setor privado com o público traz implicações legais de diferentes cenários e perspectivas. O primeiro cenário diz respeito ao uso secundário dos dados levantados pelas *Big Techs*, cuja grande maioria de investigações se pautam. A princípio estamos falando de legitimidade do levantamento de dado para finalidade comercial, por exemplo, mas o problema aparece com seu uso para fins penais. Se anteriormente a tecnologia era restringida aos aparelhos eletrônicos, hoje os menores detalhes do cotidiano inerentes ao socializar de alguma forma envolvem coleta de dados e o subsequente armazenamento em alguma base de dados.

Ao serem bases de dados de serviços prestados pelo setor privado, o cenário de compartilhamento de dados tem os provedores de serviço com papel central em um contexto de atividade do poder público (investigar/processar). Os dados processados em massa pelas grandes corporações resultam na incorporação da cooperação do setor público-privado<sup>12</sup> como realidade (não regulada na maioria dos países) à investigação e, portanto, à produção probatória digital. Assim, as questões jurídicas que se sobressaem desse cenário envolvem tanto a necessidade de cooperação jurídica internacional ou não frente aos pedidos de auxílio direto (questionando-se o tradicional sistema de acordo de cooperação mútua em matéria penal) como o dever de retenção e preservação (e, portanto, os serviços que envolvem criptografia e a necessidade ou não de existir um *backdoor*).<sup>13</sup>

O segundo cenário concerne às empresas privadas de forense digital que estão coletando e processando os dados com base no uso primário que é justamente a investigação ou inteligência. Essa vigilância privada realizada em nome do Estado, porém pautada por políticas de interesses econômicos, pode (re)configurar o espectro de vigilância massiva,<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> O que, no entanto, não é novidade. Nilo Batista aponta a ilusão de que a “concentração do poder penal que implica a construção de pena pública jamais se exerce sem a participação privada das classes sociais dominantes” (BATISTA, 2002, p. 88). Quanto ao ponto, reflexão trazida pelo Geraldo Prado em banca de qualificação desta tese, os trinômios “crime-punição-controle social” e “verdade-prova-prova digital” são verdadeiros “subterfúgios retóricos do Poder e a tendência dos juristas de camuflarem a tensão política subjacente à incriminação de condutas e punições de agentes”. Notavelmente, Geraldo Prado chama aos desafios que o poder penal delega à esfera privada não por outra razão, vez que notamos a privatização por meio da investigação digital.

<sup>13</sup> Na computação, o conceito de “backdoor” (porta dos fundos) refere-se ao método de transpassar a autenticação tradicional e, na criptografia, refere-se à possibilidade de ter acesso à informação encriptada sem possuir as corretas credenciais. (STANFORD, 2020).

<sup>14</sup> Não apenas a vigilância massiva mas a espionagem estatal, que abandona os motivos meramente políticos e/ou de segurança nacional/pública e se direciona aos ganhos comerciais da exploração de dados por meio de parcerias entre Estado e empresas, o que exige limites. In: WATT, 2021, p. 775.

razão pela qual a legitimidade da coleta para essa finalidade precisa estar regulamentada e ser periodicamente fiscalizada. Além disso, a própria LGPD no dispositivo em que excetua o tratamento para fins de segurança pública e investigação criminal, dispõe no §4º, art. 4º que “[e]m nenhum caso a totalidade dos dados pessoais de banco de dados de que trata [as exceções] do artigo poderá ser tratada por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público”.

Assim como outras indústrias possuem certificação para fornecer serviços (ainda que na capacidade privada) de interesse público, a indústria da forense digital utilizada para atividades de inteligência ou de investigação também deveria passar por regulamentação. Por isso, entendemos as avaliações de impacto regulatório (de vigilância) (BIONI; EILBERG; CUNHA; SALIBA; VERGILI, 2020, p. 10-12) que instrui o processo legislativo como necessariamente produzidas pela Autoridade Nacional da Proteção de Dados ou o Conselho Nacional de Justiça ou, ainda, em uma perspectiva de inovação regulatória, como proposto pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, de um “Conselho Nacional de Proteção de Dados de Segurança Pública” (BIONI; EILBERG; CUNHA; SALIBA; VERGILI, 2020, p. 25-26), o qual deveria ser um conselho multissetorial inspirado no art. 58-A da Lei Geral de Proteção de Dados para atuar com atribuições consultivas, deliberativas e de fiscalização.

Somado à avaliação de vigilância (produzida pelos legisladores) estão os relatórios de impacto (produzidos pelos controladores e apresentados à Autoridade Nacional de Proteção de Dados). Adicionar informações sobre a confiabilidade dos dados coletados quando os algoritmos do *software* não são auditáveis, por conta do segredo comercial ou industrial (*black box*<sup>15</sup>), seria uma forma de compensar as assimetrias informacionais quanto aos relatórios de impacto de vigilância de *softwares* utilizados para inteligência e investigação, já que o contraditório da prova digital dependerá de questões principalmente relacionados à confiabilidade no sentido jurídico e não da forense digital (STOYKOVA, 2023).

### **3.1.1 Cooperação jurídica internacional: acordo de cooperação mútua em matéria penal (MLAT) ou requisição direta**

“A primeira e mais importante restrição imposta pelo direito internacional a um Estado é que [...] a jurisdição é certamente territorial; não pode ser exercido por um Estado fora do seu

---

<sup>15</sup> O conceito de inteligência artificial *Black Box* refere-se opacidade das tecnologias dos modelos de inteligência artificial, as quais não fornecem informação acerca de como os sistemas decidem ou tomam resultados, isto é, de como os algoritmos são alimentados.

território, exceto em virtude de [...] convenção”<sup>16</sup> – assim estabelecia o emblemático caso *Lótus* no Tribunal Penal Internacional, em 1927. Esse princípio da territorialidade, como entendido pela corte internacional, hoje enfrenta dificuldades de concretização no mundo digital transfronteiriço. Vale ressaltar que o acesso transfronteiriço a dados traz consigo o diálogo de jurisdições cujas tradições jurídico-penais foram construídas e consolidadas a partir de premissas que se diferem, razão pela qual indevidas analogias e paralelismos são feitos.

Na reconfiguração tecnológica promovida pela inovação, as plataformas tecnológicas tornam-se novos mundos que redesenham configurações completamente diferente, como é o caso do setor de serviços de computação em nuvem, em que a maioria dos serviços não pertencem apenas às empresas que os prestam, mas são fornecidos por outras empresas que o desenvolvem. Atualmente, na “guerra das nuvens” a *Amazon AWS*, *Microsoft Azure* e *Google Cloud* (A16Z, 2022)<sup>17</sup> ocupam mais de dois terços do mercado.<sup>18</sup> Além de noticiar cada vez mais uma maior substituição de dispositivos por softwares de nuvens, a contratação de provedores de serviço também anuncia o velório do princípio da territorialidade. À medida em que as nossas socializações do cotidiano são atravessadas pelo uso de plataformas e serviços prestados por empresas que estão localizadas em um país e, por vezes, armazenam os dados em um terceiro país. E mais, servidores (servidores, cabos submarinos e provedores de acesso) que estão nos mais variados países podem ser utilizadas de acordo com as necessidades de cada empresa.

É nesse cenário do mundo virtual de crise identitária do princípio da territorialidade que se intensificam os desafios quando temos os sistemas de computação em nuvem (RAMALHO, 2014, pp. 95-122) e de prestação de serviços de *softwares* – que refletem importantes consequências na cooperação jurídica internacional em matéria penal (SALT, 2016). O caso da prestação dos serviços em nuvens recai sobre a questão de arquivos armazenados em nuvens em uma jurisdição, cujo serviço prestado é fornecido por empresas de outra jurisdição, e que, por vezes, podem ter a custódia de controle dos dados por uma terceira jurisdição (SALT, 2016, p. 9), provocando a tradicional cooperação jurídica internacional. Também trata dos casos em que não há *backup* no dispositivo, e, portanto, estão essencialmente

---

<sup>16</sup> No original: “*The first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention*”. S.S. *Lotus* (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) N. 10 (Sept. 7). (Grifo nosso).

<sup>17</sup>Entrevistado: Michael Dell. Entrevistadores: Marc Andreessen, Martin Casado e Sonal Choksh.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://www.srgresearch.com/articles/huge-cloud-market-is-still-growing-at-34-per-year-amazon-microsoft-and-google-now-account-for-65-of-all-cloud-revenues> . Acesso em 10 out. 2022

armazenados na nuvem (em estranha jurisdição) e a (im)possibilidade dos *first responders*,<sup>19</sup> acessarem tais dados diretamente sem cooperação jurídica internacional.

Acionar a prática jurídica das novas realidades, à medida em que os elementos de prova digitais – basicamente os dados – começam a substituir, de alguma maneira, os elementos físicos, exige voltar às mudanças e percebê-las dentro de uma compreensão de desterritorialização do poder punitivo para reafirmar um lugar que não necessariamente é geográfico, mas de autoritarismos. Não fosse esse o terreno, não estaríamos discutindo formas de mitigar os danos do sistema em termos de controle da (i)legalidade de uma prova no processo penal.

Quando verificamos casos em que o compartilhamento de provas é feito de um país de *common law* a outro de tradição *civil law* evidenciamos que o procedimento probatório foi postulado, adquirido e produzido em um terreno cuja compreensão fundamental da culpabilidade se dá por meio do pressuposto de um elemento mental extremamente afundado na “febre subjetivista”<sup>20</sup> e que descontextualizam as bases fundantes do processo penal brasileiro, percebemos que a tecnologia tem a capacidade de corte transversal e de promover uma verdadeira tensão cuja solução ampara-se na aproximação efetiva das dogmáticas da proteção de dados, penal material e processual penal.

Algumas iniciativas internacionais preveem tal compartilhamento. O princípio da territorialidade já vem sendo discutido pela comunidade internacional, como no Segundo Protocolo da Convenção de Budapeste, bem como as iniciativas do “Pacote *E-Evidence*” no contexto europeu – que apostam em tentativas de harmonização dos pedidos de produção e preservação da prova digital envolvendo prestadores de serviços independentemente de onde estiverem localizados. Com a vigência das duas importantes normativas para a coleta de prova digital em processos penais transnacionais, quais sejam o Regulamento nº 2023/1543 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia<sup>21</sup> e a Diretiva nº 2023/1544 do Parlamento Europeu e do Conselho,<sup>22</sup> “dois elementos de design regulatório” de tais normativas são considerados de “impacto regulatório revolucionários” (TOSZA, p. 169): a aposta em uma

---

<sup>19</sup> Primeiros policiais ou investigadores a entrarem em contato com a cena do crime e com os dispositivos digitais. “O termo *first responders* refere-se às primeiras pessoas (usualmente profissionais de segurança pública) que atendem ao local de crime. Optou-se nesta tradução, pela manutenção do termo original” (UNODC, 2010).

<sup>20</sup> Nos anos 80, Ashworth traz a crítica de como os juristas estão afetados pela “febre subjetivista” por meio da elasticidade da *mens rea* (ASHWORTH, 1981. p. 45).

<sup>21</sup> Regulamento (UE) 2023/1543 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2023, “relativo às ordens europeias de produção e às ordens europeias de conservação para efeitos de prova eletrônica em processos penais e para efeitos de execução de penas privativas de liberdade na sequência de processos penais”.

<sup>22</sup> Diretiva (UE) 2023/1544 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2023 “estabelece regras harmonizadas aplicáveis à designação de estabelecimentos designados e à nomeação de representantes legais para efeitos de recolha de prova eletrônica em processos penais”.

alternativa à tradicional concepção de soberania, com redefinição da natureza do conceito de territorialidade, e a reformulação da cooperação transnacional baseada no reconhecimento mútuo. A comunidade internacional também possui outras iniciativas globais de regulação do cibercrime e da prova digital, como a Convenção da ONU que vem sendo elaborada pelo Comitê *Ad Hoc* liderado pelo Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crimes (UNODC).

Como Stanislaw Tosza acentua, devido à grande tendência dos agentes de *law enforcement* recorrerem à “cooperação voluntária” (requisição direta de dados) – e dada a ausência de regulação no campo – as empresas assumem funções tidas como públicas e passam a, de fato, analisar a proporcionalidade e a legitimidade dos pedidos (TOSZA, 2023, p.166) de acesso a dados; assim, configurada uma certa forma de privatização do *enforcement* (JØRGENSEN, 2019, p. 176) e da confiança mútua na área da justiça criminal” (MITSILEGAS, 2018, p. 263-265) no contexto global por meio do denominado processo de “externalização da investigação” (PRADO, 2019, p. 191-206). Ao assumirem papel protagonista na retenção e preservação de dados – vez que coletam, armazenam e tratam os dados ao qual as autoridades pretendem alcançar –, as grandes corporações digitais passam a realizar diligências de investigação e até mesmo monopolizam a *expertise* necessária para o tratamento de tais dados (PRADO, 2020) a partir da consequentemente elaboração do relatório de análise criminal (constante o laudo pericial ou não). Por essa razão, a regulamentação dessas empresas como sujeitos processuais (PRADO, 2020) é de notória necessidade.

Em razão da ausência de regulação, uma série de acordos de grandes empresas com as polícias e o Ministério Público, além da possibilidade dos *Law Enforcement Online Requests*, culminam em discussões jurídicas acerca das obrigações das Big Techs. Se observarmos o Portal de Transparência da Meta,<sup>23</sup> por exemplo, as estatísticas relacionadas ao Brasil, de janeiro a dezembro de 2023, são de 45.603 pedidos, dos quais aproximadamente 80,21% tiveram dados produzidos. Dentre os pedidos, 5.594 foram considerados solicitações de emergência por agentes de órgãos de persecução penal. O Portal de Transparência da Google, na mesma época, indica 33.062 pedidos, 2.094 solicitações de divulgação de emergência, e 1570 pedidos de preservação de dados.<sup>24</sup> No primeiro semestre de 2023, 71% das solicitações resultaram no fornecimento de dados e na segunda 75%. Por fim, a Apple, em seu Portal de Transparência,<sup>25</sup> a partir de estatísticas que no momento desta tese indicavam apenas o primeiro

<sup>23</sup> Ver: <https://transparency.meta.com/reports/government-data-requests/country/BR/>.

<sup>24</sup> Não indica, contudo, os tipos de pedidos, classificando como “outros tipos de pedidos”.

<sup>25</sup> O portal da Apple classifica os pedidos em i) dispositivos (pedidos que buscam dados de clientes relacionados com identificadores do dispositivo, como o número de série ou número IMEI); ii) identificador financeiro (pedidos relacionados aos identificadores financeiros como cartão de crédito ou cartão-presente); iii) conta (pedidos

semestre de 2023,<sup>26</sup> recebeu 5813 pedidos relacionados aos dispositivos com 17673 identificadores, dentre os quais 77% dos dados foram fornecidos; 18 pedidos com 121 identificadores financeiros, dos quais 78% foram concedidos, 3200 pedidos com 14584 dados de contas, dos quais 72% foram concedidos, e 82 pedidos de emergência, dos quais 74% foram concedidos.

Tais números exemplificam como funções tipicamente públicas, que Stanislaw Tosza (2023, p. 166) destaca – como a verificação da proporcionalidade e legitimidade de intervenção de direitos fundamentais –, passaram a ser exercidas pelas prestadoras de serviço, de modo que a maioria das autoridades de persecução penal vão tentar fazer uso da via de cooperação voluntária ao invés de partir à cooperação jurídica internacional – sem, no entanto, haver mecanismos de fiscalização<sup>27</sup> ou parametrização.

No campo da atividade probatória, as tensões se evidenciam quando um sistema reconhece a possibilidade de inclusão de qualquer prova, independentemente se legal ou ilegalmente obtida, como foi feito pela Corte Suprema do Canadá (POLYVIO, 1981, p. 228). No caso da Lava Jato e das mensagens trocadas pelos aparelhos da *Blackberry*, qual o juízo de obtenção dos dados que deveria ter sido aplicado, o da lei do local onde ocorreu a coleta ou o da lei da sede do provedor de serviço? E nos auxílios diretos, como promovemos uma harmonização que garanta segurança jurídica? Para além dos problemas da atipicidade, que são resultado e causalidade no país que recebe a prova, o país que a transmitiu não possui concepção da categoria de *tipo*. Quais os conflitos que se desdobram desse diálogo de jurisdições? E quais as alternativas aos acordos de cooperação mútua (lentos e obsoletos) frente à dinâmica da prova digital se ausente previsão em tratado internacional?

Sobrevieram inúmeras vezes durante as Operações realizadas no Brasil os acordos de cooperação jurídica internacional, principalmente em razão de crimes transnacionais que exigem uma prestação de informações jurídico-legais sobre dados telemáticos e informáticos ao Poder Judiciário Brasileiro envolvendo tratados internacionais e acordos em matéria penal. Por exemplo, nos casos de pessoas que vivem nos Estados Unidos (EUA), em que essas informações deveriam ser prestadas através do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria

---

relacionados aos identificadores de conta, como ID Apple ou endereço de e-mail); iv) push token (pedidos relacionados com tokens de serviço Apple Push Notification; v) Emergência: pedidos de dados em casos de emergência.

<sup>26</sup> Até a data de entrega deste artigo, não havia dados disponíveis com relação aos pedidos de julho a dezembro de 2023.

<sup>27</sup> Quanto ao ponto, Geraldo explorou anteriormente como o auxílio direto tem “atalhado o caminho das cartas rogatórias, lentas e ineficientes” uma harmonização com as expectativas do Estado do direito por meio de mecanismos de fiscalização do devido processo legal. In: PRADO, 2013.

Penal (*Mutual Legal Assistance Treaty – MLAT*), nos termos do Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001, e não por meio de informações oferecidas pelo grupo econômico ou representante sediado no Brasil. Nos Estados Unidos os e-mails e as respectivas contas supostamente utilizadas para a preparação dos delitos vindicam um mandado judicial. Para casos envolvendo residentes nos Estados Unidos e, portanto, sob a proteção da Quarta Emenda, as autoridades necessitam realizar um pedido de cooperação jurídica do Brasil por meio do Departamento de Justiça dos Estados Unidos das Américas (*Department of Justice – DoJ*), que determina se a demanda está de acordo com o corpo legislativo vigente, no intuito de expedir mandado judicial nos EUA para, então, acessar o e-mail das pessoas investigadas.

O procedimento nos EUA para a quebra de sigilo telemático possui inúmeras exigências legais e isso se dá principalmente pelo fato de o levantamento do sigilo de informações eletrônicas representar uma grande afronta à Quarta Emenda – a qual dispõe que nenhum mandado judicial será expedido face à ausência de causa provável, apoiado por juramento ou afirmação. Como requisitos do DoJ, além dos constantes no formulário padrão disponibilizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública,<sup>28</sup> são exigidos: i) a concisão e a clareza dos fatos apresentados, com o nexos de causalidade (*probable cause*) demonstrado; ii) a transcrição integral dos dispositivos legais vigentes no Brasil; iii) a descrição da assistência solicitada e os objetivos da autoridade requerente; iv) os documentos que embasam o pedido, tais como a cópia da denúncia ou a decisão judicial; v) a tradução e a assinatura de todos os documentos; e, por fim, vi) a confidencialidade do pedido. Ainda, determina-se a necessidade da descrição do local ou coisa a ser apreendida e revistada, bem como a descrição da conclusão sobre a origem das provas solicitadas para a sua justificação.

A morosidade do processo MLAT costuma ser alegada pelo Poder Judiciário brasileiro como um empecilho para se seguir tal procedimento. Contudo, o próprio site do Ministério da Justiça e Segurança Pública descreve a possibilidade de as autoridades requerentes solicitarem a preservação dos dados de e-mail ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do MJSP (DRCI)<sup>29</sup> antes de formular o pedido formal de cooperação jurídica. Com efeito, o que se observa é que a maioria dos pedidos brasileiros é negada devido à ausência de indícios suficientes para embasar as investigações,<sup>30</sup> uma vez que a legislação

---

<sup>28</sup> No art. 2º do Decreto, dispõe-se o Ministério da Justiça e Segurança Pública, à época denominado Ministério da Justiça, como Autoridade Central para as solicitações de cooperação jurídica em matéria penal.

<sup>29</sup> O artigo 12, IV, do Decreto nº 9.150 de 04 de setembro de 2017 determina que compete ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional articular, instruir e coordenar a execução da cooperação jurídica como autoridade central.

<sup>30</sup> Ofício n. 965/2018/CGRA-DRCI-SNJ-MJ. Assunto: Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre Brasil e EUA para fins de afastamento de sigilo telemático. Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal

americana (*Stored Communication Act*) é devidamente rigorosa quando se trata de violação do direito fundamental à privacidade.

A temática de fornecimento de dados digitais não é de simples resolução e isso se evidencia com o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 51 pela Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional), que discutia justamente a (im)possibilidade de fornecimento direto de informações telemáticas por parte de empresas no Brasil que sejam parte de grupo econômico dos EUA face à utilização do Marco Civil da Internet – MCI (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). A decisão da Suprema Corte no Brasil, no entanto, em 23 de fevereiro de 2023, foi com fundamento no art. 18 da Convenção de Budapeste e do art. 11 do MCI, decidindo pelo fenômeno da “territorialização” do ciberespaço e que, pelo fato de as empresas terem representação no Brasil, as normas de requisição direta de dados e comunicações eletrônicas às empresas do MCI seriam prevalentes, sem a realização de MLAT.

### **3.1.2 O dever de retenção e preservação frente aos desafios da criptografia**

Há ou não há um “dever jurídico de ter habilidade de quebrar sigilo para empresas de tecnologia e internet”? (ABREU, 2017, p. 25-43). Além da tendência de protocolos de cooperação entre empresas privadas para requisição de auxílio direto ou cooperação jurídica internacional para preservação de dados, as relações com o setor privado também demonstram desafios quando observamos o tema das retenções de dados de comunicação (EILBERG; MOSCATELLI, 2020, p. 4). Há previsão normativa nos termos do i) art. 17 da Lei das Organizações Criminosas, em que se determina o prazo de 5 anos para guardar os “registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas”; conforme o disposto no ii) art. 13 do Marco Civil da Internet (MCI), com o prazo de 1 ano prorrogável (por cautelar probatória prevista no art. 13 §2º) para a retenção dos registros de conexão sob sigilo pelo provedor de conexão; e nos termos do iii) art. 15 do MCI, em que o prazo de retenção é de 6 meses. Também temos as resoluções nº 426/05, 477/07 e 614/13 da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com a determinação do prazo de 1 ano para os dados referentes às conexões de internet pelos prestadores de serviços de telefonia e 5 anos para os dados relativos à prestação do serviço.

---

entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto nº 3.810, de 02 de maio de 2001).

No que diz respeito ao acesso aos dados cadastrais, a Lei das Organizações Criminosas dispõe no art. 15, assim como a Lei de prevenção à Lavagem de Dinheiro no seu art. 17-B. Não há, ainda, previsão legal quanto aos metadados das chamadas, como os dados de geolocalização (utilizada para fins de triangularização de dados), sendo necessária ordem judicial para a produção de tal prova penal (EILBERG; MOSCATELLI, 2020, p. 5). O MCI, em seu dispositivo 10, §3º, também permite o fornecimento dos dados cadastrais quando autoridade competente requerer, e, conforme a previsão do art. 22, quando houver registros de conexão à internet e aplicativos por meio de ordem judicial acerca de justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; fundados indícios da ocorrência do ilícito; período ao qual se referem os registros (p. 4).

Merece destaque a decisão do STF sobre o HC nº 168.052, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, que declarou a nulidade das provas obtidas mediante o acesso indevido ao aplicativo WhatsApp e à residência do paciente, com o reconhecimento da ilicitude das provas dele decorrente e, portanto, o reconhecimento pela nulidade do processo. O referido julgado faz menção ao caso *Miranda vs. Arizona* para a necessidade de desenvolver uma “fórmula de garantia dos direitos das pessoas investigadas cuja inobservância leve à nulidade dos atos de investigação e coleta de provas, mesmo que durante o inquérito policial”.

Em termos jurisprudenciais, os Tribunais Superiores do Brasil avançam no caminho constitucional da proteção dos dados no campo penal. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5527 os dispositivos questionados foram os arts. 10, §2º, e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, o que gerou a suspensão do serviço do WhatsApp. O fundamento seria o descumprimento das ordens judiciais que determinem a quebra de sigilo das comunicações. A Ministra Rosa Weber entendeu que a determinação da disponibilização do conteúdo das comunicações só poderia ocorrer quando houvesse ordem judicial, trazendo em questão o equilíbrio da proteção da privacidade com a atuação do Estado e não estendendo o dever de guarda de metadados (art. 15 do MCI) ao de conteúdo.

Por fim, ressaltamos novamente o RE nº 1.301.250/RJ sobre a validade constitucional do decreto judicial genérico da quebra de sigilo telemáticos para divulgação de informações pessoais de usuários indeterminados sem a respectiva identificação. Neste caso, a Ministra Rosa Weber entendeu que “o art. 22 do MCI não ampara ordem judicial genérica e não individualizada de fornecimento dos registros de conexão e de acesso dos usuários que, em lapso temporal demarcado, tenham pesquisado vocábulos ou expressões específicas em provedores de aplicação”. No campo jurisprudencial brasileiro, a via adotada prevalecente tem

sido a de supressão de cooperação internacional, ao se decidir sobre o dever de fornecimento dos dados pelos provedores de serviço das plataformas (INTERNETLAB, 2022, p.82).

### **3.2 Compartilhamento de dados entre órgãos ou agentes do setor público**

Duas são as situações que despertam desafios legais abordados por esta tese referente ao compartilhamento de dados entre órgãos ou agentes do setor público: o primeiro diz respeito ao contexto de compartilhamento de dados entre diferentes órgãos do setor público – em que observamos tanto os compartilhamento de dados entre órgãos de inteligência com persecução penal como as tendências de interoperabilidade de dados obtidos para fins de exercício de cidadania compartilhadas com órgãos de persecução penal ou inteligência. O segundo está relacionado ao contexto de compartilhamento entre agentes de mesmo órgão, porém de dados que estão ancorados na reserva jurisdicional e cuja prévia autorização judicial não incluía a sua transmissão, configurando uso secundário de dado sem autorização judicial.

#### **3.2.1 Compartilhamento entre órgãos de diferentes competências**

Em termos de previsão normativa e compartilhamento de dados, merece destaque a decisão da repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 1.055.941 acerca da constitucionalidade do compartilhamento de dados sigilosos sem autorização judicial para finalidade criminal, embasado no art. 15 da Lei 9.613/98 contraposta à Lei Complementar n.º 105/2001, cuja amplitude e intensidade com a qual o COAF realizou esse tratamento de dados desafiam a crença em um assentamento dos princípios da legalidade e da proteção de dados (ESTELLITA, 2021, p. 631). Tal entendimento do STF pela desnecessidade de autorização judicial prévia ao compartilhamento de Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para fins penais, ainda que grande parte dos dados pessoais tratados sejam sensíveis e sigilosos,<sup>31</sup> levou ao assentamento do Tema 990 em torno das representações fiscais para fins penais.<sup>32</sup> Recentemente, em sentido contrário, o STJ julgou o RHC n.º 187.335, anulando as provas obtidas pelo MP por entender o compartilhamento ilícito devido à ausência de investigação formalizada. Isso porque a notícia

---

<sup>31</sup> A extensão danosa do tratamento de dados está disposta em uma série de normativas do COAF, do Bacen e da CVM. Ver: ESTELLITA, 2021, p. 618.

<sup>32</sup> Tema 990 - Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

de fato e a verificação preliminar de informações (VPI) seriam procedimentos prévios à investigação.<sup>33</sup>

Outro caso que merece atenção é o HC nº 149.250/SP e a decisão do Superior Tribunal de Justiça ressaltando as atribuições do *modus operandi* da ABIN e sua impossibilidade de investigar crimes (sobre a Operação Satiagraha), bem como o HC nº 147.837- RJ, em que o Min. Gilmar Mendes evidenciou a ilicitude dos atos de infiltração de agente em razão da inexistência de autorização judicial e configuração de coleta de elementos informativos a partir de “tarefas de inteligência e prevenção genérica”.

A proteção de dados em outro contexto semelhante já havia sido examinada pela Ministra Rosa Weber na ADI 6.387,<sup>34</sup> caso em que se decidiu sobre o compartilhamento massivo de dados pessoais com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A ADI nº 5.527 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 403 de Relatoria do Ministro Edson Fachin tiveram decisão proferida no dia 02 de outubro de 2023.

A questão da interconexão e compartilhamento de dados em bancos nacionais é exemplificada pela transmissão de dados biométricos coletados para fins de exercício de cidadania (como a biometria digital para a Justiça Eleitoral) sendo transmitidos com diferentes agências governamentais e utilizados para as finalidades de investigação criminal – sem qualquer transparência, controle público ou medidas de segurança, representando uma violação substancial do princípio da legalidade (ADC, 2019, p. 18). O dado biométrico desperta ainda maiores complexidades quando relacionado aos vieses do reconhecimento facial, com campanhas internacionais pelo seu banimento.<sup>35</sup>

### **3.2.2 Compartilhamento de dados protegidos por sigilo entre agentes de mesma competência**

---

<sup>33</sup> “Se Ministério Público não pode, em notícia de fato, fazer requisições [com base na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público CNMP nº 147/2017], a polícia também não pode, em sede de VPI, requisitar informações ao Coaf” conforme Ministro Reynaldo Soares Fonseca, Relator do caso acompanhado por maioria pelos Ministros Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira.

<sup>34</sup> Neste precedente, julgado em 07 de maio de 2020, o STF reconheceu a autonomia do direito fundamental à proteção de dados e o atribuiu *status* constitucional, sendo imprescindível no processo de consolidação da proteção de dados e privacidade no Brasil. Tratava-se de caso sobre a Medida Provisória nº 954/2020 concernente ao compartilhamento de dados pessoais das prestadoras de serviço de telefonia fixa com o IBGE. A Ministra Rosa Weber entendeu a violação do princípio da proporcionalidade pela MPv, além da ausência de determinação de finalidade e necessidade de tratamento. O entendimento foi de que a proteção de dados estaria galgada no art. 5º, *caput*, X, XII e que o seu tratamento deveria ser limitado pelo devido processo informacional (art. 5º, LIV).

<sup>35</sup> No entanto, o *European Act of AI* não regulamentou o banimento do reconhecimento massivo, desapontando a sociedade civil com a expectativa da prevenção de danos massivos à sociedade. A respeito, ver: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2023/12/eu-blocs-decision-to-not-ban-public-mass-surveillance-in-ai-act-sets-a-devastating-global-precedent/>.

O segundo caso é ilustrado pelo compartilhamento dos dados protegidos por sigilo fiscal obtidos durante a Lava Jato para os Ministérios Públicos Estaduais, previsto na Portaria Conjunta PGR/MPF-CMPF nº 1/2021.<sup>36</sup> A partir do princípio da unidade institucional, justificaram o compartilhamento de dados para uso secundário à finalidade que havia legitimado a autoridade judicial.

O compartilhamento de dados protegidos por sigilo entre agentes do mesmo órgão do setor público deve ser pautado por “normas legais de autorização veiculadas de forma clara” (ROGALL, 1985, p. 6-7 apud ESTELLITA, 2022). O uso primário dos dados coletados a partir de requisição de diligência investigatória era pautado na finalidade específica que legitimou a autorização judicial do levantamento de sigilo: uma ação penal pública específica. Isso não gera, necessariamente, o direito ao compartilhamento dos dados, justamente em razão da necessidade de “autorização parlamentar prévia”, que exige a base legal para o uso secundário em razão da gravidade da ingerência de direitos fundamentais.

No âmbito da dogmática material penal, reiteramos a distinção da norma de competência, isto é, “reserva legal” – disposição das atribuições dos agentes e órgãos estatais – da norma autorizativa, qual seja, “reserva parlamentar” – a partir de “autorização judicial” permite atuação dos agentes conforme a sua atribuição. Ou seja, do ponto de vista processual penal, o princípio geral da reserva de lei determina que quando há ingerência de um direito fundamental, não basta a previsão de lei no sentido formal, mas a reserva parlamentar, uma vez que a norma de autorização não deriva automaticamente da norma de competência (GRECO, 2018. p. 37).

No mesmo sentido, dispõe a dogmática processual penal acerca do princípio da especialidade da prova. Há vinculação causal da prova do requerimento à finalidade da investigação específica em curso e à autoridade competente quando houver relativização de direito fundamental (como é o caso do levantamento de sigilo de comunicações, sigilo bancário ou sigilo fiscal). Assim, a admissão de tal prova poderia ser apenas *starter* investigativo (LOPES JR, 2019, p. 671).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O impacto da hipermassificação informativa processual aos institutos jurídicos pensados

---

<sup>36</sup> A Portaria Conjunta regula o recebimento, o armazenamento e o compartilhamento entre os membros da instituição dos dados eletrônicos e digitalizados obtidos no exercício das funções.

na era analógica e atualmente incompatíveis à transmutação tecnológica. Identificamos como as práticas investigativas digitais enfrentam a obsolescência das previsões técnico-legais: o anonimato na navegação a partir de *softwares* como o ToR (*software* livre de código aberto), a encriptação de arquivos, a criptografia na navegação e uso de aplicativos (VPN que oculta IP e criptografa conexão), o monitoramento de redes P2P (*peer-to-peer*), a descentralização de plataformas em *blockchain*, o armazenamento em nuvem (*cloud computing*) e os IPs dinâmicos ilustram alguns dos atuais desafios. O uso de *malware* e técnicas de acesso remoto a dados, a raspagem de dados, a geolocalização, os *drones*, as aplicações de inteligência artificial (IA) para o tratamento de dados coletados ou para a raspagem de dados abertos por técnicas de OSINT (*Open Source Intelligence*), entre outras tendências, incrementam a potência da coleta massiva de dados e reconfiguram as práticas ditas investigativas, porém imbricadas também às atividades securitárias. Destacamos a posterior postulação à produção probatória de atividades de prevenção e de inteligência fundidas às investigações.

Dividimos o artigo em três seções. Na primeira, observamos as abordagens das cortes supremas do Judiciário brasileiro com relação ao levantamento de dados e a necessária base legal para a interceptação ou busca, compreendidos os sigilos e a proteção de dados. Entendemos a legitimidade do levantamento dos dados como questão anterior que definirá o uso primário e também quanto ao compartilhamento de tais dados, seja dentro do espectro primário, como do seu eventual uso secundário – devendo ser levado em conta a existência de base legal. Na segunda, exploramos o compartilhamento de dados do setor privado ao público, cujas implicações legais que emergem trazem diferentes desafios. De um lado, com relação ao público-privado, emergiram questões jurídicas quanto à cooperação jurídica internacional (quando observada a realidade de pedidos diretos) e a existência ou não de um dever de auxílio frente aos desafios da criptografia. De outro, a ausência de auditorias ou análise de impacto das empresas privadas de *software* de forense digital (para inteligência ou investigação) em razão dos segredos comerciais. Na terceira, trabalhamos as implicações legais do compartilhamento de dados no setor público compartimentadas a depender do cenário: entre órgãos de inteligência e órgãos de persecução penal e de dados sob proteção de sigilo automaticamente compartilhado entre agentes de um mesmo órgão para uso secundário.

A autodeterminação informativa, assim, será compreendida como “princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento automatizado de dados” e “[o] risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados” (MENDES, 2020, p. 11) rompendo com a tradicional concepção de enfoque na esfera

privada/íntima que embasa a intrusão escalonada da categoria tripartite de dados cadastrais, dados de tráfego e dados de conteúdo, e abstraindo-se na concepção de instrumentos procedimentais para a sua proteção (MENDES, 2020, p. 13).<sup>37</sup> Assim, para a diferenciação do meio de prova do meio de investigação na era digital de processamento massivo muito mais importante que a privacidade serão o contexto da atividade-fim (finalidade) e da transmissão (base legal e a quem se transmite) somados à rastreabilidade dos dados.

## REFERÊNCIAS

A16Z, **Cloud Wars and Company Wars: Play Nice But Win**. California, 07 Set. 2022. Disponível em: <https://podcasts.apple.com/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

ABREU, Jacqueline de Souza. **Passado, presente e futuro da criptografia forte: desenvolvimento tecnológico e regulação**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.7, n. 3, 2017, p. 25-43.

ABREU, Jacqueline de Souza. **Privacidade, segurança e tecnologia**. 2022. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022 (No prelo).

ADC. Tu y yo digital. **Descubriendo las narrativas sobre identidad y biometría en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y México**, 2019, p. 18.

ASHWORTH, J. **The elasticity of mens rea**. In: Crime, proof and punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross, 1981.

BADARÓ, Gustavo. **Interceptação de Comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço das tecnologias**. In: LIMA, Joel Corrêa; CASARA, Rubens R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito**, Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro, 2010, p. 499.

BARONA VILAR, Silvia. **Algoritmización del Derecho y de la Justicia**. De la inteligencia artificial a la Smart Justice. València: Tirant lo Blanch, 2021.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. Tela total: mito-ironias do virtual e da imagem. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003; VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. **Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal**. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020, p. 10-12.

---

<sup>37</sup> Ibidem, p. 13.

CONSELHO DA EUROPA, **Practical guide on the use of personal data in the police sector**. Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data. 2018.

DELGADO MARTIN, Joaquín. **Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia**. Obtención, tratamiento y protección de datos en la jurisprudencia. Madrid: Wolters Kluwer, 2022. p. 34.

EILBERG, Daniela Dora. **Ciclo de vida dos dados da prova penal digital: Considerações para uma teoria geral da prova digital além da gestão de caráter securitário**, 2024, 229p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

EILBERG, Daniela; MOSCATELLI, Livia. **Comunicações telemáticas, avanços tecnológicos e vigilância no contexto dos maxiprocessos**. In: Anais do 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2020, p.4.

ESTELLITA, Heloisa Estellita. **O acesso do MP a dados protegidos por sigilo fiscal e a decisão do STJ**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/estellita-acesso-mp-dados-sigilo-fiscal-stj/>. Acesso em: 20 de mai. 2022.

ESTELLITA, Heloisa. **O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF**. Dossiê – Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no Processo Penal. RDP, Brasília, v.18, n. 100, 606-636, out./dez. 2021.

ESTELLITA, Heloisa; GLEIZER, Orlandino. **A investigação penal de insuspeitos**. STJ fere direitos ao exigir coleta massiva de dados. Disponível em: 12 set. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2020/09/a-investigacao-penal-de-insuspeitos.shtml>. Acesso em: 10 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **A criminalidade organizada do fenômeno ao conceito jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 71, 2008, p. 22-23.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. **Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial**. In: CONDE FUENTES, Jesús; SERRANO HOYO, Gregorio (dir.). **La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019, p. 191-206.

GRECO, Luis: **Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal**. In: Wolter, Jünger: **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

INTERNETLAB. **O direito das investigações digitais no Brasil: fundamentos e marcos normativos**, 2022.

JØRGENSEN, Rikke Frank. **Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants**. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Cambridge: The MIT Press, 2019, p. 176.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. São Paulo. Saraiva, 2019, p. 671.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: a revolution that will transform how we live, work, and think**, 2014.

MENDES, Laura. **A autodeterminação informativa: a história de um conceito**. Revista de Ciências Jurídicas Pensar, v.25, n. 4, p.1-18, out/dez 2020.

MITSOLEGAS, Valsamis. **The privatisation of mutual trust in Europe's Area of Criminal Justice: the Case of E-evidence**. Maastricht Journal of European and Comparative Law 3, n. 25, 2018, p. 263-265.

POLYVIO, P G. **Illegally obtained evidence and R v Sang**. In: Crime, proof and punishment. Essays in Memory of Sir Rupert Cross, 1981, p. 228.

PRADO, Geraldo. **A produção da prova penal e as novas tecnologias: o caso brasileiro**, 2013. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-producao-da-prova-penal-e-as-novas-tecnologias-o-caso-brasileiro>. Acesso em: set. 2020.

PRADO, Geraldo. **Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal**, 2020. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/notas-sobre-protECAo-de-dados-prova-digital-e-o-devido-processo-penal/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RAMALHO, David Silva. **Recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem**. Revista de Direito Intelectual, n. 2, 2014, pp. 95-122.

RENAN, Daphne. **The Fourth Amendment as Administrative Governance**. Stanford Law Review, 2016. p. 1052.

SALT, Marcos. **Obtención de pruebas informáticas en extraña jurisdicción: Los "Conflictos" del principio de territorialidad en un mundo virtual sin Fronteras**. In: DUPUY, Daniela. KIEFER, Marianna. **CIBERCRIMEN Aspectos de Derecho penal y procesal penal**. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet. Buenos Aires: Editora B de F, 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 81-116, jan.-abr. 2020, p. 88-90.

SOLOVE, Daniel J. **A taxonomy of privacy**. University of Pennsylvania Law Review, v. 154, jan/ 2006, p. 477 – 560.

STOYKOVA, Radina. **The right to a fair trial as a conceptual framework for digital evidence rules in criminal investigations**. Computer Law & Security Review. V. 49, Jul 2023. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105801>.

TOSZA, Stanislaw. **The e-evidence package is adopted end of a saga or beginning of a new one?** European Data Protection Law Review. v. 9, n. 2, 2023.

UNODC. **Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense,** 2010. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/scientific/Crime\\_Scene\\_Awareness\\_Portuguese\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/scientific/Crime_Scene_Awareness_Portuguese_Ebook.pdf)>

WATT, Eliza. **The right to privacy and the future of mass surveillance.** The International Journal of Human Rights. pp. 773-799, 2021, p. 775.

**Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 26/11/2024.**

## ESTADO DIGITAL COMO DIFERENCIA: BUROCRACIAS E CIDADANIA

## ESTADO DIGITAL COMO DIFERENCIAL: BUROCRACIAS E CIDADANIA

Pasquale Luigi Di Viggiano<sup>1</sup>  
*Università del Salento*

### Resumo:

A construção dos processos evolutivos da ciência jurídica se nutre da descrição de suas necessidades de transformação e da necessidade de uma reestruturação periódica tanto das premissas da reflexão científica sobre o direito quanto da linguagem que poderia ser expressa por meio dela. Estudos sobre os problemas centrais da dogmática, mas também sobre as relações entre política e direito, entre direito e economia, entre direito e ciência política, delineiam os principais fundamentos do direito moderno entendido como um sistema social funcionalmente diferenciado. O direito contém um imperativo de ser que estabelece sua função social da lei e levanta a questão da diferença entre lei e moralidade (e com a ética compreendida como teoria da moralidade ou guia comportamental). No entanto, o direito positivo moderno é caracterizado por sua alta seletividade baseada em decisões reguladas por lei e definidas por sua capacidade de transformação. Esse processo é identificado como o poder de fazer diferenças, de ser diferente de tempos em tempos, especialmente na sociedade contemporânea tecnologicamente orientada e seduzida pela inteligência artificial. A tecnologia transforma as burocracias e todos os sistemas sociais, enquanto o direito, irritado com as tecnologias, seleciona o que considera funcionalmente adequado e o estabiliza por meio das ferramentas do sistema jurídico. A contribuição proposta pretende aprofundar algumas dessas questões por meio de ferramentas heurísticas capazes de destacar as transformações e diferenças e, em particular, descrever a transformação digital das burocracias na Europa e na Itália visando fundar um novo modelo de poder: o estado digital.

### Palavras-chave:

Estado digital. Inteligência artificial. Evolução dela. Ética da automação.

### Abstract:

The construction of the evolutionary processes of legal science is nourished through the description of its needs for transformation and the need for a periodic restructuring both of the premises of scientific reflection on law and of the language that could be expressed through it. Studies on the central problems of dogmatics, but also on the relationships between politics and law, between law and economics, between law and political science, outline the main foundations of modern law understood as a functionally differentiated social system. Law encompasses a normative imperative that defines its social function of law and raises the issue of the difference between law and morality (and with ethics understood as a theory of morality or as a guide to behavior). However, modern positive law is characterized by its high selectivity based on decisions regulated by law and defined by their ability to transform. This process is identified as the power to make differences, to be different from time to time, especially in the contemporary society technologically oriented and seduced by artificial intelligence. Technology transforms bureaucracies and all social systems while the law, challenged by technologies [irritated by technologies], selects what it deems functionally adequate and stabilizes it through the tools of the legal system. The proposed contribution intends to deepen some of these issues through heuristic tools capable of highlighting the transformations and differences and, in particular, describing the digital transformation of bureaucracies in Europe and Italy aimed at founding a new model of power: the digital state.

### Key words:

Digital state. Artificial intelligence. Evolution of law. Ethics of automation.

---

<sup>1</sup> Adjunct Professor of IT Laboratory of Social Planning and Project Management -Master's Degree Course in Euro-Mediterranean Governance of Migration Policies; Deputy Director of the Centro di Studi sul Rischio and teacher for the "Digital Administration" module of the SSPL (Graduate school for the legal professions) and the APPREST Master; scientific director of FAMI action research: Migrants coming-App, Department of Legal Sciences, University of Salento. PhD in Legal Sciences, he deals with legal informatics and legal sociology.

## 1 INTRODUÇÃO

Observar a sociedade contemporânea pela ótica dos sistemas sociais revela os resultados de uma evolução lenta, mas inexorável, do sistema tomado como referência e da sociedade como um todo. A observação oferece a possibilidade adicional de identificar os elementos que contribuíram para selecionar as suposições do presente e as perspectivas para a construção do futuro. A atividade heurística em torno dos sistemas sociais procede, como toda a ciência moderna, por tentativa e erro, mas sistematicamente marcando diferenças. Diferenças podem ser traçadas entre o presente e o passado, mas não é possível traçar diferenças entre o presente e o futuro, embora seja possível identificar ou construir as suposições que restringem o futuro por meio de tecnologias de produção, distribuição e gerenciamento de riscos. Nessa perspectiva, é possível observar e descrever como o direito evoluiu a ponto de impactar, recentemente, com as tecnologias digitais com as quais tem que lidar e das quais, após um período de desregulamentação legal, representa o prospecto de regulação mais relevante.

Esse processo tem possibilitado identificar novos direitos e regular seu funcionamento, mas, ao mesmo tempo, permite a ativação de mecanismos de exclusão e proteção deficiente de tudo o que é considerado excessivo, excêntrico, diferente. Essa ordem de problemas, operacionalmente, diz respeito aos mecanismos pelos quais, no presente, as diferenças são construídas, tratadas, isoladas e excluídas ao ativar diferenças originadas em estruturas seletivas de acesso, em particular na relação central entre direito, política, tecnologia e novas formas de organização da administração pública, das burocracias e do Estado. É precisamente nas novas formas de organização pública que o direito das novas tecnologias tenta construir e regular, ainda híbrido, ainda não livre de velhas vassalagens, que se diferenciam novas formas de participação, novas democracias digitais que unem identidades digitais (população), domicílios digitais (território) e soberania digital que representam oportunidades mas em grande parte excluem mais uma vez, fazendo diferenças.

Os processos de digitalização dos sistemas sociais, em particular do direito, que estão se desenvolvendo globalmente, mas especificamente na Europa, são impulsionados pelos objetivos de recuperar a soberania que agora está em declínio com o digital, mantendo o território por meio das redes de comunicação mais avançadas baseadas no princípio da interoperabilidade, estabilizando a cidadania digital que vai além dos estados-nação e nações para assumir a forma de cidadania global através da comunicação global. Mais uma vez, é ainda mais possível dizer que a sociedade contemporânea é o universo da comunicação social cada

vez mais digital, baseada na confiança de que as tecnologias funcionarão enquanto a imanência do risco se localiza sob o radar, inescapável em sua certeza.

## 2 DIFERENCIAÇÃO E EVOLUÇÃO DA LEI

O direito, como todos os sistemas sociais, evolui, se transforma. Assim, como um sistema social autopoietico, produz e reproduz dentro de si os elementos de sua própria evolução. As estruturas do direito descritas como resultado da diferenciação funcional, a partir da modernidade, traçam os limites e possibilidades do próprio direito, especialmente entendido como produto da mudança. O direito ainda é eficaz na gestão e regulamentação de conflitos? Ainda é eficaz? A sociologia do direito hoje é prescritivamente orientada para redefinir o papel e os propósitos do direito, colocando a questão de saber se na sociedade contemporânea as funções do direito podem ser observadas e descritas usando as antigas categorias opostas de críticos, empiristas, dogmáticos, etc. (Ferrari, 1989).

Parsons, por volta dos anos 60, em uma de suas comunicações verbais dirigidas a Luhmann, expressou a opinião segundo a qual toda a sociologia surgiu da sociologia do direito. Essa afirmação pode ser entendida de diferentes maneiras: pode significar que a reflexão sobre a sociedade encontra sua centralidade na reflexão sobre o direito; pode significar que a lei é o sistema social no qual a estrutura da sociedade se baseia, seja qual for a compreensão; Pode significar, enfim, que na sociedade o sistema de direito desempenha uma função de ordem, cuja análise, pelas peculiaridades que o caracterizam, pode constituir o indicador mais relevante para fins de observação de todo o sistema de ação (De Giorgi, 2006).

No século XIX, o princípio da evolução constituiu a fórmula com a qual o utilitarismo estático de Bentham ou J. Mill visava superar e através da qual parecia possível passar do simples (Mill & Bentham, 1987) *história conjectural* do Iluminismo em direção a uma representação da história de tipo estritamente naturalista. Hoje passamos a considerar o princípio da evolução como a ferramenta conceitual capaz de romper as tão criticadas barreiras da teoria estrutural-funcionalista dos sistemas e capaz de alcançar uma maior complexidade na exposição científica do sistema da sociedade, por meio da aquisição da dimensão temporal (Marinelli, 1988).

Esse processo de renovação do princípio da evolução não deve ser desprovido de significado para a ciência jurídica e pode constituir a base de uma possibilidade de reorientar a sociologia do direito para uma teoria universal da sociedade, podendo remetê-la de volta ao direito entendido como a estrutura do sistema da sociedade. Anteriormente, a sociologia

clássica do direito, de Marx a Weber, estava ligada ao conceito de evolução típico do século XIX, que, em colapso, arrastou consigo a mesma sociologia do direito que desde então vegeta em parte como jurisprudência sociológica, em parte como sociologia do direito sem direito, limitada à pesquisa em campos que têm a ver com o direito, mas que não constituem direito (Febbrajo, 2009).

Na nova teoria sociológica da evolução, algumas tendências de pensamento foram esclarecidas, de modo que fica claro que não há retorno a Spencer, que o paralelismo com o desenvolvimento biológico não é suficiente, que a evolução social não ocorre necessariamente de maneira unilinear e contínua, que as regressões são possíveis, e até prováveis, para as sociedades individuais (Spencer, 2013).

A verdadeira transformação não consiste em uma correção de métodos antigos, mas é explicada por aquisições singulares de idéias orientadoras de argumentação. No pensamento moderno sobre a evolução, de fato, a ideia fundamental de *causação natural*, que era tanto uma condição da cientificidade positiva da teoria quanto um fator propulsor da evolução, e que Spencer apresentou como um processo cujo resultado cria uma constelação de causas de desenvolvimento posterior em sistemas orgânicos e sociais, sofre uma reversão. Na prática

A causalidade só pode ser pensada em relação aos sistemas e é possibilitada e guiada por meio de estruturas de sistemas e não por meio de leis causais, no sentido de correlações de causa e efeito fornecidas com o caráter de abstração e necessidade. (Luhmann, 1990, p. 37)

Evidencia-se, dessa forma, que a relação entre a estrutura do sistema e a evolução é central, uma vez que são as estruturas do sistema que orientam a evolução (assim como os processos de aprendizagem) estabelecendo, além disso, um claro paralelismo entre a teoria da evolução e a teoria da aprendizagem.

A análise dos processos de transformação no sentido que acabamos de descrever nos permite novas possibilidades de investigar a relação entre o direito e a evolução da sociedade, uma relação que, por suas características específicas, pode ser considerada simbiótica, problemática e improvável em desenvolvimento. A visão de que a evolução é concebida apenas como um aumento na complexidade parece inadequada hoje para explicar a própria evolução, porque o mecanismo que produz complexidade parece ser consideravelmente mais complicado. A possibilidade de evolução repousa na diferença entre a complexidade do sistema e a complexidade do ambiente, de modo que, ao se transformarem, os sistemas produzem a possibilidade de aumentar suas possibilidades. Os sistemas podem reagir à transformação

aumentando sua complexidade interna, podem se adaptar ao ambiente aumentando a indiferença e o isolamento, mas não necessariamente.

A esta perspectiva de *evolução exógena* deve ser adicionada a perspectiva correspondente da *evolução endógena*, também compreensível através da teoria dos sistemas, segundo a qual a evolução de um sistema depende da complexidade do ambiente, mas também de sua própria complexidade, ou seja, de sua diferenciação interna. A satisfação de três funções diferentes dentro do sistema torna possível a evolução, a saber:

- *produção de novas possibilidades dentro do sistema, de outra forma inalteradas (VARIAÇÃO);*
- *seleção de possibilidades utilizáveis e exclusão de possibilidades inutilizáveis (SELEÇÃO);*
- *Possibilidades de estabilização utilizável na estrutura do sistema (ESTABILIZAÇÃO) .(Luhmann, 1990, p. 40)*

Para que a variação, a seleção e a estabilização se atualizem dentro do sistema, é necessário estar na presença de um sistema que esteja interessado, em relação a algumas de suas partes isoláveis, nos empurrões, informações e "causalidade diretamente determinantes", provenientes do ambiente, a fim de adquirir, portanto, a capacidade de produzir grandes efeitos relativos a pequenas causas, desencadeando um processo de reforço interno do efeito (Buckley, 1967, p. 47).

Neste ponto, é possível apontar que a evolução não é um processo causal imanente ao sistema, produzido por uma necessidade natural ou uma causa determinante; ao contrário, depende, em sua medida, amplitude e tempo universal, do grau em que as três funções de variação, seleção e estabilização podem ser diferenciadas nos níveis estrutural e processual, de modo que para uma teoria da evolução seria suficiente localizar o grau de presença, no nível estrutural e processual, dessas três funções nos diferentes tipos de sistema. Todos esses mecanismos são observáveis e através da observação é possível encontrar um certo paralelismo tanto na evolução *dos sistemas orgânicos* (cujas funções são satisfeitas por 1) mutação, 2) sobrevivência na "luta pela existência", 3) isolamento reprodutivo), quanto na evolução dos *sistemas psíquicos*.

### 3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A ciência jurídica moderna assume como pressuposto um referencial fundamental: o direito é a estrutura normativa da ação, é a orientação segura contra a qual o comportamento pode ser decidido. Lei é ordem, proibição, permissão. Nesse sentido, a lei é essencialmente uma norma, uma norma de ação. Em uma das três modalidades deônticas, a lei é dirigida aos

destinatários. Em um ensaio há muitos anos, um filósofo do direito italiano, que pertence justamente à tradição clássica da ciência jurídica, Norberto Bobbio (Bobbio, 1961), escreveu que o direito não dá conselhos, mas essencialmente ordens expressas ou negadas em uma das modalidades deonticas (Conte, 1962).

Com base nessa suposição, a ciência jurídica discutiu longamente, e às vezes infelizmente inutilmente, a natureza do comando (Rescher, 1964). Ainda antes, no início da era moderna, houve uma extensa discussão sobre a natureza daqueles que formulam o mandamento. Em qualquer caso, a lei é dirigida aos sujeitos e regula seu comportamento. Quer se dirija a sujeitos decisórios, como sustenta o realismo escandinavo (Ross, 1958), quer se dirija abstratamente a sujeitos impessoais, quer se dirija ao destinatário final do preceito (Thon, 1878), a norma jurídica acede à vontade e determina-a direta ou indiretamente.

As dificuldades em que o pensamento jurídico clássico e moderno se enredou por causa dessa suposição são inúmeras; eles são de natureza teórica e prática; há também inúmeras tentativas de soluções às quais a teoria do direito (Hart, 1991) e, mais ainda, a filosofia do direito (Kelsen, 1965) recorreram. Foram produzidas ficções jurídicas como a vontade do legislador, a ideia de validade da lei, o fundamento da norma jurídica sobre a natureza, o bem coletivo, os interesses da comunidade, o sujeito da imputação do direito (De Giorgi, 1984) e outros.

Max Weber, no entanto, já havia riscado, apesar de sua formação ter ocorrido dentro da tradição da ciência jurídica alemã, a ideia jurídica de *validade* (Weber, 1961, p. 28 ss.). Ele vinculou a ideia de validade à ideia de crença e a estabilização dos sistemas jurídicos, incluindo o sistema jurídico, à atitude factual dos destinatários das normas. Ele, em essência, fez com que a base da validade brotasse de atitudes ou comportamentos factuais. No entanto, a construção categórica da sociologia weberiana ainda vinculava a norma à ação, a ação ao significado e, portanto, à vontade (Weber, 1961, p. 4 ss.).

Weber, no entanto, havia adquirido novos princípios para a reflexão sociológica que poderiam ter sido muito frutíferos se a reflexão sociológica tivesse se libertado da suposição de uma natureza de lei natural segundo a qual a lei produz ordem na sociedade porque produz ordem entre as ações e atinge este último propósito direcionando a vontade e, portanto, o comportamento dependente dela. Essa linha de análise caracteriza, apesar de algumas diferenças, a evolução do pensamento sociológico sobre o direito desde meados do século passado até os dias atuais.

A contribuição que a sociologia empírica tem dado à análise do direito tem se configurado como uma contribuição do conhecimento da efetividade do direito. Apesar da

diversidade dos métodos aplicados concretamente, a sociologia do direito sempre partiu do pressuposto indemonstrável e ao mesmo tempo tautológico segundo o qual, dado um sistema regulatório, é possível avaliar seu grau de efetividade avaliando o comportamento dos sujeitos que constituem seus destinatários (Treves, 1996). Na realidade, não é possível estabelecer nenhuma relação certa entre o comportamento factual e o sistema normativo, pois não é possível determinar o grau de motivação que esse sistema produz em relação ao comportamento real. Motivos referem-se a motivos que se referem a motivos (Weber, 1958).

Os limites da análise sociológica do direito reproduzem os limites das categorias jurídicas clássicas. Em particular, reproduzem a instabilidade do pressuposto segundo o qual a norma jurídica aborda a vontade dos sujeitos, determinando-a na ação prática. No entanto, esses limites também afetam a ideia geral de normatividade e sua função de ordem na estrutura da sociedade. Muitas vezes é possível encontrar reflexões sobre a relação entre direito e sociedade, como se o direito pudesse estar fora da sociedade, antes dela ou dentro dela.

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann abre perspectivas completamente diferentes. Tendo esvaziado o pressuposto subjetivista e voluntarista do pensamento jurídico ocidental, depois de descrever seu lugar no pensamento da velha Europa, a análise da teoria dos sistemas propõe a função do direito como uma estrutura de expectativas generalizadas de forma congruente. Tomando esse nível de abstração superior, descreve as maneiras pelas quais a seletividade própria do funcionamento da estrutura jurídica é praticada e afirmada na comunicação social. Essa perspectiva permite que a análise sistêmica descreva as formas de diferenciação do direito na evolução geral da sociedade e observe o direito sem ter que usar as ficções da ciência jurídica (Luhmann, 1990),

Destaca-se a função revolucionária que o processo de positivação do direito tem tido na sociedade moderna por meio do mecanismo de redução da complexidade social que caracteriza o sistema, cuja estabilização se torna visível pela análise das expectativas que a orientação jurídica estrutura.

Análise que revela como o que estabiliza são as expectativas e expectativas das expectativas. O paradoxo da positividade consiste precisamente nisto: que ela regula normativamente ao mesmo tempo a estabilidade do sistema de expectativas e sua variabilidade por meio da estabilização da variabilidade da lei. Em outras palavras, a função do direito não consiste no fato de que a normatividade jurídica constitui uma orientação estável e segura para a ação, mas no fato de que é uma normatividade contingente, que pode ser continuamente diferente. Por mais paradoxal que possa parecer, o direito só produz insegurança: a função de ordem que se alcança por meio do direito é dada justamente pela estabilização dessa

insegurança. No entanto, a observação da factualidade do acontecimento sugeriria que na sociedade moderna existem sociedades pré-modernas dentro das quais as expectativas em relação à lei, ou seja, avançadas de fora do sistema jurídico, produzem não-lei, violação da lei e corrupção de seus códigos a ponto de se estabilizarem em formas particulares de sociedade que são indicadas como (Pannarale, 1988) (De Giorgi, 1979) *Periferias da modernidade* (Di Viggiano, 2012), como produto da exclusão e dentro do qual se estabilizam *Redes de inclusão* (Castañeda Sabido, et al., 1998).

Aplicada ao sistema social de direito, a hipótese que se propõe sobre a evolução deve ser capaz de levar à consideração de que os mecanismos correspondentes à variedade, seleção e estabilização devem poder estar presentes, de diferentes formas, em diferentes períodos do desenvolvimento do direito e que a evolução do direito se baseia em sua separação e interdependência. O desenvolvimento do direito é caracterizado por impulsos fundamentais de natureza extrajurídica que são a expressão da grandeza, complexidade e, especialmente, da diferenciação funcional dos sistemas individuais da sociedade, uma diferenciação que estimula diferentes projeções normativas abstratamente especificadas, por meio das quais são produzidas transformações que emergem do desenvolvimento geral da sociedade e assumem a forma de novos problemas para o direito.

Do lado da produção de variedades, observam-se alguns processos indicativos para a compreensão da produção da própria variedade e sua posterior transformação em um processo seletivo que estabiliza sedimentos de significado. Característica dessa função evolutiva é a aparência que, a princípio, parece inadequada e disfuncional em certas estruturas, mas que, com relação à evolução, pode ser funcional. A normatividade pode ser considerada como a forma de uma expectativa de comportamento por meio da qual se indica que a expectativa deve ser mantida mesmo em caso de decepção. Nesse caso, é possível entender as regras como expectativas estabilizadas de forma contrafactual, resistentes a decepções e, como tal, inicialmente não ordenadas de forma natural, sistemática ou lógica.

Um número bastante grande e variado de projeções normativas individuais conflitantes pode se manifestar em um aumento na decepção mútua e disputas legais; portanto, como uma irritação para os envolvidos e como uma carga de trabalho adicional para as funções que lidam com isso. Isso, no entanto, produz a possibilidade de escolha operando com ferramentas de tomada de decisão e, ao mesmo tempo, há um aumento nas possibilidades em relação às quais o direito aplica articulações mais abstratas ou integrações mais efetivas. Os conflitos jurídicos produzem, portanto, potencial para uma evolução posterior do direito dependendo do fato e

desde que os demais mecanismos de evolução funcionem adequadamente ao grau de complexidade, livres de uma lei axiomática de progresso contínuo.

Até mesmo as formas de seleção (Luhmann, 1977)<sup>2</sup> do que deveria ser certo variam com o desenvolvimento social. As primeiras sociedades arcaicas foram caracterizadas por mecanismos que geralmente assumiam o caráter de *luta* e por meio desses procedimentos empíricos, eles realizaram a seleção do que era certo para a sociedade com base principalmente na capacidade individual ou tribal de se afirmar. A crescente complexidade da sociedade e a cada vez mais acentuada diferenciação e aumento de perspectivas puramente normativas exigem que sejam preparados mecanismos seletivos mais adequados e eficazes, afastados da distribuição momentânea de forças, para que se possa manter o nível de desenvolvimento alcançado. De maneiras que podem ser completamente diferentes, especificamente, sistemas de interação particulares são produzidos, o (Malinowski, 1972) *Procedimento*, que têm a tarefa específica de preparar funções de ligação. A especificidade destes procedimentos leva-os a ser *Termo sistemas sociais*, não apenas processos, capazes de seu próprio desempenho seletivo interno; Por meio deles, a experiência interna, imediata e cheia de decepções que os interessados têm do direito, é mediada e avaliada de acordo com critérios pré-existentes. A própria lei, então, forneceu novos *Chances* de abstração, torna-se uma premissa de tomada de decisão que serve como norma para o procedimento.

O mecanismo estabilizador do direito é, de alguma forma, uma consequência da institucionalização da mais clara separação entre fatores variantes e seletividade de controle pela qual a forma do direito é preservada e permanece acessível como um significado elaborado por processos de sedimentação. A lei torna-se um programa de tomada de decisão que pode ser aplicado e controlado de acordo com critérios abstratos de validade. Essa transformação é realizada na atividade processual gradualmente. A partir de uma representação da força adquirida em decorrência da luta, portanto, o direito se transforma em um conjunto de decisões mais ou menos sistematizadas das quais podem surgir novas seleções e expectativas. A distinção entre prescrições válidas e inválidas substitui a antiga distinção entre comportamento permitido ou bom e comportamento proibido ou ruim. Da definição de lei nesses termos surge ordinariamente a renúncia ao uso da força física, às formas de auto-representação das expectativas e sua afirmação, às figuras dogmáticas e a tudo o que estava ligado à antiga concepção de direito porque sua validade é questionada e negada. Mesmo sem maiores detalhes, pode-se dizer que

---

<sup>2</sup> Nesse caso, a seleção é entendida como a escolha do excesso de expectativas incongruentes que devem valer como um direito.

O processo de produção de expectativas normativas adquire maior variedade e, portanto, a possibilidade, dependendo da situação e da necessidade, de tornar imagináveis normas cada vez mais improváveis (Luhmann, 1990, p. 45).

A pedra angular do produto que conhecemos como *cultura jurídica* consiste no sistema de interação configurado pelo procedimento; seu potencial, apoiado pela complexidade, e o grau de inovação depende da capacidade dos procedimentos. A *dogmática*<sup>3</sup> é uma consequência direta de um conceito já dado, em relação às decisões.

As formações sociais podem ser consideradas como sistemas que, dentro de um ambiente excessivamente complexo, mantêm inalterado um horizonte de expectativas com menor complexidade que o ambiente e dotado de significado, conseguindo assim *Ação orientadora*. Dentro dos sistemas sociais, a lei desempenha a função de reduzir a complexidade do sistema e de seu ambiente e, por meio de um sistema de expectativas, fornece a *Critérios de acção* (Luhmann, 1983).

#### 4 DIFERENÇA TECNOLÓGICA, NOVOS DIREITOS E ÉTICA DIGITAL

No mundo contemporâneo, falar em inovação tecnológica refere-se a uma pluralidade de aquisições evolutivas, em particular referindo-se aos produtos digitais e às pesquisas computacionais com aplicações cada vez mais sofisticadas de resultados experimentais que continuam a alimentar a produção industrial mais avançada. Por meio da produção de inovação tecnológica, há uma tendência à desmaterialização de produtos e serviços, enquanto os diferentes sistemas sociais, como economia e indústria, direito, política e burocracias, operam uma atualização constante decorrente do impacto com o digital. Nesse processo evolutivo, é possível observar como a ética também é fascinada pelo digital e ganha novas caras e se orienta para diferentes perspectivas até então inexploradas.

O mais recente, em ordem cronológica, objeto polarizador de interesse para a opinião pública é o tema da IA (Inteligência Artificial) que desde o início do século XXI vem sendo

---

<sup>3</sup> Dogmática jurídica (gr. δόγμα, doutrina comumente aceita). Estudo do Direito positivo conduzido por meio de um método que considera as normas jurídicas como verdadeiros dogmas que constituem os pré-requisitos indispensáveis a partir dos quais necessariamente se inicia a elaboração dos conceitos e Qualificações jurídicas. Em um sentido mais restrito para *dogmático* ou *Alta dogmática* apenas aquela ciência (confiada exclusivamente a estudiosos profissionais) que prevê a elaboração dos conceitos jurídicos mais abstratos e complexos é compreendida; A interpretação das normas jurídicas, implementada a um nível inferior de abstração e confiada aos profissionais do direito (juízes e advogados), é excluída do domínio das ciências jurídicas e qualificada como *dogmática baixa*. Os críticos do Positivismo negar a essa disciplina o caráter de ciência pura, pois ela não seria livre, mas subordinada às escolhas autoritárias do poder constituído. Dicionario giuridico romano on line Simone: <http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?action=view&dizionario=10&id=47>

proposta como um fator de mudança, mesmo radical, em todos os sistemas sociais. A polarização de interesses sobre a IA e as novas tecnologias de informação mais difundidas lembra o modelo de opinião pública identificado por Eco (Eco, 1964) através da distinção entre aqueles que são absolutamente a favor das tecnologias, e as usam, e aqueles que se colocam em atitude de negação, condenando-as, mas muitas vezes também as usam. Saber que o atual sistema de sociedade globalmente compreendido seria inconcebível sem as tecnologias digitais (Floridi, 2022, p. 11) ainda mais se pensarmos que todas as estruturas estratégicas de serviços do mundo são gerenciadas usando tecnologias digitais inteligentes.

O sistema jurídico, em seu incessante trabalho de evolução, nos primórdios da sociedade da informação e comunicação tinha uma atitude de indiferença em relação aos resultados que as novas tecnologias poderiam ter para o direito. Isso permitiu que a iniciativa privada e o mercado desenvolvessem e usassem as tecnologias mais inovadoras sem regulamentação real, sem que as instituições e a própria lei pudessem intervir. A transformação da sociedade que estava ocorrendo obrigou a lei a começar a lidar, com grande demora, também com problemas relacionados ao desenvolvimento tecnológico digital e emergentes especialmente em setores vitais para o Estado. A Europa enfrenta a difícil tarefa de construir uma estrutura credível e funcional para a União dos Estados. Nesse processo, começou a produzir decisões juridicamente vinculativas só em meados da década de 90 do século passado para os Estados-Membros, inicialmente sob a forma de Diretivas.

A IA, ponta de lança e fronteira na fase de desenvolvimento das tecnologias digitais, ocupa progressivamente todos os sistemas sociais, gerencia e controla a comunicação na maioria de suas manifestações e se insinua permanentemente nas relações entre os sistemas psíquicos, ou seja, as pessoas. Mecanismos de inclusão e exclusão social tornam-se dependentes de tecnologias *inteligente* (Há muito tempo se fala em *Exclusão digital*, agora a citação raramente é ouvida) que se comunicam com os humanos por meio de sua própria linguagem natural, tendo refinado e aprimorado a maneira como aprendem com os dados e se expressam com um nível bastante alto de clareza e adequação. No entanto, a forma como as IAs operam é de natureza estatística com grandes habilidades probabilísticas, expostas ao risco de ter "alucinações", produzir desinformação e gerar respostas que parecem verdadeiras, mas na verdade são falsas (Di Viggiano, 2023).

Eventuais erros por parte da IA têm relevância para a lei quando violam o princípio da proteção de dados pessoais (privacidade), produzem difamação, discriminação, violação de direitos autorais. Finalmente; quando produzem efeitos que desencadeiam uma violação das regras. Afinal, o fato de que as aplicações baseadas em IA são arriscadas também foi afirmado

pelo recente Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2024, contendo as regras para a produção e uso de IA, dentro das quais o risco das tecnologias inteligentes e sua classificação é claramente declarado. No entanto, a ação evolutiva do direito em contato com as novas tecnologias tem exigido a produção de proteções jurídicas adicionais após o forte impulso exercido pela evolução tecnológica em setores e atividades que antes não tinham relevância jurídica, afetando significativamente também a esfera pessoal.

A inteligência artificial, cujo campo de aplicação a lei ainda não cobre totalmente, alimenta-se de dados digitais, produz dados digitais, transforma dados digitais e através das operações de algoritmos inteligentes exerce o controle social, econômico, político, na esfera do direito e de qualquer outro sistema social. Enquanto o *Panóptico* (Bentham, 2002), também graças à sua assunção de um tipo ideal de poder disciplinar, realizado por Michel Foucault, descreve o projeto meticuloso de uma prisão ideal dentro da qual a visibilidade e o controle dos presos são constantes, mas também o supervisor é monitorado e o último controle pertence à opinião pública, no caso da sociedade contemporânea também a opinião pública, que entretanto foi transformada, é determinado pelo controle exercido pela mídia. Esta é uma luta sem precedentes para obter o controle da informação digital entre os (Foucault, 1976) *Big Tech* (Alphabet (Google), Amazon, Apple, Meta, Microsoft, Nvidia e Tesla), os estados do mundo e uma infinidade de organizações mais ou menos legais que operam no *Deep Web* ou mesmo no *Dark Web* capaz de afetar profundamente as economias e sistemas de governo mundiais.

No quadro geral que acabamos de mencionar, há um forte impulso para a reflexão ética sobre as novas tecnologias, sobre o uso da IA e, na improvável hipótese de que as máquinas possam pensar, qual seria o modelo ético aplicável? Ou seja, como máquinas inteligentes e autônomas se comportariam diante de escolhas cuja aplicação exigia orientação moral. Continuando a raciocinar em modo hipotético, uma vez que as máquinas não sentem dor e não buscam a felicidade, por enquanto podemos descartar que o modelo ético aplicável às IAs seja o utilitário (Di Viggiano, 2023).

## **5 PERSPECTIVAS EUROPEIAS DAS BUROCRACIAS ESTATAIS DIGITAIS**

No final da segunda década da década de 2000, a Europa e os Estados-Membros, incluindo a Itália, aceleraram para o digital, tanto produzindo um aparato regulatório crescente quanto trabalhando na preparação de políticas, muitas vezes com poucos resultados em proporção aos recursos comprometidos. No entanto, as regras e políticas anteriores também eram orientadas para a promoção de burocracias digitais, ou seja, a digitalização da

administração pública em função da produção de serviços digitais, acesso digital por meio de um sistema público digitalizado, a ponto de afirmar o princípio do *Digital* primeiramente entendido como uma obrigação da administração pública voltada para a produção, gestão e armazenamento de documentos e procedimentos públicos. Com base no funcionamento do processo evolutivo do direito e da política, nenhuma anomalia pode ser discernida: o direito irritado pelas tecnologias evolui e produz novo direito. A política se comporta da mesma forma quando, diante das demandas e expectativas de seus representantes, toma decisões que levam em conta a evolução tecnológica.

A partir dessas reflexões sintéticas, é possível começar a descrever a diferenciação inicial do Estado digital, que lentamente abandona algumas características distintivas do Estado liberal moderno e se orienta para um sistema dentro do qual o universo da comunicação digital está preparado para se tornar o traço distintivo, mas também seu fundamento. É um processo em rápida evolução que não tem igual na história do homem que foi ativado com o uso progressivo de bits e a desmaterialização de documentos, serviços, identidades e cidadanias.

Mas se pretendemos construir um novo modelo de Estado (digital), então será necessário pensar em um novo tipo de cidadão, também digital. Com o aprimoramento da inteligência artificial e sua constante evolução, capaz de fazer com que os agentes aos quais é aplicada tenham um desempenho enorme, é uma ideia amplamente compartilhada pelo imaginário coletivo, mas também por especialistas da área, de que as máquinas serão tão "inteligentes" que se igualarão, se não superarão, os humanos. O robô humanóide ou outro robô, neste setor, constitui o corpo de hardware de um agente cuja mente (software) é composta por alguma inteligência artificial que continuamente aprende, evolui e, com base em opiniões autorizadas, pode tomar decisões de forma autônoma.

Então, se o *robô* se torna cada vez mais autônoma quando é chamada a desempenhar as suas tarefas (como pode acontecer com uma máquina cibernética utilizada para fins quer no campo militar, quer para atividades policiais, quer em atividades judiciais) através da aceleração de processos autônomos de *aprendizado de máquina*, Pode se tornar o centro da imputação da mesma forma que um humano de atos responsáveis por qualquer dano causado por seu comportamento. Segue-se que um certo tipo de agentes inteligentes (compostos por *hardware* e *software*) podem tornar-se titulares de direitos e deveres semelhantes aos das pessoas e, por conseguinte, de entidades criminalmente imputáveis. Esta é a reflexão e, ao mesmo tempo, a proposta de resolução elaborada pela Comissão dos Assuntos Jurídicos da UE que aborda questões como a segurança humana, a privacidade, a integridade, a dignidade, a autonomia, os direitos de propriedade intelectual, a propriedade dos dados, o emprego e a responsabilidade,

bem como os princípios éticos relativos ao desenvolvimento da robótica e da inteligência artificial para uso civil. Em 16 de fevereiro de 2017, a reunião plenária do Parlamento Europeu aprovou o relatório JURI sobre as regras civis em matéria de robótica através do (Moro, 2024) *Resolução do Parlamento Europeu* de 16 de fevereiro de 2017<sup>4</sup>. Na sequência da Resolução do Parlamento Europeu, e com base nas solicitações nela contidas, foi apresentado ao Parlamento Europeu um projeto de lei que, entre outras coisas, pede que "pelo menos os robôs autônomos mais sofisticados tenham o estatuto de *peças eletrônicas*, com direitos e deveres específicos", indicando desde então como o debate está encontrando interesse mesmo em lugares distantes das especulações científicas (ficcionalis). A partir desse momento, a lei silenciou sobre esse assunto. Muitas contribuições têm tratado do tema, alimentando polarizações de orientação, algumas de cunho ético, mas o reflexo mais consistente com o sistema de direito positivo diz respeito ao pressuposto de que o direito surge com uma decisão e é alterado com uma decisão juridicamente válida. Ou seja, mesmo que a legislação não o preveja atualmente, a construção de um novo (Signorelli, 2019) *factio iuris* Nomeado *peça eletrônica*, ou de qualquer outra forma para designar a subjetividade robótica, poderia ser deixada para a jurisprudência lidar com algumas questões práticas relevantes, como os conflitos gerados pela interação social entre sistemas de inteligência artificial, sistemas sociais e seres humanos.

Já agora, o estado digital não é um estado de pessoas, mas de dados que garantem a existência de identidades digitais que encontram essência, valor e significado na comunicação (digital), que estabelecem a cidadania digital dentro de um sistema de *e-Democracia*. Com um valor ainda maior do que Luhmann sustenta, a sociedade contemporânea, ainda moderna, é o universo da comunicação social que hoje é global e predominantemente digital. Com o reconhecimento legal da pessoa eletrônica (digital), o círculo será fechado e a pessoa física, os sistemas mentais, poderá se tornar um excedente no sistema digital do estado (Luhmann & De Giorgi, 1992).

Um poder fundamental do Estado como o judiciário é amplamente afetado por essa transformação do Estado em direção ao digital e a mudança afeta diferentes setores do sistema de justiça, em particular o sistema processual e a administração da justiça. Uma parte considerável da literatura sobre a relação entre IA e justiça, no entanto, converge em torno do

---

<sup>4</sup> *Regras de direito civil em matéria de robótica*, resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre as regras de direito civil em matéria de robótica (2015/2103(INL)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>

problema relevante, principalmente sociofilosófico, do chamado "Problema Científico". "justiça preditiva". Geralmente, "Justiça Preditiva" refere-se à capacidade de um sujeito humano ou mecânico de ser capaz de prever, com um alto grau de precisão, a decisão final de uma sentença antes que ela seja totalmente decidida. No sistema do (Santosuosso & Sartor, 2022)*Direito comum* Essa prática de analisar julgamentos anteriores para prever a decisão do juiz é a prática. No ordenamento jurídico caracterizado como *Direito civil* Por outro lado, a aplicação de inteligências artificiais que foram capazes de processar uma quantidade inimaginável de dados e produzir uma previsão de decisão final, causou um rebuliço considerável também alimentado pela ideia de que a máquina que analisa dados (Big Data), e que graças às técnicas de *Aprendizado de máquina* treinou seus algoritmos, não apenas tentará prever os resultados, mas também poderá sugerir a decisão ao juiz. A digitalização de processos (o chamado processo telemático) imposta por lei, a consequente disponibilização de dados de processos em modo digital e a especialização de algoritmos de inteligência artificial representam a *Fundo* em que é possível estabelecer se a utilização de dados para fins processuais deve ser uma ajuda ao juiz ou, pelo contrário, se pode substituí-lo. Este é o objeto de discórdia. Atualmente, os regulamentos italianos e europeus excluem estritamente que uma decisão da administração pública e, portanto, também do sistema judicial, possa ser tomada inteiramente por um aplicativo digital ou um sistema de algoritmos. Espera-se inevitavelmente que a ação humana final sancione uma decisão. O constante apelo da lei para uma humanização da inteligência artificial para evitar desastres não ajuda se considerarmos apenas os danos que os seres humanos foram capazes de causar e o quanto continuam a causar.

Vale refletir, no entanto, a hipótese de se considerar um paralelismo entre o processo decisório do juiz e a processualização de dados de inteligência artificial, ambos sujeitos a *viases*, ambos caracterizados por *Caixas-Pretas* que tornam altamente intransparente o caminho mais profundo que orienta a decisão. Isso também terá que ser levado em consideração pelo estado digital incipiente, que está exposto ao risco, não tão remoto, de se transformar em um estado de vigilância global.

## 6 CONCLUSÕES PROVISÓRIAS

A evolução da tecnologia da informação tem contribuído para fazer profundas revisões das estruturas sistêmicas tradicionais, contribui para fazer novas diferenciações e não mostra os limites temporais dentro dos quais a incrível aceleração tecnológica pode ser concluída. Em vez disso, estamos testemunhando a produção constante de novas tecnologias, tão novas que

aquelas que acabaram de se estabilizar ou ainda estão em desenvolvimento parecem obsoletas. Embora os bits ainda sejam amplamente utilizados, os qubits já estão operacionais em computadores quânticos capazes de superar qualquer outro computador tradicional baseado em bits em velocidade e desempenho, embora evoluídos e levados aos limites do imaginável.

Segundo analistas, o mercado *baseado em qubit*, que até o momento não teve espaço comercial significativo, está pronto para decolar e os grandes *players* do setor já estão se posicionando nos mercados globais. O advento dos computadores quânticos - que prometem revolucionar inúmeros setores científicos e comerciais - foi relegado a um futuro indefinível, embora desde 2019, quando a IBM apresentou o primeiro computador quântico comercial da história, um protótipo experimental que pode realmente ser usado, a sensação de uma evolução fundamental do setor começou a ser sentida. Desde então, a competição foi desencadeada pela conquista da "supremacia quântica" por meio da produção de uma geração de computadores capazes de realizar tarefas que para os computadores tradicionais seriam insolúveis. No entanto, apesar do progresso feito no laboratório, os computadores baseados em física quântica usados concretamente no mundo, além de experimentos, ainda não estão disponíveis.

Atualmente, assistimos a uma maior vivacidade no setor, pelo que é concebível que a revolução tecnológica tenha em breve uma nova aceleração e muitas certezas possam ser desequilibradas. Um dos efeitos mais radicais que a *computação quântica generalizada pode introduzir* diz respeito à estrutura da segurança do computador hoje baseada em algoritmos de criptografia criptográfica. Ao contrário dos computadores tradicionais baseados em bits, que podem assumir alternadamente o estado ligado e desligado, os computadores quânticos operam com *qubits (bits quânticos)* que superam os computadores tradicionais graças a dois fenômenos-chave da física quântica: *emaranhamento* e *superposição*.

Graças ao *emaranhamento*, os computadores quânticos podem expressar um poder de computação sem precedentes, enquanto a *superposição* permite que os *qubits* assumam simultaneamente estados ligados e desligados com diferentes porcentagens de tempos em tempos. Isso permite que os computadores quânticos processem uma enorme quantidade de dados ao mesmo tempo e ativem inúmeras possibilidades ao mesmo tempo.

O uso generalizado de *computadores quânticos* comprometerá as chaves criptográficas de blockchains e todos os serviços de confiança conectados a eles, como criptomoedas, enquanto a estrutura criptográfica das assinaturas digitais baseadas em tecnologias "tradicionais" de criptografia de chave assimétrica pode ser desequilibrada em questão de segundos. Nessa perspectiva, tudo o que é digital exigirá uma nova definição, tudo o que puder

ser digitalizado terá novas leis e o estado digital, ainda em construção, terá que rever seus parâmetros, sua organização burocrática, suas estratégias de controle, seu sistema jurídico.

Essa palingenesia poderia atribuir outro significado às inteligências artificiais que, segundo uma vulgata bastante difundida, não são comparáveis ao intelecto humano. No entanto, de acordo com algumas teses, com fundamentos na filosofia clássica, tudo pode ser digitalizado, inclusive o intelecto, como também argumenta Bernard Stiegler: (Rouvroy e Stiegler)

*Uma vez que Kant postula que a razão é, na realidade, dividida em diferentes faculdades, e que o intelecto analítico é literalmente analítico, isto é, de fato computacionalizado, o intelecto também se torna transformável em computação.*

## REFERÊNCIAS

- BENTHAM, Jeremy. **Panopticon ovvero la casa d'ispezione**. Venezia: Marsilio, 2002.
- BOBBIO, Norberto. «**Comandi e consigli**» Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., XV 1961: 369-390.
- BUCKLEY, W. **Sociology and Modern Systems Theory**. N.Y.: Englewood Cliffs, 1967.
- CASTAÑEDA SABIDO, Fernando, Angelica CUÉLLAR Vázquez e Adriana BARRUECO GARCÍA. **Redes de inclusion: la construccion social de la autoridad**. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa: UNAM, Facultad de Ciencias Politicas y Sociales, 1998.
- CONTE, Augusto. **Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici**. Torino: Giappichelli, 1962.
- DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legittimazione**. Bari : De Donato, 1979.
- DE GIORGI, Raffaele. **Azione e imputazione. Semantica e critica di un principio nel diritto penale**. Lecce: Milella, 1984.
- DE GIORGI, Raffaele. **Temi di filosofia del diritto**. Vol. I. Lecce: PensaMultimedia, 2006.
- DI VIGGIANO, Pasquale Luigi. «**L'Intelligenza artificiale alla prova dell'etica**» Rivista elettronica di Diritto, Economia, Management Anno XIII.4 (2023): 214-231.
- DI VIGGIANO, Pasquale Luigi. **Periferias sociales del Estado moderno** - Revista Semestral del Instituto de investigaciones juresprudenciales y de promotion y difusión de la ética judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Mexico.» Criterio y Conducta 15 julio-Diciembre 2012: 21-55.
- DI VIGGIANO, Pasquale Luigi. «**Riesgo tecnológico y modelos de computación inteligente**» La seguridad es riesgo. A cura di Augusto Sanchez Sandoval e J. Lopez Garcia. Città del Messico: UNAM, 2023. 61-83.
- ECO, Umberto. **Apocalittici e interati**. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa. Milano: Bompiani, 1964.

- FEBBRAJO, A. **Sociologia del diritto**. Concetti e problemi. Bologna: Il Mulino, 2009.
- FERRARI, Vincenzo. **Funzioni del diritto**. II. Roma-Bari: Laterza, 1989.
- FLORIDI, Luciano. **Etica dell'intelligenza artificiale**. Sviluppi, opportunità e sfide. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2022.
- FOUCAULT, Michel. **Sorvegliare e punire**. Nascita della prigione. Torino: Einaudi, 1976.
- HART, H. L. A. **Il concetto di diritto**. Torino: Einaudi, 1991.
- Kelsen, H. **La dottrina pura del diritto**. Torino: Einaudi, 1965.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 1977.
- LUHMANN, Niklas. «Diritto positivo e ideologia.» **Illuminismo sociologico**. Milano: Il Saggiatore, 1983. 205-233.
- LUHMANN, Niklas e Raffaele DE GIORGI. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1992.
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Bologna: il Mulino, 1990.
- MALINOWSKI, B. **Diritto e costume nella società primitiva**. Roma : Newton Compton, 1972.
- MARINELLI, Alberto. **Struttura dell'ordine e funzione del diritto**. Milano: Franco Angeli, 1988.
- MILL, John Stuart e Jeremy BENTHAM. **Utilitarianism and Other Essays**. London: Penguin Classics, 1987.
- MORO, Paolo. **Persona elettronica**. Una finzione giuridica per l'intelligenza artificiale © L'Ircocervo 23.1 (2024): 1-18.
- PANNARALE, L. **Il diritto e le aspettative**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- RESCHER, N. **The Logic of Commands**. London: Routledge & Kegan, 1964.
- ROSS, A. **On Law and Justice**. London: Stevens, 1958.
- ROUVROY, Antoinette e Bernard STIEGLER. «Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto.» **La Deleuziana** – Rivista online di Filosofia La Vita e il Numero.3 (2016): 6-30.
- SANTOSUOSSO, Amedeo e Giovanni SARTOR. «La giustizia predittiva: una visione realistica.» **Giurisprudenza italiana** - La giustizia predittiva (2022): 1760 – 1782.
- SIGNORELLI, Andrea Daniele. **Rivoluzione Artificiale** – L'uomo nell'epoca delle macchine intelligenti. Milano: Informant, 2019.
- SPENCER, Herbert. **Principi di sociologia**. Torino: UTET, 2013.

THON, V. A. **Rechtsnorm und Subjektives Recht**. Untersuchungen zur Allgemeine Rechtslehre. Weimar: H. Böhlau, 1878.

TREVES, R. **Sociologia del diritto**. Torino : Einaudi, 1996.

WEBER, M. **Il metodo delle scienze storico-sociali**. Torino: Einaudi, 1958.

WEBER, Max. **Economia e Società**. Vol. Vol. I. Milano: Edizioni Comunità, 1961.

**Submissão: 21/11/2024. Aprovação: 22/11/2024.**

## **ENSAIO SOBRE DIFERENÇA, RESISTENCIA E ALTERIDADE: OBSERVAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO FEMINISMO E DO ANTIRRACISMO NA CONTEMPORANEIDADE**

*ESSAY ON DIFFERENCE, RESISTANCE, AND ALTERITY:  
OBSERVATIONS ON THE EVOLUTION OF FEMINISM AND ANTIRACISM IN  
CONTEMPORARY TIMES*

Lucas de Alvarenga Gontijo<sup>1</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

### **Resumo:**

O presente ensaio perscruta discutir como as diferenças humanas, que usualmente são objeto da violência estatal e do direito oferecem, paralelamente, meios de resistência a partir do desenvolvimento de seu autoconhecimento. Por outro lado, o artigo constata que o direito, como instituição de violência, tende a render-se a serviço de forças políticas autoritárias, reacionárias e inibidoras da complexidade humana. Contudo, valendo do entendimento da escola realista do direito, verifica-se que o direito é campo aberto para disputa política de forças sociais em movimento e perene reorganização de suas estratégias de ação. Retoma-se, então, a perspectiva do materialismo histórico como teoria social da práxis para descrever como a diferença opera a abrir novos caminhos, como forma de resistência. Valendo-se do método hipotético crítico, a partir de revisões de literatura baseadas em De Giorgi, Derrida, Benjamin, Agamben, Marx e Engels, objetiva-se analisar como a capacidade discursiva de movimentos como, a exemplo, o feminismo e o antirracismo, se deslocam e recriam permanentemente estratégias de resistência. A hipótese resultante do ensaio é otimista e procura sustentar que a práxis social e política é método de luta por direitos.

### **Palavras-chave:**

Violência. Diferença. Realismo Jurídico. Feminismo. Antirracismo.

### **Abstract:**

The present essay aims to explore how human differences, which are usually the target of state violence and legal systems, simultaneously provide means of resistance through the development of self-awareness. On the other hand, the article observes that law, as an institution of violence, tends to serve authoritarian, reactionary, and inhibitory political forces that suppress human complexity. However, drawing from the understanding of the realist school of legal thought, it is argued that law is an open field for the political dispute of social forces in constant movement and the perennial reorganization of their strategies of action. The essay then revisits the perspective of historical materialism as a social theory of praxis to describe how difference operates in opening new paths as a form of resistance. Using the critical hypothetical method, based on literature reviews of thinkers such as De Giorgi, Derrida, Benjamin, Agamben, Marx, and Engels, the essay seeks to analyze how the discursive capacity of movements such as feminism and anti-racism continuously shifts and recreates strategies of resistance. The resulting hypothesis of the essay is optimistic, aiming to sustain that social and political praxis is a method of struggle for rights.

### **Keywords:**

Violence. Difference. Legal Realism. Feminism. Antiracism.

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Professor da Graduação em Direito da PUC Minas e da Faculdade Milton Campos.

## 1. INTRODUÇÃO

Na política contemporânea há um leque de referências ou fatos de discurso que podem se relacionar ou mesmo decorrer do amalgama ideológico representado pela conjunção vocabular *extrema direita*. Este ensaio perscruta interpelar apenas uma de suas posturas: a contenção da complexidade social. O motivo para se estudar mecanismos e instrumentos políticos que visam a redução da complexidade, mais especificamente o Estado e o direito, é observar, em seu reverso, isto é, em seu oposto, como se formam as estratégias de resistência e como se organizam grupos sociais que, em oposição à extrema direita, propiciam a expansão da diversidade de formas de vida.

Contudo, a compreensão dessa característica específica do extremismo de direita exige certo percurso teórico-metodológico. O artigo se propõe a investigar causas cognitivas e sociológicas que alavancam o combate à complexidade e levará a efeito uma crítica ao direito como estrutura de violência. Usando de uma metodologia ensaística, estes escritos se põem a investigar por que a diferença é entendida como ameaça por grupos reacionários e se torna alvo de obsessivos enfrentamentos políticos. Nesse sentido, o artigo procurará tecer argumentos para a compreensão dos retrocessos sociais que o direito moderno tem sofrido e como ele se transforma, cada vez mais, em instrumento de aniquilação das formas plurais de existência, reprimindo minorias e a pluralidade das expressões humanas.

Considerando que a multiplicidade de possibilidades de ação é vislumbrada como um excedente ameaçador à manutenção ou sobrevivência das identidades, o artigo buscará criticar os pressupostos ideológicos que se movem num entrincheiramento em defesa dos identitarismos. Revela-se assim, como estratégia de poder, a assunção de uma espécie de teologia política, isto é, pressupostos místicos que propiciam a cooptação do Estado e do direito em benefício de frentes políticas reacionárias.

Esse eixo de entendimento repousa sobre a tese de que a diferença não pode ser vista como a negação da negação, mas como alteridade que tem seu próprio espaço, ou seja, como uma categoria em si mesma. Logo, o texto se distancia da dialética hegeliana para fazer corpo com as teorias da diferença, pressuposta, por autores como Gilles Deleuze, Jacques Derrida e Raffaele De Giorgi.

Para desenvolver tais pressupostos, cumprir-se-ão dois movimentos:

O primeiro se dedica a dissecar como o direito contemporâneo age, continuamente, como exceção. Por isso, antes de adentrar a dimensão do Estado como superestrutura, será preciso especular como se formam os “excedentes” a serem controlados

pelos limites do direito. É preciso refletir como o direito se apresenta como violência, a desvelar uma estrutura que não é outra senão mítica, a fazer-se identificar com uma *teologia política*. Por isso será necessário tanto retomar alguns argumentos deixados por Giorgio Agamben sobre Carl Schmitt, como também recuperar a crítica de Walter Benjamin sobre o poder como violência. Essa primeira parte se fecha com a sustentação de uma hipótese: o direito estabelece os limites de inclusão/exclusão, proibição/permissão a partir de uma decisão tão somente política e não epistemológica ou lógica. A escola realista do direito precisa ser tratada com a devida atenção, pois havia, desde o início do século XX, fornecido amplos estudos sobre como os estados de anomia e indeterminação do direito se efetivam a serviço da exceção e interesses recônditos ou inconfessáveis.

No segundo momento, o ensaio ocupar-se-á de descrever algumas perspectivas e conjecturas da luta antirracista e do feminismo contemporâneo, de modo a demonstrar de que forma esses movimentos são capazes de se reinventar e instruir resistências, a constituir formas de enfrentamento em prol do direito à diferença e à complexidade. Através do contínuo deslocamento de suas autocompreensões, esses movimentos exemplificam como a diferença pode evitar a subalternização, reestruturando permanentemente seus discursos frente à adversidade autoritária que a oprime e apresentando, assim, não apenas resistência, mas também superação e ruptura com a dialética hegeliana de retorno a qualquer síntese.

Cabe ainda mencionar que para fechamento deste percurso introdutório, os movimentos político sociais sugeridos, o antirracismo e o feminismo, serão aproveitados como exemplos de processos não de proteção a identidades, mas interativos, auto inclusivos, que passam a compor espaços políticos e assim forçar redefinição de seletividades. Edificam-se, na realidade, como movimentos que problematizam e modificam os limites do direito. Mesmo porque, como dispõe Raffaele De Giorgi, “um limite se é dado, não existe até que uma observação o coloque como um limite” (2022, p. 5), ou mais profundamente, “tanto a representação quanto a ação só são possíveis pela construção contínua de limites, ou seja, pelo fato de que toda determinação é ao mesmo tempo uma posição de limites e sua própria negação” (DE GIORGI, 2022, p. 5).

A análise que se apresentará do antirracismo consiste em demonstrar que esse movimento foi capaz de compreender que hoje se experimenta formas mais complexas de discriminação, como por exemplo, o *racismo diferencialista*, isto é, uma espécie de metarracismo, como forma de negação da alteridade. Como sugerem Étienne Balibar e Immanuel Wallerstein, “o novo racismo é um racismo da época da “descolonização”, do deslocamento dos movimentos de populações entre antigas colônias e antigas metrópoles e da cisão da

humanidade no interior de um único espaço político” (BALIBAR; WALLRSTEIN. 2021, p. 55).

O feminismo, por sua vez, foi capaz de reinterpretar a divisão sexual do trabalho e contestar a sub-representação política das mulheres. Desmantelando as contrafactuais fronteiras entre público e privado. Como advertem Flavia Biroli e Luis Felipe Miguel: “formas mais complexas de dominação exigem ferramentas mais sofisticadas para entendê-las; nesse processo, o pensamento feminista tornou-se o que é hoje: um corpo altamente elaborado de teorias e reflexões sobre o mundo social” (BIROLI; MIGUEL. 2014 (a), p. 18). Ao analisar estratégias teórico-práticas do movimento feminista contemporâneo, observou-se que fatos biológicos, como a gravidez, parto ou amamentação, não têm um sentido fixo e devem ser ressignificados. A mulher tem seu próprio espaço e não pode ser entendida como antítese da matriz masculina, como largamente foi feito. Tampouco deve existir o feminino como um lugar fixo, como essência. É perigoso apoiar-se sobre qualquer designação de natureza ou padrão moral. As mulheres, quando colocadas em posições predeterminadas vulnerabilizam-se e facilmente são subalternizadas na domesticidade. Qualquer essencialismo propicia insulamento restrito a papéis comportamentais estereotipados. Essa mesma crítica ao identitarismo se aplica às interseccionalidades de gênero, raça, cultura e classe. A defesa de culturalismos ou etnicismos identitários tem contribuído para sujeição feminina a construir essencialismos sobrepostos, enredando as mulheres em laços tradicionais e preconceituosos. As diferenças são diferentes entre si, isto é, há que se observar a diferença da diferença. Nesse sentido, o artigo tentará tecer alguns argumentos desse nicho de teses que tem se erguido para maior compreensão, emancipação e autonomia do feminino.

A hipótese alçada ao final do ensaio aponta que tanto o feminismo quanto os movimentos de resistência ao racismo impulsionam e são ao mesmo tempo alimentados pela teoria crítica e compõem práxis materialistas históricas em plena disputa política. Por isso, retomar-se-á a metodologia marx-engeliana para tecer sua contestação da desigualdade e a afirmação da diferença como espaço em si e não negação de qualquer outra posição tida como matriz, identidade ou essência. As diferenças reconhecem e reafirmam que a universalidade dos direitos humanos não é neutra, tanto a inserção da mulher na vida política quanto a isonomia de tratamento interracial sugerem que os estigmas de subjetivação estejam superados de antemão e isso só será alcançado a partir de uma interação/ocupação dos espaços político-jurídicos, sobretudo através da luta por ressignificação conceitual discursiva.

A adversidade autoritária a ser enfrentada em defesa da complexidade é exercida, sobretudo, Estado materializado no direito e vice-versa. Essa superestrutura, por sua vez, como

demonstrar-se-á com auxílio do substrato teórico produzido pelos teóricos realistas do direito, é eminentemente político, não epistemológico como comumente se pressupõe.

Se, contemporaneamente, a política e o direito, sob a égide do avanço da extrema direita, têm se transformado numa tecnologia de gestão desigual de riscos — incorporando cada vez mais estruturas de seletividade de acesso —, a resistência às assimetrias tem se reinventado e expandido o espaço de suas ações.

Considerando que o maior desafio da luta contra a esterilização do futuro é a criação de uma nova semântica tanto política quanto jurídica capaz de se fazer de arma em efeito de seus atos perlocucionários e ilocucionários, de modo a construir a resistência. Apontamentos gestados dentro do arcabouço reflexivo do antirracismo e do feminismo sugerem caminhos a serem tomados. O artigo procura, então, apenas torna-los mais nítidos.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

Como pressupõe a chamada para o dossiê a que esse ensaio se insere, o presente da sociedade moderna se apresenta como tempo da diferença e do diferir, da incerteza e do risco. O efeito mais latente dessa conjuntura pode ser sentido com o aumento exponencial da violência como manifestação da soberania estatal. Parece que quanto maior a instabilidade das organizações dos sistemas sociais, maior a composição entre as superestruturas estatais e a força. A observação crítica sobre a conjuntura não só infraestatal, mas também internacional, indica que a incapacidade de vincular o tempo, de reduzir a incerteza do futuro e de estabilizar as expectativas de comportamento, parece precipitar o colapso dos sistemas sociais. Tal colapso se deixa ver pela eminência de guerras civis e guerras interestatais no horizonte.

### **2.1 Direito e violência**

O primeiro tema do desenvolvimento se ocupará do direito como violência a partir da perspectiva de Jacques Derrida. o foco analisa mais precisamente como a ideia de força é ambivalente, servindo tanto como meio de subjugação do dominante sobre o dominado quanto como insurreição do dominado perante o dominante.

Inicialmente, seria oportuno demarcar que o direito não deveria ser identificado à violência. Para Tércio Ferraz Jr, por exemplo, o direito deveria ser entendido como um mundo comum, e a imposição priva o direito, portanto, de seu significado, tornando-o o avesso de si mesmo. “Daí a inevitável conotação da arbitrariedade com violência e conseqüente redução do

sujeito passivo das normas a uma espécie de impotência confundida com obediência” (FERRAZ JR., 2013, p. 340). Hannah Arendt, em um de seus ensaios mais famosos, *Sobre a Violência*, de 1981, ao tecer uma longa reflexão sobre a intersecção entre poder, força e direito, também vê que o direito deveria ser visto como o potencial de uma vontade comum formada em uma comunicação isenta de coerção. Portanto, Arendt também contrapõe direito à violência. Segundo ela, o poder corresponde à capacidade não somente de agir, mas de agir em comum acordo. Assim, esse poder comunicativo somente pode se desenvolver em esferas públicas não deformadas pela violência, somente pode surgir das estruturas de intersubjetividade não distorcidas (2024, pp. 84-147).

Alguns apontamentos feitos por Jacques Derrida, em sua famosa conferência proferida na *Cardozo Law School*, em Nova York, em 1989, também vão no sentido de que o direito carece de legitimidade e não se esgota em violência (2006)<sup>2</sup>. Para fazer justiça à intervenção de Derrida, seria adequado esclarecer que ele procurava, naquela oportunidade, estabelecer uma relação entre direito, justiça e desconstrução, explorando os limites e as possibilidades do conceito de justiça em âmbito do direito positivo e a macroestrutura que o suporta.<sup>3</sup> Contudo, o foco deste ensaio, nesse específico segmento, é o direito como violência e essa é uma das ideias arroladas por Derrida em sua discussão. Para ele, a gênese do direito se erige não com o auxílio da violência – porque aí a violência seria externa – mas como um ato em si de violência, de violência intrínseca. Dispõe ele: “não é uma possibilidade exterior ou complementar que viria se juntar, de modo suplementar, ao direito [...] é a força essencialmente implicada no próprio conceito” (2010, p. 8). Explicita-se, portanto, a violência fundacional que estabelece a autoridade do direito. Com efeito, o fenômeno jurídico jamais seria neutro; mas carregaria consigo uma violência constitutiva de sua própria natureza, inerente à sua estrutura, seja na sua fundação ou na sua práxis. “Fundar, inaugurar, justificar o direito, fazer a lei, consiste num golpe de força, numa violência performativa”. (DERRIDA, 2010, p. 24). Nela mesma, a violência performativa, não importa ser nem justa e nem injusta.

---

<sup>2</sup> A conferência foi intitulada originalmente *Deconstruction and the Possibility of Justice* e apresentada num colóquio do movimento *Critical Legal Studies*, em 1989. As citações transcritas neste artigo vêm da tradução de Leila Perroni-Moisés, através da publicação do livro *Força de Lei*, como consta nas referências bibliográficas do artigo.

<sup>3</sup> À título de complemento, porque não é o foco desse ensaio, vale à pena esclarecer que Derrida persegue, no desenvolvimento de sua conferência, o pressuposto de que a justiça jamais se deixa alcançar plenamente porque essa se revela como uma aporia, uma escolha contingente e momentânea. Por isso, o direito precisa ser desconstruído para que assim se aproxime, mesmo que precariamente, da justiça. A desconstrução se apresenta assim como uma possibilidade de se desnudar os paradoxos e as hierarquias implícitas aos sistemas jurídicos.

Como explicado, o direito, para Derrida, não seria tão somente violência porque pressupõe certa pretensão de legitimidade. A legitimidade para ele, entretanto, é complexa porque não é plenamente racional ou justa e o direito nunca conseguiria se ver desmaculado de sua violência fundadora. Essa violência não é apenas física, mas simbólica: ela pressupõe e ao mesmo tempo impõe uma estrutura de autoridade, por sua vez com certa pretensão de legitimidade, mesmo que viciada. Em outras palavras, a legitimidade do direito, para Derrida, é sempre contingente e provisória, exigindo da reflexão dos juristas contínuo processo de desconstrução, e assim sempre aberta à crítica e à transformação. Mas resta que “não há direito que não implique nele mesmo a força” (DERRIDA, 2010, p. 8).

Derrida também sugere que o direito possui um profundo caráter místico. É nesse sentido que se poderia dizer que o autor francês pressupõe requisitos jurídicos de uma teologia política, em termos schmittianos. Há, portanto, em seu entendimento, uma dimensão mística no direito. Força é uma palavra perigosa para Derrida, pode se dizer que ele a usa com certa reserva, como quem tateia um conceito obscuro, ocultista-místico, onde estão implicados violência e arbitrariedade.

Daí pedir precaução e lembrar o caráter diferencial da força. Escreve Derrida:

diferença como diferença de força, da força como *différance* ou força de *différance* (a *différance* é uma força diferida-diferente); trata-se sempre da relação entre a força e a forma, entre a força e a significação; trata-se sempre de força “performativa”, fora ilocucionária ou perlocutória, força persuasiva e de retórica, de afirmação da assinatura, mas também e sobretudo de todas as situações paradoxais em que a maior força e a maior fraqueza permutam-se estranhamente (DERRIDA, 2010, p. 11).

Aproveitando o tema da força, o ensaio instaura aqui, paralelamente, o seu tema-problema: o conceito de diferença. O segmento corrente logo retornará ao desenvolvimento do direito como violência, tanto a partir de Benjamin e quanto Agamben, de modo que a temática da diferença será aprofundada somente quando se tratar dos movimentos sociais de resistência. Mas é oportuno observar aqui que o neologismo *différance* une diferença e “adiamento” (em francês, a expressão *différer*, ou mesmo em português *diferir* significaria, a princípio, adiar, dilatar, espaçar, postergar. O significado mais apurado segundo o uso do termo por Derrida não seria propriamente *adiar*, mas sim *deslocar*. Isto é, mover de seu lugar usual, desafixar. A expressão *différance* não deixa de indicar estar sempre adiante, ou em um presente continuado, um *sendo* adiado/deslocado, que nunca se estabiliza ou se conclui. Ao mesmo tempo o significado se erige na dinâmica da percepção das diferenças experimentadas. O significado é sempre uma tensão onde uma ideia pressupõe a ocultação de outra. Um termo explicitado

implica a ausência de outros. Exatamente por isso, Raffaele De Giorgi, escrever que para Derrida o presente é o lugar da diferença e ao mesmo tempo o lugar da ausência (DE GIORGI, 2022, p. 13).

Portanto, diferença, para Derrida, não é uma simples relação de oposições e muito menos a observação de distinções entre identidades fixas. Elaborar-se através da diferença plexos de significações, onde essências e estabilidades não existem. De um lado a diferença sempre aponta para o que está ausente e do outro lado o significado está sempre em movimento, nunca plenamente presente. Dessa forma, a *diferença* se torna um conceito hábil para explicar e para operar a complexidade da sociedade moderna. Todavia, exatamente pelo seu caráter instável, mutante, a diferença é compreendida como uma ameaça pelas mentalidades reacionárias. A extrema direita faz da *diferença* ameaça e da ameaça seu elixir para inflamar sua militância.

Mas ao mesmo tempo que mentalidades reacionárias enxergam na *diferença* uma ameaça, a compreensão das diferenças pelos grupos subalternizados que uma vez conscientes de suas especificidades e valores não mais como diferença-negação ou diferença-inferioridade, mas como diferença criadora de novos sujeitos e formas de ser, propicia a movimentos políticos, a insurreição em busca de reviravolta dos saberes.<sup>4</sup>

Como foi sugerido acima, as *diferenças*, em suas acepções dinâmicas e transformadoras são interpretadas como ameaças pelas mentes reacionárias que, por sua vez, ativam dispositivos direito-poder para detê-las, para suprimi-las. Contudo, as diferenças são também chaves para eventuais sublevações dos discursos sujeitados e possibilidade/potência de reviravolta em busca de justiça. Considerando que o mundo é comunicação, como fora sempre postulado por Niklas Luhmann, é preciso prestar atenção na força ilocucionária das expressões linguísticas. A ilocução, isto é, o ato de dizer algo que realiza uma ação, como força performativa, se refere à capacidade da linguagem de não apenas descrever, mas também de atuar e modificar a realidade. Com efeito, diferença não é apenas uma questão de distinção entre elementos diversos, de revelar e ocultar, mas também forma de entender como os sentidos são construídos, desdobrados e interligados. Isso rende uma visão mais complexa e dinâmica da linguagem, da sua força ilocucionária e da significação, desafiando a segurança do passado, desestabilizando essências e abrindo espaço para uma multiplicidade de interpretações, isto é, inventando o futuro.

---

<sup>4</sup> Sobre reviravolta dos saberes sujeitados, confira Foucault (2016; 1996).

Pois bem, feita essa introdução de como lidam força e diferença, cumpre-se o propósito momentâneo. A ideia de diferença será retomada adiante, quando o tema não for mais direito-violência, mas a força transformadora da sociedade a partir da diferença. Por hora, esse argumento aguarda seu turno.

Preliminarmente, há que se retornar aos métodos do direito para conter a complexidade e neutralizar as eventuais sublevações. Se o direito tem sua gênese intrínseca à força, ao poder ou à violência, uma relação mais interna e mais complexa precisa de aí ser destilada. Retoma-se, portanto, a perspectiva de que não há direito sem força, ou a força compõe a estrutura analítica do seu conceito (DERRIDA, 2010, pp. 7-8).

Em continuidade ao pressuposto derridiano de que o direito, como violência e força, se vale de uma dimensão mística, cabe a esses escritos integrar à discussão os argumentos trazidos por Water Benjamin, no ensaio *Sobre a crítica do poder como violência*<sup>5</sup>.

O texto se dedica à violência institucional do direito (o termo *Gewalt* não se traduz facilmente fora do alemão, porque significa poder e direito, ao mesmo tempo). Benjamin entrelaça as ideias de política, direito, justiça e moral. Essa reflexão emerge ainda no contexto sombrio dos debates pós Primeira Guerra Mundial, dedicando-se ao problema da legitimidade e da soberania do direito. O tema interessa muito a esse artigo por oferecer subsídios para compreensão de como forças contrapostas à soberania estatal podem também criar direitos. Benjamin analisa como greves e banditismos também são fontes edificadoras de direito. No tema específico da greve, evoca o livro *Réflexions sur la violence*, de Georges Sorel, publicado pela primeira vez em 1908. Esta obra é um marco do pensamento político e filosófico, explorando o papel da violência na ação revolucionária e no sindicalismo.

Indo diretamente ao texto de Benjamin, “a instituição de um Direito é instituição de um poder político e, nesse sentido, um ato de manifestação direta da violência” (2019, p. 77). Na trama do texto benjaminiano, a discussão elementar de toda ordem jurídica é a dos meios e fins. Em princípio, a violência só poderia se manifestar no âmbito dos meios. Mas, na realidade, não é o que acontece. O direito moderno, como subsistema autorreferencial, sugere que seu fundamento não seja a violência, mas apenas as circunstâncias em que ela seria aplicada, como

---

<sup>5</sup> Originalmente *Zur Kritik der Gewalt*. Estima-se que o texto fora escrito entre dezembro/janeiro de 1920-21, tendo sido publicado na revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, no final de 1921. As transcrições usadas por esse artigo partem da tradução de João Barrento, como consta nas referências bibliográficas. Vale acrescentar também que esse texto revela Benjamin em fase mais anarquista, a atribuir um caráter imoral ao direito por ser indissociável da violência. Nos anos seguintes, Benjamin irá se demonstrar cada vez menos anarquista e mais próximo do comunismo.

se pode depreender de Hans Kelsen, por exemplo, na obra *Teoria Pura do Direito* (1995). A autoreferenciabilidade do direito levaria a essa conclusão. O que Benjamin abre é que a questão seria saber se a violência em absoluto, como princípio, mesmo sendo um meio para fins justos, teria um fundamento moral ou não. Ele conclui pelo não (BENJAMIN, 2019, p. 59).

Benjamin analisa que o direito como ordem imposta em si é poder e funda uma ordem política. Mas que sua institucionalização se dá em um plano meta imanente, propriamente místico. Mesmo que recôndito por racionalizações, o direito estaria subsidiado por um tipo de discurso de cunho jusnaturalista, o que lhe dá ainda mais força e potência de violência. Crenças jusnaturalistas como essência, identidade, natureza, soberania são usualmente instrumentalizadas pela extrema direita para desencadear e “justificar” a violência.

Se o poder se fundamenta em um argumento de direito natural, isto é, se a pretensão de legitimidade para uso da força for postulada como produto da natureza, não haveria qualquer problema na aplicação de meios violentos para “fins justos”. Como reflete Benjamin, a filosofia popular darwinista, estandardizada como dogma da história natural, “mostrou muitas vezes como é pequeno o passo que leva desse dogma da história natural àquele outro, ainda mais grosseiro, da filosofia do direito, que pretende que toda violência adequada quase exclusivamente a fins naturais seria, só por isso, também legitimável” (BENJAMIN, 2019, p. 60).

Compondo com premissas que sustentam esse ensaio, o discurso identitário que insufla as massas reacionárias é jusnaturalista. Desde os postulados neoliberais que pressupõem crença em seleção natural, humanos como seres naturalmente “competitivos e individualistas”, à uma argumentação xenófoba fundada em crenças de autoctonia, direitos à identitarismos, ou mesmo à determinismos sexuais. Dessa forma é possível compreender o interesse do direito pela monopolização da força. Como se verá adiante, o racismo está sempre sob a égide da proteção do Estado a um grupo que se entende como cultura dominante, assim também como identidade “legítima” para ocupação e normatização hierarquizada do espaço. O interesse do direito pela monopolização do poder, para que assim possa garantir os fins do direito, é antes impedir existência de qualquer forma de poder fora ou paralela ao âmbito do próprio direito (BENJAMIN, 2019, p. 63).

De outro lado, a reflexão benjaminiana abre um flanco interessante de contraposição ao autoritarismo pretensamente absoluto do Estado Moderno. Benjamin recorre então a outras fontes de direito, como a greve, e disserta sobre seu efetivo poder-violência. Dispõe: “O operariado organizado é, hoje em dia, o único sujeito jurídico, além do Estado, ao qual se concede o direito à violência” (2019, p. 63). A greve pode mudar o jogo do poder, pois como

resistência desestabiliza o monopólio da subjetivação que direito procura apoderar-se. Assim como as greves mostram que são capazes de instaurar/modificar relações jurídicas, as guerras, onde os vencedores exigem sempre que o cessar das hostilidades seja assinalado com um cerimonial de paz, compõem formas de resistência e são potencialmente fundadoras de direito. Pois são também meios primordiais de criação de direitos.<sup>6</sup>

A violência não funda apenas um poder imanente, mas também e sobretudo um poder simbólico. A partir da seguinte passagem se pode compreender melhor essa dimensão tanto mítica quando imanente do poder. Benjamin assim reflexiona:

Se a violência fosse, como parece ser, apenas o meio de se apoderar imediatamente do que quer que seja que se pretende num dado momento, só poderia alcançar os seus fins sob a forma da violência de um assalto. O poder da violência seria, nesse caso, completamente inapto para instaurar ou modificar relações de forma relativamente estável (BENJAMIN, 2019, p. 65).

A terceira reflexão sobre a violência dessa seção não poderia deixar de evocar a teoria do estado de exceção permanente, sugerido por Giorgio Agamben. Não sem razão, o muito difundido livro *Stato di Eccezione* se principia a reconstruir dois movimentos do pensamento de Carl Schmitt, as publicações de *Die Diktatur*, de 1921 e de *Politische Theologie*, de 1922<sup>7</sup>. No *Da Ditadura*, além de tratar do *Estado de sítio*, distingue-se a *ditadura comissária*, que visa defender ou a restaurar a constituição vigente, da *ditadura soberana* qual, como figura de autoritarismo elíptico em si mesmo, alcança sentido pleno. Já no *Teologia Política*, os termos *ditadura* e *Estado de sítio* perdem lugar, sendo substituídos por *estado de exceção*. Nesse sentido, o livro *Teologia Política* se constitui propriamente como uma teoria da soberania.

Como sintetiza Agamben, a finalidade dos dois livros de Schmitt é a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico: “La prestazione specifica della teoria schmittiana è

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, confira a seguinte passagem do texto de Benjamin: “Na figura do grande criminoso, o Direito vê-se confrontado com esse poder e a sua ameaça de instituir um novo Direito, uma ameaça que, apesar da sua impotência, nos casos mais significativos faz estremecer o povo, hoje em dia como nas épocas arcaicas. O Estado, porém, teme esse poder essencialmente pela sua possibilidade de instituir um Direito, do mesmo modo que tem de reconhecê-lo como tal quando potências estrangeiras ou classes sociais o obrigam a conceder-lhes, respectivamente, o direito de fazer a guerra ou a greve” (BENJAMIN, 2019, p. 66).

<sup>7</sup> Assim como praticamente toda obra de Carl Schmitt, os dois livros citados são caracterizados pela mediocridade. A propósito, se encontra, com certa frequência, comentários apologéticos ao trabalho desse autor com expressões que sugerem um discurso do tipo: “Schmitt é um pensador a serviço do mal, mas é preciso reconhecer que era um gênio”. Tal afirmação é de duas uma: ou quem assim se expressa nunca leu qualquer de seus trabalhos e repete esse mantra desavisadamente, ou o comentador disfarça sua admiração pelo mal, procurando indicar aos outros aquele que valoriza. A melhor definição às teorias schmittianas que já ouvi foi feita por Raffaele De Giorgi em uma conferência no México: “seu pensamento não vai além do tribal”. Além disso, é um autor de mente tacanha. Coube à Agamben referir-se a essas duas obras – por óbvio sem elogiá-las – porque na segunda, *Teologia Política*, há de tudo uma frase emblemática: “o soberano é quem decide no estado de exceção”.

appunto quella di rendere possibile una tale articolazione fra stato di eccezione e origine giurídico” (AGAMBEN, 2021, p. 45)<sup>8</sup>. O estado de exceção é propriamente um estado de anomia, de indeterminação. Sua prática se dá exatamente por não se deixar definir: “*Essere-fuori* e, tuttavia, appartenere: questa è la struttura topologica dell stato di eccezione, e solo perché il sovrano, che decide sull’eccezione, è, in verità, logicamente definito nel suo essere da questa, può anch’esso essere definito dall’ossimoro estasi-appartenenza” (AGAMBEN, 2021, p. 48)<sup>9</sup>. *Estasi-appartenenza* se poderia traduzir em língua portuguesa por *êxtase-pertencimento*, evocando um estado de transcendência (*êxtase / furori*) que remete à uma dimensão sobrenatural-política, ou propriamente *teológica-política*. Essa junção sugere um conceito de arrebatamento e, ao mesmo tempo, ligação ou identificação com algo [a ordem jurídica]. A teoria e a prática do estado de exceção fixam-se como um postulado de soberania, sem limites e essa falta de restrições é também ancorada na ordem jurídica.

O estado de exceção é, portanto, dois lados de uma mesma moeda: De um lado é direito capaz de compatibilizar, simultaneamente, sua vigência, mas com baixa ou nenhuma normatividade, isto é, sem força-de-lei. E, por outro lado e exatamente em decorrência dessa situação de não ter respaldo em lei, tem *força-de-lei sem lei*. Em suma, com fidelidade às expressões de Agamben: a “força de lei” flutua como um elemento indeterminado, fazendo do estado de exceção um espaço anômico onde se experimenta a *força-de-lei sem lei*.

Antecipando, em parte, as conclusões que este artigo apresentará ao trazer à discussão o realismo jurídico, Agamben chega a dispor objetivamente que:

che ‘applicazione di una norma non è in alcun modo contenuta in essa né può da essa essere detotta, altrimenti non vi sarebbe stato bisogno di creare l’imponente edificio del diritto processuale. Come fra il linguaggio e il mondo, così anche fra la norma e la sua applicazione non vi è alcun nesso interno, che permetta di derivare immediatamente l’una della’altra” (2021, pp. 53-54)<sup>10</sup>.

A partir dessa passagem muito significativa, Agamben dispõe que o estado de exceção não representa apenas um estado de lei em que essa não se aplica, mas que

---

<sup>8</sup> Tradução livre: “A pretensão específica da teoria schmittiana é precisamente aquela de render possível uma tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica”.

<sup>9</sup> Tradução livre: “*Estar-fora* e, todavia, pertencer: esta é a estrutura topológica do estado de exceção, e somente porque o soberano, que decide sobre a exceção, é, na verdade, logicamente definido no seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oximoro *êxtase-pertencimento*”.

<sup>10</sup> Tradução livre: “que a aplicação de uma norma não é de qualquer modo contida nela e nem pode ser dela deduzida, de outra forma não seria necessário de se criar um imponente edifício do direito processual. Como entre a linguagem e o mundo, assim também entre a norma e sua aplicação não há nenhum nexo interno que permita derivar imediatamente uma da outra”

essa, mesmo assim, permanece em vigor. As leis ou constituições podem estar em vigência, mas têm baixa ou nula normatividade. A lei que não está formalizada existe como força de ação. Sucede que “lo stato di eccezione separa, cioè, la norma della sua applicazione, per rendere quest’ultima possibile. Esso introduce nel diritto una zona di anomia, per rendere possibile la normazione effettiva del reale” (AGAMBEN, 2021, p. 49)<sup>11</sup>. Portanto, o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real do direito (AGAMBEN, 2021, p. 49).

No estado de exceção se depara com o fato de não existir reais limites entre o subsistema social da *política* e o subsistema social do *direito*. Desnuda-se o paradoxo da forma legal daquilo que não tem forma legal, isto é, o extrajurídico se aninha dentro da própria ordem jurídica. Esse fenômeno deveria, por princípio, ocorrer em “*estados de emergência*”, mas é observado em grande parte dos Estados contemporâneos, em pleno regimes reconhecidos como Estados Democráticos de Direito. Ou ainda, em perspectiva, o estado de exceção não é exceção nas democracias liberais modernas.

E considerando esse estado de coisas, se faz necessário compreender melhor o diagnóstico da escola realista do direito, abrindo-se o último tema deste segmento. Se o decisionismo dentro do direito fosse efeito da indeterminação entre o fato político e o direito, com a exacerbada proliferação legiferante da contemporaneidade não haveria necessidade para prática do decisionismo. Mas mesmo sem necessidade, isso ocorre quotidianamente, mesmo porque a decisão jurídica sem precedente em direito prévio não é explícita, mas disfarçada. Não é necessário, como teorizado por Agamben, a existência de um estado kenomático no direito para que o estado de exceção seja a regra<sup>12</sup>. O direito em regime de excepcionalidade não depende de guerra civil ou insurreição à ordem estatal. Também não é um direito especial, nem mesmo direito de guerra ou Estado de sítio. Isso é, ocorrer e tão somente se houver suspensão da ordem jurídica. O estado de exceção se generaliza sob as mais infames justificativas, podendo ser imposto pela mera abstração da lei ou pela alegação de contingências que surgiram sem fundamento ou justificativa. Ilustrativo se faz o relato de Bobbio, Matteucci e Pasquino:

as últimas fases da República de Weimar, por exemplo, já antes do advento do nacional-socialismo, se caracterizaram pelo aumento das intervenções presidenciais, sob forma de decretos, e por um crescente recurso ao poder de revisão judiciária, pelo qual o juiz podia interpretar a lei geral e abstrata, fazendo uso de “princípios gerais” extrajurídicos, particularmente nos dissídios trabalhistas e na regulamentação da concorrência de mercado” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. 1994, p. 402)

<sup>11</sup> Tradução livre: “O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação, para tornar essa última possível. Isso introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real”.

<sup>12</sup> Um vazio de direitos. O termo *kenomático* se vale do radical grego “Keno” (κενός), isto é, *vazio* ou *nada*. Esse radical sugere uma ideia de ausência ou de um espaço que pode ser preenchido sem obstrução. Propriamente a ocorrência de um vazio de direito, ou em expressão vetusta: um *vacuum* jurídico.

Considerando essa passagem transcrita, cabe ressaltar que dentre as mais expressivas tendências do direito positivo, seria oportuno observar a perspectiva dos denominados realistas. Para eles, não se perspectiva como o direito deve ser, mas como ele efetivamente é.

O olhar realista se lança no campo do entendimento sociológico do direito, de maneira geral. Pode também ser encontrado em diversas acepções pragmatistas do fenômeno jurídico, pulverizado em numerosos exemplos da literatura jurídica. Contudo, pode também ser entendido como movimento teórico específico, consciente da especificidade de sua perspectiva científica, como ficou conhecido na nomenclatura *Escola Escandinava do Direito*, sobretudo pela representação de nomes como Axel Hägerström, Anders Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross. No Brasil, seu maior representante foi Carlos Campos (1932; 1995; 1961; 1959).

Embora sociológica, essa leitura é fortemente influenciada pelo positivismo lógico. Os realistas estudam as condições reais que moldam a aplicação das normas jurídicas, criticam a metafísica e o idealismo no direito e valorizam o empirismo, as características psicológicas dos magistrados em suas respectivas singularidades. O realismo, em síntese, se preocupa com a possibilidade e os limites do conhecimento do direito. Ou, ainda, como pontuado por Cláudio Michelin Jr., “o realismo está engajado em um projeto de Ciência que não pode compactuar com ilusões, mesmo que sejam ilusões generalizadas” (2004, p. 66).

Na perspectiva sempre enciclopédica de Norberto Bobbio, a “escola realista do direito, pode ser resumida da seguinte maneira: é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade” (2006, p. 142), pois sua ênfase não está no legislador, mas no juiz. E complementa: “é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juizes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas um mero *flatus vocis*” (BOBBIO, 2006, p. 142). Essa expressão suscitada pelo autor italiano, *flatus vocis* [*sopro da voz*], expressa bem certo pessimismo antropológico dos realistas, pois o direito pode ser visto como um sistema de palavras esvaziadas de força ou mesmo significado a ser manejando conforme as circunstâncias e interesses políticos proeminentes.

Segundo a perspectiva realista, o juiz não é entendido como neutro, mas admite-se que a prática do direito é luta política. E seria ingênuo acreditar no contrário. É que imparcialidade no sentido de manter-se desvinculado das partes é exigível e compõe o código ético direito, mas neutralidade é contrafactual. Marcelo Semer vê o direito como um sistema repleto de paradoxos, e nesse sentido afirma que é preciso distinguir “entre a imparcialidade, como premissa da jurisdição, e a neutralidade, como exigência indevida” (2021, p. 132). Imparcialidade, continua Semer, é distância das partes. Não se pode admitir vínculos de

amizade, parentesco ou mesmo inimizade daquele por qual será julgado. Deve-se, do julgador, se pressupor independência e esse independência de qualquer interferência externa ou hierárquica. Mas a perda de neutralidade significa perda do juízo crítico (SEMER, 2021, p. 136).

Seguindo de perto as conclusões de Kelsen no oitavo capítulo da obra *Teoria Pura do Direito*, é inarredável o fato de que sempre haverá, na decisão jurídica, a figura do *interprete autêntico* e sua decisão, esteja ou não dentro da moldura legal, se a mesma transitar em julgado, será direito (KELSEN, 1995). Seria Kelsen, nesse sentido um realista?

E, aproveitando para aportar as palavras de João Maurício Adeodato sobre o tema, para os realistas, a “direito é aquilo que a decisão do caso (o juiz) diz que é direito” (2023, p. 122). Depois complementa: “são as emoções, os preconceitos e as convicções que constituem a decisão, na qual os princípios éticos, os lógicos enunciados pelo julgador desempenham papel secundário, mesmo que os juízes não tenham consciência clara disso” (ADEODATO, 2023, p. 123). A perspectiva realista pode ser entendida como uma espécie de antropologia cética quanto as reais motivações para tomada de decisão, com base em contexto ou compreensão de mundo. A decisão não se infere a partir das regras explícitas, porque em primeiro plano tem-se a tomada de decisão “e só depois o sistema de textos vai servir de justificativa, escolhidos os mais adequados à decisão tomada”. (ADEODATO, 2023, p. 125)

Retoma-se aqui a preocupação de Derrida com a linguagem. O realismo chama atenção para vagueza, abstração e ambiguidade da lei. Isso já era postura do autor da Universidade de Upsália, Axel Hägerström, interessado em estabelecer alicerces teóricos imanentes para o direito. Concentrando-se nos efeitos e nas consequências práticas das decisões jurídicas, Hägerström enfatizava a importância da experiência humana fática, ocorrida, em lugar de abstrações normativas. O direito não seria apenas um sistema normativo, mas um reflexo das reais interações e comportamentos na sociedade. Fenômeno social que deve ser compreendido em sua práxis e em sua complexidade política.

Karl Olivecrona, autor da Universidade de Lund, também se dedicou a observar como as normas são aplicadas de fato. Para ele, a forma como as normas jurídicas (dispositivos) se expressa são apenas abreviações de fatos socialmente complexos que caberão aos juízes definir um dever ser capaz de causar um efeito no mundo real (OLIVERCRONA, 2018). Ele vê os dispositivos como imperativos que podem ser usados em contextos políticos de maneira independente, pelos juízes (2018, p. 53). Como dispõe, “una norma juridica no es una orden en sentido proprio” (2018, p. 31), porque a ordem emerge de circunstâncias experimentadas em determinada realidade, a partir da compreensão de um órgão julgador específico. Produz-se

assim uma teoria dedicada à análise do direito como um sistema de força contextualizado, em disputa pelo real. O direito positivo se vale do Estado para que possa, assim, organizar a força política. O Estado decorre da necessidade ou do interesse de se ter a força organizada (2018, p. 96) e, em razão disso, o Estado reivindica o monopólio da força (OLIBERCORONA, 2018, p. 118).

O dinamarquês Alf Ross crê que as normas, enquanto dispositivos, assumem formas tão somente diretivas. Isto é, elas buscam dirigir qualquer comportamento por meio de uma mera diretiva de ação, com pouca capacidade de realmente determinar a conduta humana a partir de sua expressão propositiva. Em sentido figurado, a lei escrita não pula do papel e se faz cumprir, ela precisa de uma vontade política que a efetive. Cláudio Michelon, ao interpretar os desígnios teóricos de Ross, vê que “os enunciados normativos seriam exemplos de atos linguísticos meramente expressivos, que não representariam qualquer estado de coisas e que, portanto, não poderiam ser avaliados como verdadeiros ou falsos” (MICHELON JR., 2004, p. 72).

Destarte, acompanhando Ross, entende-se que o direito efetivamente experimentado é independente das pretensões dos legisladores, pois ganham conotações específicas em seu processo político. Ross assim se expressa:

Com especial referência à política jurídica e a à sua possibilidade, a questão decisiva, portanto, é se o direito é criado – e em que medida – pela vontade de do legislador, entendida não como uma vontade metafísica livre, mas como a expressão de uma atividade consciente determinada por deliberação racional e argumentação; ou se o direito é criado – e em que medida – por um percurso independente dessa vontade (2007, p. 391).

Dando um passo à frente, Ross aduz que a força que os interesses sociais e coletivos têm no processo de formulação das decisões usualmente é negligenciado pela teoria do direito (ROSS, 2007, p. 411). Escreve ele que “a ideia de uma interpretação puramente lógica, isenta de todo pragmatismo, é uma ilusão” (2007, p. 387). Disso tudo emerge uma teoria realista em processo de esclarecimento dos fundamentos teóricos da política jurídica (ROSS, 2007, p. 380 e p. 385 et ss.).

Retornando mais uma vez Michellon, percebe-se que os realistas buscam, de maneira geral, oferecer explicações de como os conceitos que não têm referência na realidade podem ser compreendidos como meras hipóstases. Supõe-se assim que não existira fatos reais referidos nos termos jurídicos pois são substantivos abstratos. Os termos jurídicos, sendo hipostáticos,

permitem uma grande abertura hermenêutica para que os interesses políticos possam se acomodar.

Em fase de fechamento da primeira seção deste artigo, conclui-se que as distinções conceptuais políticas e jurídicas modernas, como as suas instáveis determinações, estão expostas a contínuas lutas por sentido. No contexto atual, com a crescente afirmação de ideologias alinhadas a campos de interesse da extrema direita, dadas às contingências e circunstâncias conjunturais que favorecem essa visão de mundo, o direito se vê refém das politonalidades de seu tempo histórico.

Por contradição, diante da expansão do espaço da alteridade, a reação ideológica da extrema direita tende a ser autoritária, valendo-se da lógica da *teologia política*.

A ordem mundial, como se lê anunciada na chamada do dossiê qual esse artigo se insere enfrenta um dilema: De um lado o Estado, a soberania, a decisão, o estado de exceção; do outro os direitos humanos, os valores, a singularidade dos indivíduos, como formas de recomposição de uma razão comum.

## **2.2 As Resistências**

Interessa a esse ensaio tecer o contraponto às forças de esterilização da complexidade e, desta forma, demonstrar como as resistências pelas diferenças operam e subvertem a violência inibidora do direito como força que impede o futuro de começar. As resistências abrem a possibilidade de uma reviravolta nos saberes, insuflando o reconhecimento de novas possibilidades de uma vida plural, inclusiva e digna.

Para tanto, far-se-ão duas análises dedicadas a dois movimentos de resistência tipicamente modernos e igualmente estruturantes dos conflitos sociais latentes na contemporaneidade: a luta antirracista e movimento feminista.

Se as mais marcantes características da sociedade do risco são as alteridades múltiplas, excedentes, resistentes e indisciplinadas, pode-se inferir que as diferenças são também formas de resistências e que seus enfrentamentos consistem em não se deixarem dialetizar na lógica da identidade.

As duas abordagens a seguir estruturam-se a partir do direito à existência em sua complexidade e diversidade cultural, social e política, de maneira a propiciar resistências plurais que se reinventam. E claro, por sua mutabilidade não se deixam apreender como identitarismos, mas sim como comunicação e interação com outras formas de vida.

As duas breves e pontilhadas exposições não têm qualquer pretensão de apresentarem diagnósticos ou prognósticos, senão apenas sugerirem que algumas percepções recentes testemunham a capacidade dos movimentos sociais se reinventarem, descobrirem novas diferenças e pugnarem para a extinção de desigualdades.

### 2.2.1 - Antirracismo

Hoje se sabe que o racismo é mais complexo do que se imaginava e há formas diversas de racismo. Ou ainda, todo racismo é sempre um meta-racismo, pois não se trata de um fenômeno biológico. Foucault postulou, por exemplo, a dimensão do *racismo de Estado*, que por sua vez abriu perspectivas para se detectar crenças deterministas atribuídas a humanos em relação à sua classe, gênero, grupo social, comportamento (FOUCAULT, 2016, Aula de 17 de março de 1976). Não cabe, nesse momento, expandir essa perspectiva porque sua exposição exigiria desdobramentos discursivos consideráveis. Mas, para além das férteis perspectivas foucaultianas, há dois modos elementares de se ver o racismo quais se fazem possível uma apresentação esquemática, como sugestão para o que se quer concluir nesse ensaio. Existe o *supremacista*, que busca a subalternização de uma raça como é típica dos países onde se desenvolveu escravidão ou servidão racializada. Existe também o denominado *neorracismo*, ou *racismo diferencialista*, como sustentam Étienne Balibar e Immanuel Wallerstein. Sendo essa última uma forma de racismo típica das Europa pós colonial e de países de densa imigração, como EUA<sup>13</sup>. No *racismo diferencialista* não há raças humanas, mas há pertencimento a culturas históricas.

A mentalidade racista, nesse contexto, se erige sob o argumento de que seria preciso preservar suas tradições identitárias. O argumento da identidade é usado como pressuposto daquilo que não poderia ser alterado, é metafisicamente compreendido como aquilo que sempre teria sido, como se a cultura fosse algo cristalizado. Nesse sentido, “a cultura também pode funcionar como uma natureza, em particular como um modo de circunscrever a priori os indivíduos e os grupos em uma genealogia, uma determinação da origem imutável e intangível” (BALIBAR; WALLERSTEIN. 2021, p. 57)

O outro, o diferente deveria ser afastado sob o exercício de uma espécie de profilaxia cultural. Esses mecanismos de preservação/proteção/esterilização a algo ameaçador que se

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, conferir também o livro de Martin Backer: *The new racism, conservatives and the Ideology of the Tribe*, constante nas referências deste artigo.

impõe sobre aquilo que teria valor absoluto, valor vital, justificaria a violência e faz do direito-violência escudo.

Por outro lado, como se observa, as práticas racistas ganham características obsessivas, permeiam ambivalências entre o irracional e o recalque em termos de psicologia social<sup>14</sup>. Os discursos racistas ganham forma estereotipada, fundam agremiações sociais e elegem políticos que prometem extirpar as ameaças invasoras.

O mito das raças exerce dominação sobre as massas, que imaginam seu passado a partir de uma identidade tão fictícia quanto estereotipada. Estigmatizam outras culturas e fertilizam demagogias que resultam em ódio e violência para suprimir frustrações diversas. Surge assim uma nova forma de racismo:

[...], um racismo cujo tema dominante não é a hereditariedade biológica, mas a irredutibilidade das diferenças culturais: um racismo que, à primeira vista, não postula a superioridade de alguns grupos ou povos em relação a outros, mas “somente” o caráter nocivo da destruição das fronteiras a incompatibilidade dos gêneros de vida e das tradições – o que se pôde chamar, com toda razão, de racismo diferencialista (BALIBAR; WALLERSTEIN. 2021, pp. 55-56).

O designado neoracismo não é propriamente novo. O antissemitismo é precisamente essa forma de racismo. O antissemitismo é diferencialista. Os europeus não veem os judeus como sub-humanos, até antes pelo contrário, lhes reconhecem habilidades e inteligência. Por isso o antissemitismo intenta subalternizar os judeus e, nos casos extremos, exterminá-los. As condições de reprodução do antissemitismo podem ser facilmente compreendidas na crescente arabofobia, a chinofobia contemporâneas. A crença numa suposta autoctonia europeia ou norte-americana supõe existir nos imigrantes de bases culturais não ocidentais uma visão de mundo incompatível com a europeidade. O direito dos países centrais passa a atuar como sistema de bloqueio sistemático à imigração. O direito transmuta para seu perfil violência. Balibar e Wallerstein definem o quadro da situação: “A profilaxia da mistura se exerce, de fato, em lugares onde a cultura instituída é a do Estado, das classes dominantes e, pelo menos oficialmente, das massas “nacionais” cujo estilo de vida e de pensamento é legitimado pela instituição: ela funciona, então, como uma sentença de expressão e de promoção social de mão única” (2021, p. 60).

Sob a nomenclatura de *conservadorismo*, se esconde um *reacionarismo*. O reacionário, assim como o revolucionário, busca um lugar/tempo fictício, uma ilusão (LILLA,

---

<sup>14</sup> Sobre o tema, confira: *Psicologia das massas e racismo de estado: o ultraconservadorismo contemporâneo*, por Lucas Gontijo e Mariana Bicalho, contido nas referências.

2018). Portanto, não se trata propriamente de fixar a Europa ou os EUA do passado, mas levá-los a uma utopia, esterilizada do *outro*. É certo que o conservadorismo não quer que o futuro aconteça, mais muito mais ainda o sequestrar é o desejo do reacionarismo. A extrema direita, portanto, pretende dominar e tomar para si o futuro. Assim se explica a defesa de projetos como o *homeschooling* (educação domiciliar), pois a profilaxia do outro e de suas ameaças constituem latências do racismo diferencialista. O combate à denominada “ideologia de gênero”, é outra manifestação de mesma natureza<sup>15</sup>.

O planeta, deparando-se com as consequências dos avanços neoliberais e atravessando a crise de câmbio climático, verá crescer os deslocamentos imigratórios, isso reforçará as bandeiras nacionalistas. Com clara compreensão desse contexto, Balibar e Wallerstein dispõem que “os ideólogos neorracistas não são místicos da hereditariedade, e sim técnicos “realistas” da psicologia social” (2021, p. 58)

A percepção teórica das novas formas de racismo diferencialista, supremacista, ou ainda racismo de Estado, possibilitam a compreensão de como políticas antirracistas podem ser desenvolvidas: com ênfase no direito à manifestação cultural e preservação da memória. Mas sobretudo para a desqualificação das míticas pretensões de essência, autoctonia, cultura imutável “original”, etc. Por isso, um autor de trajetória de resistência indígena como Ailton Krenak, tem proposto uma leitura nominada “futuro ancestral” (2022)<sup>16</sup>. Ou ainda, no sentido de resistência memória, *A queda do céu: palavras de um xamã yanomami*, de Davi Kopenawa e Bruce Albert (2015). Como escrito acima, a pretensão de trazer a baila exemplos dos deslocamentos, dos diferimentos de compreensão sugerem possibilidades de reorganização dos enfrentamentos.

### 2.2.2 – Feminismo

Uma sensível evolução teórica crítica do feminismo redimensionou as posições de enfrentamento ao machismo estrutural. Falar da evolução do feminismo neste ensaio seria demais para seu exíguo caráter monográfico, mas vislumbrar-se-á de maneira pontilhada alguns exemplos dessa evolução conceitual.

---

<sup>15</sup> O tema do futuro que não pode começar, vem das lavras de Raffaele De Giorogi. Confira: *Derecho, Futuro y riesgo. Othing: la construcción político-jurídica de um futuro que no puede comenzar* (2022).

<sup>16</sup> Nesse sentido, confira também *A vida não é útil* (2002) ou *Ideias para adiar o fim do mundo* (2010), ambos de Ailton Krenak.

A abordagem que este artigo gostaria de colocar em pauta são relativas às releituras do feminismo contemporâneo a perceber novas diferenças para cunhar novas frentes de lutas feministas, mas também para contestar outras diferenças, a lutar por igualdade. Isso se exemplifica ao observar transições como a de um feminismo que postulava disputar os espaços masculinos como proposto por Simone de Beauvoir, a partir da publicação obra *Segundo Sexo* (1960)<sup>17</sup>, para uma inovação a valorizar espaços femininos, como propôs, por exemplo, MacKinnon (1989)<sup>18</sup>, a inverter o argumento com a crítica: por que as tarefas da mulher não foram valorizadas? Ou, ainda, de um feminismo branco, de classe média/média-alta, como o proposto no clássico livro *A mística feminina* de Betty Friedan<sup>19</sup>, para uma compreensão interseccional que agrega ao feminismo os plexos de raça, classe e colonialidade, como proposto por María Lugones, em vasta publicação, mas a exemplo, num artigo do teor de *Rumo a um Feminismo Descolonial* (2014). O que se deseja destacar com esses exemplos é o deslocamento dos limites das críticas, suas redefinições em processo de diferimento, em processo de devir, como sugerido por Deleuze, Derrida e De Giorgi.

Para longe dos essencialismos que caracterizam uma parte da literatura feminista, como se pode constatar em autoras como Nancy Chodorow ou Carol Calligan, o feminismo contemporâneo não mais se alinha à padrões essencialistas ou morais. Feministas que pretendiam um “mundo feminino” perderam gradativamente influência. Hoje, a aurora do pensamento feminista rejeita a relação determinista, de cunho biológico. Os comportamentos de homens/mulheres têm sido entendidos como culturais e tem sido ressignificados. Como adverte Luis Miguel, isso não quer dizer que os processos biológicos próprios das mulheres devam ser anulados, mas que não há um lugar natural, fixo, predeterminado para o feminino (MIGUEL; 2014 (b), p. 66). A maternagem não é natural do feminino, amamentar sim. O homem pode e deve se responsabilizar pela maternagem. O caminho é a reeducação de hábitos e redefinição das autocompreensões dos sexos. Nesse sentido, acompanhando o pensamento de Miguel, o caminho seria “a aposta radical das vertentes mais avançadas do

---

<sup>17</sup> O livro de Simone de Beauvoir é um marco pela sua riqueza de abordagens e pela profundidade empreendida. Contudo, se revela problemático porque sugere que a mulher deve ocupar o espaço masculino a desvalorizar seu próprio espaço.

<sup>18</sup> Sobre a obra *Toward a feminist theory of the State* de Catharine MacKinnon, confira também a dissertação de mestrado de Maria Carolina Fernandes Oliveira, intitulada: *A Teoria Feminista do Estado de Catharine MacKinnon: um retorno às categorias de base para uma análise crítica do Direito*, disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/43079> (Repositório Institucional da UFMG).

<sup>19</sup> Lançado originalmente em 1963, sob o título *The Feminine Mystique*, o livro de Friedan tem o mérito de constatar e denunciar tanto à infantilização como submissão do feminino ao regime marital de casamento, sendo um marco do movimento feminista da segunda onda, nos EUA. Mas patina a partir daí, limitando-se a denunciar a domesticidade como gaiola subjetiva das mulheres brancas de classe média ou média-alta daquele país.

feminismo é na desestabilização de qualquer relação fixa entre o sexo biológico e os comportamentos, preferenciais e papéis sociais” (MIGUEL; 2014 b, p. 70).

Talvez tenha sido sedutor pensar que haveria uma natureza feminina mais complacente, atenta ao cuidado do outro, menos agressiva, como Nancy Chodorow e Carol Calligan pressupunham. Mas estudos da história cultural tem mostrado que isso é uma visão de mundo contextualizada e temporalizada. A historiadora Michelle Perrot, respeitada investigadora da terceira geração da *École des Annales*, demonstrou que na Idade Média e na primeira modernidade europeia, as mulheres eram frequentemente vistas como perversas, traiçoeiras, capazes de violências quais os homens não seriam (PERROT, 2006).

A síntese de Miguel expressa bem onde o pensamento feminista tem se ancorado, contemporaneamente:

Desde então, a corrente tem sido criticada como uma armadilha que segrega as mulheres em posições predeterminadas e subalternas do corpo político. E também por legitimar o insulamento tanto das mulheres quanto de homens em papéis e comportamentos estereotipados que passam a ser vistos como complementares, abdicando, assim do enfrentamento com os mecanismos centrais de reprodução das hierarquias de gênero” (MIGUEL; 2014 b, p. 70).

Tal assertiva é preciso tanto refinar o entendimento das diferenças quanto procurar se desfazer de diferenças que não deveriam existir. Naturalização de identidades pode levar insulamento das mulheres na domesticidade e ainda acirrar as assimetrias.

Outro importante passo é a detecção dos malefícios do multiculturalismo usado como muros intransponíveis à críticas. O argumento de que culturas devem ser “preservadas” a qualquer custo também é prejudicial às mulheres se veem são abandonadas às suas comunidades que podem ser visceralmente opressoras. As culturas usualmente são lidas dogmaticamente como imodificáveis, como se nunca tivessem evoluído. Mas muito antes pelos contrários, as culturas se influenciam mutuamente e não há razão para cristalizadas como objetos de museu. A pauta de que existem agendas conflitantes entre multiculturalismo e feminismo, religião e feminismo precisa ser explicitada e amplamente debatida no mundo contemporâneo. Aqui o problema se perspectiva transversal aos direitos humanos e é preciso explicitar que diferenças culturais nem sempre são positivas. Há diferenças e há direitos à igualdade.

Por fim, ainda vale pontuar que as percepções mais recentes do feminismo têm pautado que não se pode mais pensar sobre um mundo dividido em esferas privada e pública. Esses espaços não existem como áreas estanques e isso se torna claro quando se enxerga esse grande

paradoxo pelas lentes do feminismo. Paralelamente não se pode perspectivar mulheres em abstrato, mas sim mulheres trabalhadoras, imigrantes, pretas, mães solas, quilombolas, etc. A interseccionalidade tem se demonstrado cada vez mais complexa e mais sensível a perceber diferenças que realmente afetam o princípio da igualdade de direitos. Diferenças são determinantes, como por exemplo o local de habitação, a possibilidade de escolarização e todas as dimensões circundantes as condições adequadas para isso. Uma premissa como a de que as mulheres pretas brasileiras compõem a faixa mais pauperizada da população é real, mas também muito genérica para compreensão das peculiares circunstâncias que levam a essa realidade. Nesse sentido, encontra total respaldo a assertiva de Flávia Biroli ao dispor que “uma visão abstrata da cidadania e dos direitos não é capaz de lidar com as hierarquias que organizam a vida privada e, menos ainda, com os circuitos que se estabelecem a partir dessas hierarquias, restringido a participação das mulheres na esfera pública” (BIROLI, 2018, p. 11). É preciso atentar à multiplicidade de filtros externos que é imposto à inclusão laboral e política das mulheres. Há filtros de difícil detecção, como, por exemplo, as responsabilidades da esfera doméstica a elas atribuídas tem efeitos decisivos embora ocultos<sup>20</sup>. Biroli menciona dimensões como as construções subjetivas de sentidos do feminino e a dificuldade da dissociação da subjetividade da domesticidade.

A delicadeza dessas percepções não é nova, ao menos desde a publicação da obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de Friedrich Engels, vinda à lume pela primeira vez em 1884. Embora as relações entre capitalismo e patriarcado já tenham sido tematizadas desde o final dos novecentos. A perduração de estigmas se impõe como negação do outro, construindo para as mulheres diferenciações que as subalternizam. A teoria da diferença antidialético procuram dar à mulher não o lugar da negação da negação, mas seu próprio lugar.

A diferença deve ser entendida como constitutiva das instituições políticas e também das regras informais que organizam as relações de poder. Ao mesmo tempo, apenas uma percepção interseccional da mulher poderá compreender e oferecer alternativas à multiplicidade de plexos que afetam especialmente mulheres. Isto é, apenas se pode compreender uma

---

<sup>20</sup> Em questão é a definição de quais responsabilidades são vistas como coletivas e quais são tidas como privadas. As mulheres enfrentam barreiras ocultas, como fica patente na expressão hoje muito em voga “teto de vidro”. Casos isolados de sucesso não contam, mas reduzem o potencial da crítica. Biroli comenta que “com isso, menos possibilidades também de influenciar as decisões e a produção das normas que as afetam diretamente. A cidadania das mulheres é, portanto, comprometida pela divisão sexual do trabalho, que em suas formas concorrentes contribui para criar obstáculos ao acesso a ocupações e recursos, à participação política autônoma e, numa frente menos discutida nesse capítulo, à autônoma decisória na vida doméstica e íntima” (BIROLI, 2018, p. 24).

realidade experimentada se dimensões mais detalhadas e sensíveis estiverem no tabuleiro: classe, raça, periferação, condições reais de escolarização, etc. Ou seja, a superação dos multifários tipos de assujeitamento que uma mulher pode estar acondicionada implica diferentes estratégias de enfrentamento.

Partindo para o contexto latino americano é preciso levar em conta, ainda, a colonialidade, uma complexidade ainda maior. Vale acompanhar María Lugones ao dispor que a colonialidade do gênero transformou essas sociedades ao impor um modelo binário e hierárquico, categorizando homens colonizados como sub-humanos e as mulheres colonizadas como duplamente desumanizadas. A modernidade capitalista e colonial é efeito das tríades gênero, raça e sexualidade se revelou pela imposição de categorias dicotômicas e hierárquicas que definem o humano e o não humano em duplo grau: A mulher preta e indígena, já não humana, tornou-se nula, quase um objeto (LUGONES, 2014).

Considerando o sistema de gênero colonial diferenciava os colonizadores como civilizados e plenamente humanos, enquanto os colonizados eram desumanizados e classificados como seres bestiais e hipersexuais, esse sistema serviu para justificar o controle e a exploração desses corpos e territórios, promovendo uma distinção rígida entre o humano e o não humano. As mulheres indígenas e pretas eram mais inferiores e mais hipersexualizadas ainda devido a segunda dicotomia macho/fêmea. Mulheres de cor eram desprovidas do status de “mulher” no sentido europeu (mulheres do lar e para procriação), já que eram vistas como trabalhadoras ou objetos sexuais, mas não como – elas não se enquadravam no “modelo de feminilidade”, não eram “puras” e nem dependentes. Mulheres pretas, indígenas ou mestiças eram vistas como promíscuas, justificando, na visão dos colonizadores, sua exploração sexual além da escravização. A hiper sexualização das mulheres de cor permanece na colonialidade contemporânea.

Ao pensar sobre gênero, raça e sexualidade a partir de uma perspectiva descolonial é perceber o entrelaçamento na estrutura de poder que sustenta a colonialidade na organização das relações de poder. Retomando Biroli, pode ser perspectivar que “a divisão sexual do trabalho é um locus importante da produção do gênero. O fato de ela não incidir igualmente sobre todas as mulheres implica que a produção do gênero que assim se dá é racializada e atende a uma dinâmica de classe” (BIROLI, 2018, p. 23).

A extrema direita quer aprofundar o controle e a regulação sobre as mulheres, pois sua pretensão é uma definição essencialista e estereotipada da mulher. Nenhum movimento social é tão decisivo para conter a supressão da complexidade hoje quanto feminismo, porque em sua bagagem teórica aninham muitos outros direitos à diversidade.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma rede de subjetividades se expressa sob a égide daquilo que tem sido compreendido como práticas ideológicas de extrema direita. Dentre as características mais latentes desse fenômeno social se encontra a disputa pelo poder político e jurídico com a pretensão de estetização da complexidade e controle das diferenças.

A disputa pelo direito se torna, nesse contexto, crucial. E o direito não pode mais ser entendido como conjunto de preceitos racionalizados, obra de assembleias legislativas que redigem proposições para direcionamento de suas respectivas comunidades políticas. Como se demonstrou, em breve reconstrução, por Axel Hägerström, Alf Ross, Karl Olivercrona e Carlos Campos, a escola realista do direito colocou por terra tal ingenuidade. O direito é disputado politicamente, mesmo porque se constata que leis abstratas nada podem frente a interação prática das disputas de sentido.

O enfrentamento aberto político pelo direito tem subjetividades que precisam ser compreendidas, como, a exemplo, que o direito é constituído pela violência. Autores como Jacques Derrida, Walter Benjamin e Giorgio Agamben foram evocados para que se desnudasse uma dimensão não idealizada do direito. Contudo, a resistência é também gênese de direito pois é também violência fundadora.

Ainda em curso na argumentação erigida no ensaio, viu-se que a fragilidade das democracias liberais faz da prática jurídica contemporânea um estado de exceção permanente. Os poderes se indeterminam em zonas de anomia, onde o limite do ordenamento se redefine sem respaldo na legalidade, sem princípios.

A partir desses pressupostos, duas ordens de problemas o ensaio traçou: Em primeiro lugar, tematizou a teoria da diferença concebida por Derrida, Deleuze e De Giorgi. Procurou-se fundamentar a tese de que a diferença que marca a exclusão também possibilita o deslocamento dos entendimentos em uma dinâmica social contínua. Essa renovação pode demonstrar que as tentativas reacionárias de congelamento da sociedade ou até mesmo tentativas para direcioná-la a um espaço fictício (reacionário) não sem resistência prosperarão porque a resiliência dos oprimidos se perfaz com a capacidade de compreensão dos desafios, reinvenção das estratégias de ação. Análises sobre a capacidade de lutas sociais se reorganizarem conceitualmente e demonstram que essa possibilidade mantém-se aberta, como foi feito acompanhando algumas reestruturações conceituais tanto do feminismo quanto das lutas antirracistas.

A colação dessa ideia, reabilita-se a crítica materialista do direito. Esses passos foram dados por Marx e Engels nos anos que precederam a Primavera dos Povos. Na obra *Manuscritos econômicos-filosóficos*, Marx havia vislumbrado o político como um efeito da vida social prática. No ano seguinte, em 1845, a obra *Teses sobre Feuerbach* faz cair por terra a dimensão do abstrato como possibilidade de mudança social. Ela marca o rompimento com o materialismo apenas contemplativo, especulativo, do idealismo alemão. Marx descortina que o mundo está em disputa, a vida social é práxis. Contudo, apenas na obra em parceria com Engels, *Ideologia Alemã*, aparece a concepção material do processo histórico. Ao invés do abstrato, o concreto, ao invés da ideia, a práxis como ação revolucionária e o humano como efeito de seu próprio processo histórico. Esse humano sujeito-ativo não se deixa captar pela categoria da antítese, constituindo a si mesmo como categoria nova. Em oposição à Hegel, a diferença é a ruptura com qualquer estado-essência, qualquer a priori. Enquanto a dialética hegeliana propõe a conservação, o retorno, Marx e Engels propuseram extinguir o negado e substituí-lo por algo novo, sempre como diferir, como deslocar, aberto ao futuro e à complexidade. E é a partir desse pressuposto que se desenvolveram as teorias da diferença de Derrida, Deleuze, De Giorgi e também outros críticos à dialética como se vê em Friedrich Nietzsche e em Herbert Marcuse.

Os *insights* de Walter Benjamin interessaram muito a esse ensaio por oferecer subsídios para compreensão de como forças contrapostas à soberania estatal podem também criar direitos. Benjamin, ao analisar como a greve ou o banditismo também eram fontes do direito rende aos pressupostos desse ensaio a intuição de que a resistência de grupos marginalizados pode subverter a ordem e instaurar direitos através do enfrentamento que não é necessariamente violência física, mas sim enfrentamento.

Embora apresentadas de forma pontilhada, a abordagem do feminismo e do antirracismo sugeriram que algumas percepções recentes realimentarem a capacidade dos movimentos sociais de se reinventarem, reconhecem suas diferenças e propiciarem a extinção de desigualdades. Como De Giorgi sempre dispõe, é preciso atenção na diferença da diferença. Há diferenças que precisam ser valorizadas, há diferenças que precisam ser existentes.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito: Retórica realista, argumentação e erística**, Rio de Janeiro: Forense, 2023.

AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione**, Torino: Bollati Boringhieri, 2021.

ARENDDT, Hannah. **Crises da república**, trad. Adriana Novaes, São Paulo: Editora Crítica, 2024.

BACKER, Martin. **The new racism, conservatives and the Ideology of the Tribe**, London: Junction, 1981.

BALIBAR, Étienne. WALLRSTEIN, Immanuel. **Raça, Nação, Classe: As identidades ambíguas**, tradução de Wanda Caldeira Brant, São Paulo: Boitempo, 2021.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**, título original: *Le Deuxième Sexe*, trad. Sérgio Milliet, 4ª ed., São Paulo, Editora Difusão, 1960.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**, 2ª ed., organização e tradução de João Barrento, Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

BIROLI, Flávia. **Feminismo e Política: uma introdução**, São Paulo: Boitempo, 2014.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdade: os limites da democracia no Brasil**, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 1918.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, tradução de Márcio Pugliesi e Edons Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, trad. de Carmen Varrialle, Gaetano Lo Mônico, 6ª ed., Brasília: Editora da UnB, 1994.

CAMPOS, Carlos. **Ensaio sobre a teoria do conhecimento**, Belo Horizonte: Editora Cardal, 1959.

CAMPOS, Carlos. **Filosofia e sociologia do direito**, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAMPOS, Carlos. **Hermenêutica tradicional e direito científico**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1932.

CAMPOS, Carlos. **O mundo como realidade**, Belo Horizonte: Cardal, 1961.

DE GIORGI, Raffaele. **Limites do direito**, Dossiê “Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco, estudos sob a égide do debate congressional Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade, v. 24 n. 48 (2021): REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO - PUC MINAS, publicado: 22-03-2022

DE GIORGI, Raffaele. **Derecho, Futuro y riesgo. Othering: la construcción político-jurídica de um futuro que no puede comenzar** (in:) DE LOS MONTEIROS, Javier Espinoza; DAGDUG KALIFE, Alfredo (orgs.). *Derecho y política em la sociedade moderna: estudos sobre el pensamiento de Raffaele de Giorgi em América Latina*, Ciudad de México: Derecho Global Editores, 2022.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**, título original: *Différence et Répétition*, trad. Luiz Orlandi e Roberto Machado, 2ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 2006.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**, título original: *Force de Loi*, 2ª. ed., trad. Leyla Perróne-Moisés, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976), título original: *Il faut défendre la société*, trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONTIJO, Lucas & BICALHO, Mariana. (2019). **Psicologia das massas e racismo de Estado**: o ultraconservadorismo contemporâneo. *Delictae Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 4(7), 236–270. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v4i7.109>

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 4ª ed., trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami, trad. Beatriz Perrone-Moisés, 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: Contribuição à semântica dos tempos históricos, tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Pereira, Rio de Janeiro: Contraponto; Editora PUC Rio, 2006.

LILLA, Mark. **A mente naufragada**: sobre o espírito reacionário, Rio de Janeiro: Editora Record, 2028.

LUGONES, María. **Rumo a um Feminismo Descolonial**, título original: *Toward a Decolonial Feminism*, trad. Juliana Watson e Tatiana Nascimento, revista *Estudos Feministas*, Florianópolis, 22(3): 935-952, setembro-dezembro / 2014.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e o positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIGUEL, Luis Felipe. **O feminismo e a política** (a) (in:) MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*, São Paulo: Boitempo, 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. **A igualdade e a diferença** (b) (in:) MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e Política: uma introdução*, São Paulo: Boitempo, 2014.

OLIVECRONA, Karl. **El derecho como hecho**, Santiago (Chile): Ediciones Oleknik, 2018.

PERROT, Michelle. **Os excluídos**: operários, mulheres, prisioneiros, 4ª ed., trad. de Denise Bottman, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, trad. Edson Bini, 2ª ed., Bauru: Editora Edipro, 2007.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da justiça**: judiciário e política no Brasil, São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

**Submissão: 20/11/2024. Aprovação: 04/12/2024.**

## LA AUTONOMÍA, UNIVERSITARIA UNA PROYECCIÓN EN GRAMSCI, ALGUNOS DE SUS SIGNIFICADOS EN EL CAMBIO SOCIAL

*AUTONOMY, UNIVERSITY, A PROJECTION IN GRAMSCI, SOME OF ITS MEANINGS IN SOCIAL CHANGE*

Carlos Humberto Durand Alcántara<sup>1</sup>  
*Universidad Autónoma Metropolitana*

Marcela Suárez Escobar<sup>2</sup>  
*Universidad Autónoma Metropolitana*

### **Resumen:**

Más allá del vasallaje atroz del paradigma neoliberal concebimos ante la actual coyuntura de crisis en todos los ámbitos, que resulta trascendente en la prospectiva del cambio social, establecer una mirada retrospectiva acerca de la importancia del movimiento gramsciano en alternancia con el papel de las universidades. Sustentar la idea de la autonomía y la Universidad pública en América Latina guarda una connotación que confluye y se explica, en el pensamiento gramsciano. Ya sea porque los vínculos de una posible autonomía en el orden institucional del Estado capitalista van más allá de supuestos formales que por decreto enmarquen un “cierto quehacer o carácter autónomico” a colectividades como la que hoy ocupan nuestro análisis. Esto no obsta en reconocer el papel que la inteligencia, brindó o ha dotado en el escenario y devenir de la Universidad pública, respecto de cambios sustanciales en su quehacer, en el cual los intelectuales han influido hacia nuevas determinaciones en su cristalización, en términos más amplios se trataría del papel de los intelectuales a partir del bloque histórico, concepto desarrollado por Antonio Gramsci.

### **Abstract:**

Alternating the idea of Autonomy and the public university in Latin America has a connotation that converges and is explained in Gramscian thought. Either because the connotations of a possible autonomy in the institutional order of the neoliberal or capitalist State go beyond formal assumptions that by decree frame a "certain task or autonomous character" to collectivities such as the one that occupies our analysis today. This does not prevent us from recognizing the role that intelligence has played or has played in the scenario and future of the public University, with respect to substantial changes in its work, in which intellectuals have influenced new determinations in their crystallization, in broader terms it would be the role of intellectuals from the historical bloc. a concept developed by Antonio Gramsci.

(...) el gran intelectual debe sumergirse en la vida práctica, convertirse en un organizador de los aspectos prácticos de la cultura, si quiere continuar dirigiendo; tiene que democratizarse, ser más actual (...) cuando en la historia participan activa y directamente masas humanas cada vez más ingentes<sup>3</sup> Antonio Gramsci

<sup>1</sup> Profesor Investigador – del Departamento de Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONHICYT, México.

<sup>2</sup> Profesora Investigadora – del Departamento de Humanidades, miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONHICYT, México.

<sup>3</sup> Gramsci Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Primera edición: mayo de 2018, Barcelona España. p,44.

## INTRODUCCIÓN

Más allá de la articulación desde la cual el sistema capitalista crea y recrea, el papel de la Universidad pública, como una ilación de carácter superestructural, siguiendo a Louis Althusser<sup>4</sup>, y en nuestros días a la Escuela Crítica de Frankfurt, como reproductoras de la ideología dominante, en este estudio se busca situar al problema de la autonomía universitaria desde una óptica del pensamiento gramsciano, es decir, establecer en qué medida radica en la intelectualidad, como parte del bloque histórico, la alternancia y la sustentación de la autonomía universitaria, aspecto que ha dado paso a grandes transformaciones sociales, y / o en su caso, a reformas tanto en los sistemas educativos como en el interactuar que desarrollan las sociedades. En esta prospectiva ubicamos una correlación entre la concepción de autonomía y la visión crítica y analítica de los procesos sociales, que suelen devenir en ruptura y cambio social.

Desde esta óptica partimos del concepto de autonomía relativa, del propio Gramsci, la cual puede ser comprendida desde la propia construcción del sujeto intelectual (orgánico), como un individuo que corresponde a un colectivo con el cual se compromete respeto de sus reivindicaciones más sentidas, así como una autonomía que es capaz de crear espacios propios, que si bien son de ruptura con el estatus predominante, se ordenan y recrean en el propio espacio institucional, como así corresponde a las universidades<sup>5</sup>, valgan como ejemplo el propio espacio educativo y político de Antonio Gramsci, en la Universidad de Turín, que como es conocido, le llevaría, desde los designios del fascismo a su encarcelamiento.

De esta manera encontramos que el pensamiento gramsciano nos dotó, con las reservas que ello significa de importantes aportaciones en el contexto de circunstancias que reordenan al “marxismo ortodoxo” y en cuya comprensión se ubica el sentido que desde las superestructuras pueden desarrollar el conjunto de fuerzas sociales, (la sociedad civil), y en cuya mira Gramsci vindica la idea de un sujeto subalterno, en este perfil, la autonomía universitaria conjuga en sus significados un conjunto de aspectos que históricamente le ha conformado.

### *De tiempos e historia*

---

<sup>4</sup> Cfr., Louis Althusser. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires Argentina 2008, *Passim*.

<sup>5</sup> Proudhon en Francia, para quien Napoleón III no escondió sus simpatías (ver el libro de Sainte-Beuve 15); Gioberti en Italia, que justamente puede asumir el papel de símbolo del desorden intelectual y político de 1848, etcétera. Sobre este nexo de problemas merece verse el artículo de Ugo Spirito en la Italia *Letteraria* del 13 de noviembre de 1932 («Storicismo rivoluzionario e storicismo antistorico»). Gramsci Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Primera edición: mayo de 2018, Barcelona España, p.,54.

---

La sabiduría de los zulúes ha elaborado esta máxima que reproduce una revista inglesa: «Es preferible avanzar y morir que detenerse y morir»<sup>6</sup> Proyectar históricamente, la imagen de la autonomía y la Universidad pública en Europa y en América Latina, mantiene una relación que converge y se manifiesta, en lo fundamental en el pensamiento gramsciano.

Así por ejemplo, bajo una mirada retrospectiva encontramos las grandes movilizaciones socio políticas en universidades como la de San Petersburgo en la otrora Rusia zarista, como una corriente de expresión política, que si bien se originó en una vertiente liberal, y que en determinado momento, se inscribió bajo cánones de cierta facción de la aristocrática rusa, más adelante se fincó en el ideario de las juventudes socialistas de las universidades más importantes de Rusia, teniendo como epicentro a la de San Petersburgo, lo que dio fruto al activismo político de decenas de estudiantes que cristalizaron su praxis en su vinculación con el movimiento campesino y cuya *consigna principal se sustentó bajo la consigna como... volver al pueblo* y que guarda lazos de expresión en diversas latitudes del mundo y no tan sólo del siglo XIX, sino aún incluso en pleno siglo XXI, y cuya comprensión constituye retrospectivamente la agudeza del ideario gramsciano, este tipo de adecuaciones en el enmarque de Gramsci constituye una praxis que compete a los intelectuales orgánicos.

Y en el contexto latinoamericano encontramos la rebelión estudiantil de Córdoba Argentina de principios del siglo XX, que dio como resultado la autonomía universitaria en un espacio – la universidad - que de ninguna manera sería monolítico que es el que corresponde al mundo de las ideas y de la divergencia política. No está por demás señalar que este movimiento de principios de siglo dio lugar a la correlación de la reforma en las universidades de México, Bolivia, Cuba, Uruguay, y Perú, entre otras.

De manera tal, que es factible trazar la interrogante, acerca del proceso desde el cual se erige la autonomía en la universidad pública, esto es, en qué medida la autonomía en las universidades está vinculada a la inserción de los intelectuales orgánicos que velan a su vez por las grandes transformaciones sociales.

Ya sea porque las connotaciones de una posible autonomía en el orden institucional del Estado neoliberal, o capitalista, van más allá de supuestos organizacionales que por decreto enmarcan un “cierto quehacer o carácter autonómico” a organismos como el que hoy ocupa nuestro análisis, la autonomía en las universidades públicas, es decir, que concebimos que las universidades pueden existir formalmente como autónomas, sin embargo, dicha autonomía constituye un proceso histórico en construcción.

---

<sup>6</sup> Gramsci Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*, p. 133

Esto no obsta en reconocer el papel que la *intelligentzia*<sup>7</sup>, brindó o ha dotado en el escenario y devenir de la Universidad pública, respecto de cambios sustanciales en su quehacer, en el cual los intelectuales han influido hacia nuevas determinaciones en su cristalización, en términos más amplios se trataría del papel de los intelectuales a partir del bloque histórico, concepto desarrollado por Antonio Gramsci<sup>8</sup>.

En este tenor encontramos que:

“Si las relaciones entre los intelectuales y pueblo-Nación, entre dirigentes y dirigidos -entre gobernantes y gobernados-, son dadas por una adhesión orgánica en la cual el sentimiento-pasión deviene comprensión y, por lo tanto, saber (no de forma mecánica sino de manera viviente), solo entonces la relación es de representación y se produce intercambio de elementos individuales entre gobernantes y gobernados, entre dirigentes y dirigidos; solo entonces se realiza la vida de conjunto, la única que es fuerza social. Se crea un bloque histórico”<sup>9</sup>.

El trascender del pensamiento gramsciano, en el tema inherente a la universidad, se coloca también en espacios filosóficos y sociológicos que establecen planteamientos desarrollados, entre otros, por Michel Foucault y Pierre Bourdieu, el primero hace atingente la idea de la institucionalidad del orden a partir del papel de las universidades, bajo esta prospectiva considera Foucault que la universidad aliena – somete y coloca en prospectiva su reedificación, aspectos en cuyo tratamiento asoma cierta visión aún escéptica del autor de referencia, trátase en particular de su participación en los acontecimientos del mayo francés de 1968, en especial en el debate con las corrientes estudiantiles maoístas, Foucault había dejado atrás su posición en el ámbito del estructuralismo marxista, sin embargo la autonomía relativa gramsciana en el pensamiento de Foucault asoma en su propia práctica - teórica que quedo enmarcada en algunas de sus intervenciones en el College de París y fundamentalmente en su muy significativa aportación en lo concerniente a la biopolítica.

### ***Una prospectiva contemporánea***

Mientras que Pierre Bourdieu a partir de la sociología estructuralista delimita aspectos tales como el que corresponde al capital cultural, concepto creado por el autor y que

---

<sup>7</sup> “Instrúyanse, porque tendremos necesidad de toda nuestra inteligencia. Agítense, porque tendremos necesidad de todo nuestro entusiasmo. Organícense, porque tendremos necesidad de toda nuestra fuerza.” Antonio Gramsci. *Margen izquierdo*, números 2-8. Ed. Cooperativa Margen Izquierdo. 1990. P.15.

<sup>8</sup> Gramsci Antonio. *El materialismo Histórico y la Filosofía de Benedetto Croce* Ed Visor. Buenos Aires Argentina 1971. P. 124.

<sup>9</sup> Gramsci Antonio...

simbólicamente nos coloca en el imaginario social que corresponde a la educación y a las universidades y en las cuales subyacen fenómenos que transcurren como luchas que convergen entre sujetos socialmente diferenciados por poseer ya sea, más o menos capital cultural, circunstancia que nos ubica en la dinámica de aquellos que se apropian del quehacer de las instituciones ( como así corresponde a las universidades y su posible autonomía) y aquellos de menor capital intelectual que son sometidos y oprimidos, situando no sólo un problema de clases sociales sino aún incluso de género.

Estas consideraciones en Foucault y Bourdieu, si bien devienen en situar el contexto socio económico y cultural en que podríamos comprender el perfil en que se sitúa tanto la educación como las universidades públicas, y respecto de las cuales constituye un reto advertir el ámbito de la denominada autonomía relativa, en esta tesitura resulta trascendente situar los procesos que han determinado no sólo el advenimiento de la autonomía sino inclusive las grandes revoluciones sociales, en esta prospectiva encontramos, por ejemplo, entre otras, y en nuestra contemporaneidad a la revolución cubana, valga situar el movimiento denominado “26 de Julio”, presidido por Fidel Castro y su vínculo estrecho con la universidad de la Habana.

Así a nuestro parecer ubicamos dos subsistemas en que se puede sustentar la idea de la autonomía universitaria, una que obedece al proceso de institucionalización del sistema capitalista como un proceso de alienación sustentado en un marco formal - jurídico y por otro, aquella que discurre como un espacio propio de los intelectuales orgánicos que adviene como eslabón de una cadena en la conformación de conciencia crítica, así como de la apertura de espacios políticos.

Si bien obedece a un contexto más amplio el papel de los intelectuales orgánicos, al decir de Gramsci el que corresponde a la Nación, en el caso de los centros de estudios públicos, ha sido exponencial su inserción como garantes del cambio y las profundas transformaciones en su devenir, valga mencionar el caso del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Frankfurt,, desde el que se proyectó la hoy denominada filosofía crítica, o la Escuela de Frankfurt<sup>10</sup>, en esta tesitura no está por demás recordar la praxis de índole

---

<sup>10</sup>Pero... ¿cuántos componentes de las subjetividades características del 68 son filiales a Adorno, a la Escuela de Frankfurt y a la Teoría Crítica? ¿Cuánto le deben el 68 y la época que inaugura a esa figura intelectual, a esa institución y a ese corpus conceptual? Sin dudas, muchísimo. Aportaron insumos teóricos básicos que sirvieron para muchas cosas, entre otras: para pensar las sociedades de capitalismo avanzado actualizando los bagajes conceptuales, incorporando diversas disciplinas y saberes, el psicoanálisis por ejemplo; para comprender los mecanismos de control e integración del capitalismo de posguerra, colocando el énfasis en el rol en las funciones ideológicas de los medios de comunicación, el arte, el consumo, las diversas formas y vías de la alienación, etc.; para dar cuenta de las limitaciones del “antiguo régimen emancipatorio” con sus formatos jerárquicos y piramidales, con sus sujetos transformadores homogéneos, con su posición de clase rígida, con sus parámetros puramente estatales, con su “lógica de los dos pasos” en los términos de Immanuel Wallerstein (esto es: primero se toma el poder estatal y desde ahí se cambia la sociedad). Esos insumos teóricos, de algún modo, inauguraron

gramsciana, que dio pauta prácticamente a nivel global, a los grandes cambios en la universidades.

En el contexto contemporáneo, el año de 1968 marcó un parteaguas en el enmarque de la autonomía relativa que se expresó en multitudinarias manifestaciones y movimientos sociales que buscaban transformar el *establishment*.

Este sentido de cambio se enmarca en ámbitos que convergen en la idea de la autonomía de los sujetos subalternos y guarda un evidente sentido de ruptura con el enmarque de las relaciones de opresión capitalista.

Así encontramos una autonomía “desde abajo”, creada y recreada por quienes se intenta alienar.

### **La autonomía universitaria en México algunos aspectos, desde la autonomía relativa gramsciana**

Si bien existen en México intentos autonomistas desde el siglo XIX, encontramos su concreción en casos tales como el del *Ateneo* como un núcleo de intelectuales que dio paso a la autonomía universitaria de la actual UNAM, en el año de 1929, por otro lado, y como resultado de los acontecimientos de 1968, y bajo una óptica perfilada también en la Escuela de Frankfurt (influenciada de manera muy significativa por el pensamiento gramsciano) tenemos el surgimiento del denominado autogobierno, en la facultad de Arquitectura, así como del Co gobierno en la Facultad de Economía, de la UNAM, a través de los activistas y militantes fundamentalmente de extracción marxista y de tintes ideológicos maoístas y trosquistas, así como miembros del Partido Comunista Mexicano que dieron cabida, más allá del orden institucional, a espacios de inserción de los intelectuales orgánicos en el marco de la autonomía universitaria en sus órganos de gobierno y de sus asambleas democráticas a través del ejercicio de una praxis de educación popular y de autonomía universitaria, siguiendo a Gramsci relativa, forjada “desde abajo”.

---

una forma de pensar la política donde no cabe la distinción entre lo público y lo privado. Y sirvieron muchísimo a la hora de dar pasos significativos en pos de la renovación del marxismo (en diversas claves, pero que incluyen algunas indudablemente revolucionarias) dando cuenta de los cambios en los sujetos, las metas, los métodos. También instalaron a la autonomía, al autogobierno, a la democracia directa y a la persecución de la felicidad y el placer como horizontes indispensables para los nuevos movimientos anti sistémicos. Adorno, la Escuela de Frankfurt, la Teoría Crítica, contribuyeron al desarrollo de una concepción del cambio revolucionario basada en la multiplicación de los frentes de lucha y sostenida en una pluralidad de sujetos subalternos y oprimidos. Asimismo, sentaron las bases para una crítica integral al capitalismo, una crítica totalizadora, en términos sistémicos, pero también civilizatorios, es decir: una crítica a la civilización burguesa moderna y occidental, a su universo material e ideológico. En este sentido, también cabe hablar de aportes al pensamiento descolonizador. Miguel Mazzeo. Theodor W. “Adorno perdido en el 68. O cuando Adorno, se puso la gorra. Breve historia de un desencuentro. En *Contra hegemonía* mayo de 2018.

No está por demás señalar la trascendencia del movimiento estudiantil mexicano y de sus intelectuales orgánicos de 1968, en diversas universidades públicas, de México, como fueron las de Guadalajara, Sinaloa, Sonora, Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán, Chapingo, la UNAM, entre otras, en esta última resultó emblemática la intervención de su rector Javier Barros Sierra y de su estructura de gobierno, que dio visos de su autonomía relativa al confrontar el poder y enclaustramiento del Estado representado por el Presidente de la República Gustavo Díaz Ordaz.

Y de igual manera, encontramos un eslabonamiento en el proceso de autonomía relativa a través de la administración del Rector Pablo González Casanova y su junta de gobierno, cuya administración rectoral dio lugar a legitimar los procesos arriba mencionados de co gobierno y autogobiernos en las facultades de Economía y Arquitectura respectivamente, y un aspecto muy importante y aún creemos por estudiar profundamente, el surgimiento y devenir de los Colegios de Ciencias y Humanidades, cuya composición magisterial se conformó de manera sustantiva con intelectuales orgánicos provenientes del sesenta y ocho mexicano.

Otra experiencia en el trascender mexicano como uno de los espacios más significativos de la universidad pública en términos de su autonomía relativa la ubicamos bajo otras configuraciones, en los que habría que advertir esencialmente y al decir de Antonio Gramsci el papel de los intelectuales orgánicos en la aplicación y delimitación de dicha autonomía relativa gramsciana situada con cierto distanciamiento, de la influencia institucional del Estado a través del proyecto autonómico denominado como *La Universidad Pueblo*, en el estado de Guerrero. En este proceso histórico las convulsiones sociales fundamentalmente ligadas a los movimientos campesinos de los años sesenta del siglo XX, a partir de los gigantescos despojos agrarios a los pueblos originarios, como así correspondió, por ejemplo, a las comunidades tlapanecas, mixtecas y nahuas de la entidad y en cuyo horizonte se enmarcan los intereses de las transnacionales, ligadas a la explotación de la copra, el café y los desarrollos mineros, entre otros ámbitos.

Circunstancias que determinaron el surgimiento de la ACG, Asociación Cívica Guerrerense, la que al sufrir constantes represiones se transformó de un movimiento de la sociedad civil, en un movimiento armado que se denominó Asociación Cívica Nacional Revolucionaria y en esta perspectiva se ubican también escenarios que corresponden a las luchas de la Normal Rural de Ayotzinapa, “Isidro Burgos” que derivó en la guerrilla del Partido de los Pobres dirigida por el profesor rural Lucio Cabañas Barrientos. Este fue el contexto social y político en que surgió la “Universidad Pueblo”.

“El objetivo principal de la ahora Universidad Autónoma de Guerrero fue la transformación social a partir de un proyecto amplio de democratización de la educación profesional y media superiores. Asimismo, se proponía establecer una relación estrecha entre la comunidad universitaria y la población rural y urbana por medio de acciones concretas que pusieran en práctica los conocimientos adquiridos en las aulas en beneficio de la sociedad, particularmente de los grupos más necesitados: “si la universidad es financiada por el pueblo” tenía que estar a su servicio”<sup>11</sup>

Al decir de uno de sus exrectores encontramos:

Wences Reza hará hincapié en que la vocación de la Universidad-Pueblo debía ser democrática, crítica y popular: [...] por ningún motivo es la universidad del socialismo o para el socialismo. [...] La universidad de la que hablamos pretende conjuntar esfuerzos en la lucha por alcanzar la más amplia transformación académica y democrática posible dentro de una sociedad capitalista como la nuestra, en aras de preparar las condiciones necesarias para el advenimiento del socialismo; pero la realización de la revolución –la socialista o la burguesa– es tarea que compete a las clases sociales; y no a las instituciones de educación superior<sup>12</sup>.

Si bien se pueden establecer distintos enmarques en la influencia y vínculo de estos movimientos sociales y político-militares, con el proyecto de la “Universidad Pueblo”, es indudable que el papel de los intelectuales orgánicos en la entidad desarrolló uno de los procesos más importantes en la construcción de la verdadera Autonomía Universitaria, en el estado de Guerrero, en esta dirección no está por demás considerar la multitud de movilizaciones por su independencia presupuestaria y por el respeto a dicha autonomía.

Y en la coyuntura más reciente encontramos la lucha por la Autonomía en la Universidad Autónoma Chapingo, así como, los procesos democratizadores en la Universidad Nicolaíta, de San Nicolás Hidalgo en Michoacán y fundamentalmente el proyecto de Universidad Democrática, Crítica y Popular, desarrollado en la Universidad Autónoma de Puebla, en este último caso encabezada por intelectuales orgánicos ligados al Partido Comunista Mexicano.

Así encontramos al decir de su exrector Luis Rivera Terrazas:

“La universidad es producto y expresión de la sociedad mexicana, es parte integrante de la superestructura social y expresa las contradicciones inherentes a la sociedad en que vivimos. Así, inscrita en una determinada formación económico-social, obedece

<sup>11</sup> Huerta, R. “Pueblo y universitarios piden la libertad del profesor Cisneros Guillén”. *Revolución. Diario de Guerrero*, 19 de marzo de 1977, p. 8.

<sup>12</sup> Cf. Ana Lilia Nieto Camacho *et al.* “La Universidad-Pueblo: Periodismo, política y democracia en el sur de México durante la década de 1970”, En *Frontera Norte*. vol.33 México. 13-Sep-2021

a los intereses de la clase en el poder y es una institución al servicio del régimen social del cual es su producto. De esta manera contribuye al mantenimiento de las actuales relaciones de producción, formando los cuadros técnicos y profesionales que el régimen necesita y reproduciendo en parte o en toda la ideología de la clase dominante. Todo proceso social contiene en sí mismo su contradicción. La universidad mexicana coadyuva al desarrollo de las fuerzas productivas, cuando, por una parte, impulsa la ciencia, la técnica y la cultura y, por otra, genera en su seno los movimientos universitarios que desarrollan objetivos y tareas revolucionarias al lado de los trabajadores mexicanos. Todo esto hace que la universidad sea un nudo de contradicciones donde se refleja, en manera objetiva, la lucha de clases exteriores y se genera una actitud crítica, aguda, respecto de la problemática nacional que con frecuencia la conduce al enfrentamiento ideológico con el régimen”.<sup>13</sup>

### **A manera de conclusiones**

Como sistema educativo subyace en la Universidad pública un contexto que le es inmanente y que corresponde a la formación de los intelectuales orgánicos en cuya praxis se pueden ligar a la hegemonía reinante y / o en su caso como una contrahegemonía, es decir como aquellos intelectuales que guardan un pensamiento crítico y conformador de conciencias, lo que a nivel macro o general da lugar a un determinado bloque histórico que sustenta el cambio social.

En el contexto de las autonomías universitarias el planteamiento de Gramsci se ciñe a la denominada autonomía relativa, en la cual la *intelligentzia*, se erige en una práctica - teórica generadora de determinados espacios de lucha y transformación en donde prevalece lo público sobre lo privado enfundado en un posicionamiento colectivo en la autoconstrucción subalterna de la autonomía.

Aspectos que discurren desde una filosofía de la praxis, que son ejes de la construcción teórica que la orienta desde una perspectiva de materialismo activo, además de la hegemonía, la autonomía relativa y la subalternidad.

Finalmente y más allá del pensamiento gramsciano queda para tareas futuras advertir lo que denominó Iván Ilich “Educación sin escuelas”, y cuya praxis más reciente se estableció a través de las Universidades de la tierra que han sido impulsadas como un proyecto autonómico y auto determinado de índole diverso cultural y de género fundado en los pueblos originarios y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional de Chiapas México

### **Fuentes de consulta**

---

<sup>13</sup> Luis Rivera Terrazas *La Universidad Mexicana. Discurso ante la ANUIES*. 1972.

Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Ed. Nueva Visión, Buenos Aires Argentina 2008.

Gramsci Antonio. *Cuadernos de la Cárcel*. Primera edición: Barcelona España. 2018.

-----*Margen izquierdo*, números 2-8. Ed. Cooperativa Margen Izquierdo. 1990.

----- *El materialismo Histórico y la Filosofía de Benedetto Croce* Ed. Visor. Buenos Aires Argentina 1971.

Mazzeo Miguel. “Theodor W. Adorno perdido en el 68. O cuando Adorno, se puso la gorra. Breve historia de un desencuentro”. En *Contra hegemonía* mayo de 2018.

Huerta, R. “Pueblo y universitarios piden la libertad del profesor Cisneros Guillén”. *Revolución. Diario de Guerrero*, 19 de marzo de 1977.

Nieto Camacho, Ana Lilia. *et al.* “La Universidad-Pueblo: Periodismo, política y democracia en el sur de México durante la década de 1970”, En *Frontera Norte*. Vol.33 México. 13-Sep-2021.

Rivera Terrazas, Luis. *La Universidad Mexicana. Discurso ante la ANUIES*. 1972.

**Submissão: 18/11/2024. Aprovação: 27/11/2024**

## DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DOS ELEMENTOS “MULHER”, “GÊNERO” E “SEXO FEMININO” NO DIREITO PENAL: OS LIMITES DO DIREITO E A ALTERIDADE

### CHALLENGES IN UNDERSTANDING THE ELEMENTS "WOMAN," "GENDER," AND "FEMALE SEX" IN CRIMINAL LAW: THE LIMITS OF LAW AND ALTERITY

*Érica Adriana Costa Zanardi<sup>1</sup>*

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

#### **Resumo:**

Este artigo explora a complexa relação entre as definições jurídicas e as construções sociais de "mulher", "gênero" e "sexo feminino" no Direito Penal brasileiro. Fundamentado nas teorias de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, o estudo examina como as distinções entre masculino e feminino emergem da comunicação social, desafiando sua naturalização histórica. Por meio de uma abordagem teórico-documental, o artigo analisa textos legislativos, como a Lei Maria da Penha e as alterações introduzidas pela Lei n.º 14.994/2024, além de jurisprudência. O estudo destaca contribuições de teóricas feministas para fundamentar a evolução do gênero como uma categoria analítica central. Além disso, sublinha o potencial transformador da abertura do Direito à alteridade, defendendo um arcabouço jurídico democrático que acomode identidades diversas. O trabalho problematiza o uso de determinismos biológicos nas definições legais, enfatizando que "mulher" e "sexo feminino" são categorias construídas por atos comunicativos, e não verdades biológicas intrínsecas. A metodologia permite identificar como o sistema jurídico molda e é moldado pelas dinâmicas de poder e pelas percepções de alteridade.

#### **Palavras-chave:**

Direito penal. Alteridade. Gênero. Teoria dos sistemas.

#### **Abstract:**

This article explores the complex relationship between legal definitions and the social constructions of "woman," "gender," and "female sex" in Brazilian criminal law. Grounded in the theories of Niklas Luhmann and Raffaele De Giorgi, the study examines how distinctions between masculine and feminine emerge from social communication, challenging their historical naturalization. Through a theoretical-documentary approach, the article analyzes legislative texts, such as the Maria da Penha Law and the amendments introduced by Law n.º 14,994/2024, in addition to jurisprudence. The study highlights the contributions of feminist theorists to support the evolution of gender as a central analytical category. Furthermore, it underscores the transformative potential of opening the legal system to alterity, advocating for a democratic legal framework that accommodates diverse identities. The study problematizes the use of biological determinism in legal definitions, emphasizing that "woman" and "female sex" are categories constructed through communicative acts rather than intrinsic biological truths. The methodology enables the identification of how the legal system both shapes and is shaped by power dynamics and perceptions of alterity.

#### **Keywords:**

Criminal Law. Alterity. Gender. Theory of social systems.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro tem buscado responder às demandas sociais contemporâneas por maior equidade de gênero, como evidenciam a Lei n.º 11.340/2006 (Brasil, 2006) e a Lei

---

<sup>1</sup> Doutora e mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professora da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professora Visitante do Centro di Studi sul Rischio, Università del Salento. Pesquisa realizada com apoio da PROPPG e fomento do Fundo de Incentivo à Pesquisa (FIP/PUC Minas) – Projeto FIP 30995.

n.º 14.994/2024 (Brasil, 2024). No entanto, a análise jurídica de categorias como "mulher", "gênero" e "sexo feminino" ainda encontra barreiras significativas. Essas dificuldades residem não apenas nos limites técnicos do Direito, mas também em sua relação com as construções sociais que informam as distinções entre masculino e feminino. A partir da perspectiva da teoria da sociedade, especialmente no que tange às contribuições de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, este artigo problematiza como o Direito, enquanto sistema social, opera distinções e constrói significados que impactam diretamente as relações de poder e a percepção da alteridade.

A Lei n.º 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha (Brasil, 2006), define violência doméstica e familiar contra a “mulher” como qualquer ação ou omissão baseada no “gênero”, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, se praticadas no âmbito da unidade doméstica, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto. A jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de que, para efeito da Lei Maria da Penha, o termo “mulher” diz respeito ao gênero feminino, o que estenderia a proteção da lei a todas as pessoas desse gênero, independentemente do sexo marcado quando do nascimento. A construção de sentidos do termo “mulher” deixaria de ter uma marcação no sexo (supostamente biológico) para encontrar uma marcação no gênero, entendido como uma construção social. Assim, as mulheres transgênero estariam sob a proteção da Lei Maria da Penha.

Já a recém-publicada Lei n.º 14.994, de 2024 (Brasil, 2024), inseriu diversas alterações no ordenamento jurídico com vistas à proteção da mulher, em razão de sua condição de vulnerabilidade frente ao que se convencionou chamar de violência de gênero. A referida lei utiliza os termos “mulher” e “sexo feminino” como elementos objetivos em diversos tipos penais, tais como feminicídio, lesão corporal, ameaça e crimes contra a honra, na esteira da terminologia adotada pela Lei n. 13.104/2015 (Brasil, 2015).

Como dito acima, a Lei n.º 14.994/2024 (Brasil, 2024) manteve a terminologia anterior “sexo feminino” como elemento objetivo dos tipos penais referidos. Ante o inafastável princípio da reserva legal, estariam as mulheres transgêneros afastadas da condição de sujeito passivo desses delitos? Colocado de outra forma: um homicídio motivado por ódio à condição de transexual da ofendida, fundado pelo menosprezo e discriminação à condição feminina por ela adotada, configuraria feminicídio? Como opera a distinção entre “homens e mulheres”, “feminino e masculino”? Essas são as considerações que abordaremos nesse artigo.

Assim, as categorias jurídicas que sustentam a proteção da mulher contra a violência de gênero não são neutras ou naturais, mas produtos de processos comunicativos que moldam e

são moldados pelas relações sociais. Este trabalho, portanto, explora como o Direito Penal se apropria dessas distinções para criar normas e, ao mesmo tempo, como essas normas podem reforçar ou desconstruir desigualdades.

A organização do artigo reflete essa abordagem teórica, estruturando-se em três capítulos principais. No primeiro capítulo, "Da distinção homem/mulher para a distinção de gênero", explora-se como a história das sociedades ocidentais naturalizou distinções entre os sexos e como, mais tarde, foi introduzido o conceito de gênero como uma categoria social. O segundo capítulo, "Da naturalização à construção social: o direito se abre à alteridade" explora a evolução do conceito de gênero como uma construção social, desafiando determinismos biológicos que historicamente sustentaram a distinção entre masculino e feminino. A partir de estudos de autoras como Margaret Mead, Simone de Beauvoir, Joan Scott e Judith Butler, demonstra que as identidades de gênero são moldadas por práticas culturais e relações de poder. Esse entendimento influenciou o Direito, especialmente no Brasil, onde a Lei Maria da Penha incorporou o gênero como categoria social, protegendo mulheres cis e trans de violência de gênero. Decisões judiciais, como as do STJ, destacam a desconstrução de argumentos biologicistas, reconhecendo que a vulnerabilidade enfrentada por mulheres está vinculada a estruturas patriarcais e não a características biológicas. No terceiro capítulo, "Da distinção de gêneros para a distinção homem/mulher", argumenta-se que tanto o sexo quanto o gênero são construções sociais, desafiando a ideia de que o sexo biológico é uma realidade natural e imutável. Até o século XVIII, prevalecia o modelo de sexo único, que considerava a mulher como uma versão imperfeita do homem. Com o Iluminismo, a ciência passou a enfatizar diferenças biológicas para justificar desigualdades sociais, consolidando a distinção de dois sexos baseada em papéis sociais projetados nos corpos. Sob a perspectiva de teóricos como Luhmann e De Giorgi, todas as distinções, inclusive as biológicas, são mediadas pela comunicação social. Assim, o "sexo biológico" é uma classificação culturalmente atribuída e legitimada pela ciência.

Este estudo adota uma abordagem teórico-documental, fundamentada em uma análise qualitativa de fontes jurídicas, históricas e filosóficas. A partir de uma leitura crítica de textos normativos, decisões jurisprudenciais e literatura acadêmica, busca-se identificar e problematizar as construções sociais e jurídicas que sustentam as categorias de gênero e sexo no Direito Penal brasileiro.

O referencial teórico principal apoia-se na teoria da sociedade de Raffaele De Giorgi, que fornece uma lente analítica para compreender o Direito como um sistema social que opera distinções comunicativas. Adicionalmente, autores como Thomas Laqueur (2001), Judith

Butler (2018), Simone de Beauvoir (1970), entre outros, são mobilizados para articular as relações entre gênero, poder e a construção de identidades no contexto jurídico e social.

A análise dos dados é organizada em três etapas: (i) levantamento e sistematização de documentos jurídicos relevantes, incluindo a Lei Maria da Penha e a Lei n.º 14.994/2024, bem como decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ); (ii) contextualização histórica e teórica das distinções entre sexo e gênero a partir da literatura acadêmica; e (iii) interpretação crítica das implicações dessas distinções à luz da teoria dos sistemas.

## **2. DA DISTINÇÃO HOMEM/MULHER PARA A DISTINÇÃO DE GÊNERO**

O estudo das distinções entre homem e mulher, bem como da transição para uma compreensão baseada em gênero, revela os processos históricos e sociais que sustentam a construção dessas categorias. Durante séculos, a distinção homem/mulher foi naturalizada, comunicada como algo intrínseco à natureza das coisas e justificada pela vontade divina. Essa visão sustentava estruturas sociais rígidas, onde as desigualdades entre classes, raças e gêneros eram tratadas como naturais e imutáveis. Com o advento da modernidade, especialmente no Iluminismo, emerge a ideia de uma sociedade baseada na razão universal, liberdade e igualdade. Contudo, essa racionalidade revelou-se excludente, limitando-se a um humanismo que contemplava apenas homens brancos, livres e economicamente privilegiados.

Este capítulo busca traçar a transição da distinção biológica e naturalizada entre homem e mulher para a concepção social de gênero, examinando como essas categorias foram comunicadas<sup>2</sup> e ressignificadas ao longo do tempo. Ao explorar os desafios trazidos pelo pensamento iluminista, os movimentos feministas e as dinâmicas econômicas e políticas do século XX, o capítulo ilumina como o gênero se estabeleceu como uma categoria analítica central para compreender as desigualdades e relações de poder na sociedade contemporânea.

---

<sup>2</sup> “A questo si aggiunge ciò che distingue la comunicazione dai processi biologici di ogni tipo: la comunicazione è una operazione che è fornita della capacità di autoosservarsi. Ogni comunicazione deve allo stesso tempo comunicare che essa è una comunicazione e deve rimarcare chi ha comunicato e che cosa perché la comunicazione che si ricorda possa essere determinata e l'autopoiesi possa essere continuata. Di conseguenza, come operazione, la comunicazione non produce soltanto una differenza; fa senz'altro anche questo; essa però, per osservare che questo accade, usa anche una specifica distinzione, cioè quella tra atto del comunicare e informazione.” (Luhmann; De Giorgi, 2008, p.27)

A distinção<sup>3</sup> homem/mulher foi, por muitos séculos, comunicada<sup>4</sup> como uma distinção natural. O fundamento dessa distinção estaria na natureza das coisas; o homem era homem porque nasceu assim, a mulher era assim porque nasceu mulher. As demais distinções dessas sociedades eram também naturalizadas: o rei e os súditos, o nobre e o plebeu, o colonizador e os colonizados, o senhor e o escravo. As distinções seriam justificadas pela própria natureza das coisas, que na maior parte das vezes se fundamentava na vontade divina. Nesse caso, estamos diante de sociedades com pouca produção de complexidades porque cada coisa tinha seu lugar, que fora inclusive, determinado por Deus. Se voltar contra isso significava se voltar contra Deus. Não à toa que aqueles que se voltavam contra as estruturas de poder constituído foram exemplarmente eliminados, como bruxas, hereges, feiticeiros..., mas não se podia eliminar aquilo que esses dissidentes já haviam comunicado, os sentidos daqueles pensamentos dissidentes foram aos poucos abalando essas rígidas estruturas sociais.

A vontade divina não era mais uma resposta satisfatória para as perguntas que surgiam, com cada vez mais intensidade e profundidade as mentes se inquietavam frente aos desafios que a natureza representava, como ambiente dessas sociedades, mas também como sociedade em si mesma, a partir do momento que, por meio da comunicação, integrava os sentidos produzidos na sociedade<sup>5</sup>.

O iluminismo trouxe a ideia da razão universal e, com seu ideal de universalidade, a ideia de uma sociedade formada por homens livres e iguais foi construída pelo iluminismo.

No sistema do direito essa ideia foi desenvolvida e foram criadas legislações que a contemplaram. A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (National archives, 2024) contemplava a igualdade entre homens livres. Na mesma trilha, a Declaração dos Direitos

---

<sup>3</sup> Para referenciar os conceitos que serão utilizados nesse texto indicamos a obra “Teoria della società”, de N.L. e R. G. Assim, para citar os próprios autores “Si opera una distinzione tracciando una demarcazione che separà due parti, per cui non si può passare da una parte all' altra senza attraversare la' demarcazione. (...) Quando si effettua una distinzione, si indica una parte della fonna; con essa però è data allo stesso tempo l'altra parte: è data cioè contemporaneità e differenza temporale. Indicare è insieme: distinguere, così come: distinguere è insieme: indicare. Ogni parte della fonna, allora, è l'altra parte dell'altra parte. Nessuna parte è qualcosa per se stessa.” (Luhmann, De Giorgi, 2008, p.17)

<sup>4</sup> “A questo si aggiunge ciò che distingue la comunicazione dal processi biologici di ogni tipo: la comunicazione è una operazione che è fornita della capacità di autoosservarsi. Ogni comunicazione deve allo stesso tempo comunicare che essa è una comunicazione e deve rimarcare chi ha comunicato e che cosa perché la comunicazione che si raccorda possa essere determinata e l' autopoiesi possa essere continuata. Di conseguenza, come operazione, la comunicazione non produce soltanto una differenza; fa senz'altro anche questo; essa però, per osservare che questo accade, usa anche una specifica distinzione, cioè quella tra atto del comunicare e informazione” (Luhmann; De Giorgi, 2008, p.27)

<sup>5</sup> “Come sistema della comunicazione, la società si distingue dal suo ambiente - e proprio per questo non si distingue al suo interno. Per tutti i sistemi parziali della società i confini della comunicazione (a differenza della non-comunicazione) sono i confini esterni della società. Su questo, e solo su questo, essi si accordano. Ogni differenziazione interna deve e può collegarsi a questo confine esterno. Nella misura in cui comunicano, tutti i sistemi sociali partecipano alla società; nella misura in cui essi comunicano in modo diverso, si distinguono” (Luhmann; De Giorgi, 2008, p. 48).

do Homem e do Cidadão (Embaixada da França, 2024) construída na França também contemplava essa mesma igualdade. E a modernidade permitiu a construção da ideia de uma racionalidade universal de liberdade e igualdade entre os homens. E essa foi a narrativa construída sobre o passado do início da modernidade. Essa foi a herança deixada pela infância da modernidade.

Certamente essa não foi uma narrativa uníssona. Marx e Engels (2005) já em meados do século XIX constroem uma perspectiva de sociedade e ao descrevê-la não veem liberdade e igualdade entre os homens. Ao descrevê-la, eles veem uma sociedade construída sobre a economia e que, diversamente do universalismo trazido pela modernidade que não contempla castas, contempla agora classes: a classe burguesa e a classe operária. Diferentemente do antigo regime, na modernidade a conta bancária vale mais que o nome de família. Na maior parte das vezes, as duas coisas andam juntas: uma família tradicional e uma conta bancária gorda. Mas ao descrever sociedade só é possível descrever sociedade em si mesma, ou seja, somente aquilo que tomamos como sociedade por meio da comunicação de sentidos. E justamente por isso que não é de se estranhar que aquilo que se toma por humanismo universal não tem nada de universal, nem de humanismo, pois o que a modernidade tomou como realidade para descrever sociedade, era a realidade não do universo dos seres humanos, mas do homem branco, livre e rico, ou do homem burguês, na visão de Marx.

Os outros seres humanos, todos os outros, incluindo as mulheres, eram ambiente dessa sociedade e não sociedade, ou seja, elas não eram integradas às estruturas de comunicação que constituíam o núcleo da sociedade. Em vez disso, eram relegadas ao ambiente, como elementos externos que não participavam diretamente das decisões, valores ou normas comunicadas como pertencentes ao sistema social. Isso é evidente, por exemplo, na exclusão histórica de mulheres e outros grupos marginalizados das esferas de poder e das construções normativas.

*La società è un sistema comunicativamente chiuso. Essa produce comunicazione attraverso comunicazione. Solo la società può comunicare, ma non con se stessa né con il suo ambiente. Essa produce la sua unità realizzando operativamente comunicazioni attraverso la ripresa ricorsiva e l'anticipazione ricorsiva di altre comunicazioni. Se si pone a fondamento lo schema di osservazione «sistema/ambiente», la società può comunicare in se stessa su se stessa e sul suo ambiente, ma mai con se stessa e mai con il suo ambiente. Poiché né essa stessa né il suo ambiente possono comparire ancora una volta nella società, per così dire, come partner, come indirizzo per la comunicazione (Luhmann, De Giorgi, 2008, p.32).*

Ainda aqui cabe um alerta relativamente ao que tomo como seres humanos. Aqui tem o sentido moderno de ser humano pois, embora a razão universal da modernidade fosse incompatível com a ideia de escravidão, essa existia e era, em muitas sociedades, justificada pelo sistema do direito. Assim, no decorrer do século XVIII ao século XX, enquanto a

referência que a sociedade da modernidade fazia de si mesma contemplasse o humanismo universal, podemos afirmar que essa mesma racionalidade criava categorias de entre seres, humanos e nem tanto assim. O homem não branco e não rico era ser humano? A mulher era ser humano? Ela era parte da sociedade ou de seu ambiente?

No século XX, embora o pensamento fundante fosse o da razão universal e da liberdade, embora fosse essa a herança do iluminismo, aqueles que a partilhavam eram poucos homens brancos, quase sempre bem-nascidos, mas seguramente sempre afortunados. Os demais, todos os demais seres humanos, como não eram sociedade, mas seu ambiente, não podiam partilhar dessa herança.

É o século das duas grandes guerras, mas é também o século da libertação em muitos sentidos, bem como da construção de novas formas de opressão. Se para as pessoas, ele é um tempo passado, para a sociedade é ainda um tempo-presente porque muitos dos sentidos construídos ali, naquele tempo, ainda se fazem presentes. Muitos dos sentidos ali comunicados, da comunicação social, que é sociedade, permanece, se faz presente. É o século da complexidade.

No Brasil, influenciadas pelos movimentos feministas europeus, as mulheres começaram a questionar a desigualdade de direitos entre elas e os homens, sobretudo o direito a ter uma profissão. Vale ressaltar que não era o direito a ter trabalho, pois trabalhar nunca foi uma luta das mulheres pobres. Desde sempre mulheres trabalharam. A demanda era que as mulheres quisessem que seus próprios salários fossem entregues a elas e não aos maridos. E as mulheres de classes sociais mais abastadas queriam poder ter profissões até então guardadas aos homens.

Elas entendiam que o Direito não as contemplava, a medida que as leis as colocavam em condições de inferioridade. Por isso, a primeira “onda” do movimento feminista foi pelo direito ao voto, para que alcançassem mudanças legislativas.

E, foi na segunda metade do século passado, depois de uma guerra devastadora, produzida por esses mesmos senhores, mas que custou a vida de cerca de 60 milhões de pessoas, dentre militares e civis, que os senhores brancos e poderosos entenderam que seria necessário contemplar, ao menos no sistema do Direito, todos os seres humanos como sujeitos, como pessoas.

Isso se deu por um conjunto de fatores, não por bondade, obviamente. Mas podemos ressaltar três principais. O primeiro seria a tentativa de construir uma alternativa à extinção da humanidade, que se tornou uma real possibilidade real após a criação das bombas atômicas. Surge daí a necessidade premente de impedir a ocorrência de um novo conflito mundial e, para

isso, a solução dos conflitos de interesses entre as nações ricas e poderosas teria que tomar outra via, que não a do conflito armado. A própria criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, enquanto *locus* para a construção do diálogo entre Estados-nação decorre desse fato. O segundo é a ameaça à hegemonia do capitalismo, por meio da criação de outra forma de estruturação do sistema econômico, representada pelo então denominado bloco comunista. O enfraquecimento da Europa somada a ameaça da simples existência de uma nova alternativa colocava o modelo capitalista em xeque e, por isso, o capitalismo precisava incorporar antigas demandas que seriam, a partir de então, consideradas como novos direitos. O processo de independência das colônias europeias em Ásia, Oriente Médio e África, que se sucederam, são reflexos desse motivo. E o terceiro, que são as complexidades resultantes da multiplicidade e diversidade de sentidos que passava a constituir a sociedade no pós-guerra.

A guerra teve um impacto significativo para aqueles que se constituíam como a negação do homem branco e rico. Aqueles que eram ambiente da sociedade, agora eram chamados para “defender sua pátria e dar a vida por ela”.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a convocação de afro-americanos para as frentes de batalha e a mobilização para a guerra trouxeram à tona as questões do sistema de segregação racial americano. Além disso, as mobilizações de guerra aumentaram as oportunidades econômicas para a população negra. Tudo isso contribuiu fortemente para o incremento dos movimentos de luta por direitos civis da população negra. A força de trabalho feminina se intensificou, enquanto os homens foram enviados para os fronts. Hine (Hine; Hine; Harold, 2000), referência em história afro-americana nos Estados Unidos, sobretudo por suas contribuições nos estudos sobre as condições de vida das mulheres negras e das lutas pelos direitos civis dos negros nesse período, aponta em vários trabalhos como a guerra foi catalizadora para mudança de percepção do papel dos negros, homens e mulheres, na sociedade estadunidense.

Em 1978, a historiadora americana e professora de Estudos Feministas na Universidade da Califórnia, Santa Bárbara, Leila J. Rupp (1978), publica um estudo importantíssimo sobre o papel da propaganda para a mobilização feminina durante a Segunda Guerra Mundial. Ela compara como a Alemanha nazista e os Estados Unidos se utilizaram da mídia e de estratégias de propaganda para integrar as mulheres como força de trabalho em função das necessidades da guerra, embora o fizessem com estratégias de propaganda e objetivos ideológicos diferentes.

Rupp (1978) aponta como o Estado alemão, que defendia papéis rígidos de feminino e masculino, criando um modelo de “mulher ideal” como mãe e cuidadora, teve que se adaptar

à demanda de guerra, incentivando as mulheres a trabalharem em fábricas e em funções de apoio. Essa mudança, no entanto, foi acompanhada de um discurso que enfatizava a temporariedade do trabalho fora do lar, o que impedia uma transformação mais duradoura nas percepções de gênero entre a população.

Nos Estados Unidos, a propaganda adotava uma postura de incentivo ao trabalho feminino como um dever patriótico. A mulher moderna seria representada na figura da mulher trabalhadora, forte e independente. Embora essa propaganda tenha promovido temporariamente uma visão da mulher americana incluída nos sistemas da sociedade, ela também enfatizava que a participação feminina na força de trabalho era uma necessidade momentânea e não deveria modificar os papéis de gênero tradicionais a longo prazo.

Sob outro prisma, com sensibilidade literária, Svetlana Aleksievitch (2016) retira das sombras as experiências de guerra narradas por mulheres soviéticas. Com uma percepção bem diversa da narrativa da historiografia tradicional do que é uma guerra, essas mulheres que despenharam papéis relevantes descrevem o sofrimento humano, a perda, o luto e a destruição que afetam a todos, mas especialmente, às mulheres. Elas narram a dor do enfrentamento da fome, da destruição de vilarejos, de ver a morte dos entes próximos e o impacto psicológico de viver em um ambiente onde a violência é a norma. As mulheres, no relato de Aleksievitch, não são apenas vítimas da guerra, mas pessoas complexas, que sentem, sofrem e reagem às circunstâncias. A autora revela a potência dessas mulheres que a historiografia narrada pelos homens sempre teimou em apagar. Ela nos oferece uma denúncia da marginalização histórica das mulheres. Uma visão da guerra através dos olhos femininos, questionando os valores e as interpretações tradicionais e revelando que o impacto e a participação das mulheres transcendem o que a história, até então, ousou registrar.

A transição da distinção homem/mulher, à guisa de últimas considerações para esse capítulo, repita-se, são e foram historicamente naturalizada e sustentada por justificativas divinas ou biológicas, o que, em última instância, constituem-se em construções humanas. Da mesma forma, o conceito de gênero também é uma construção social. A partir desses pressupostos, destacamos, com base nas transformações da modernidade e nos movimentos feministas, como as relações de poder moldam essas categorias e como o gênero pode se consolidar como uma lente crítica para desconstruir desigualdades e reavaliar hierarquias sociais. Essa mudança estabelece o alicerce para debates contemporâneos sobre identidade e inclusão, preparando o terreno para as discussões do capítulo seguinte.

### **3. DA NATURALIZAÇÃO À CONSTRUÇÃO SOCIAL: O DIREITO SE ABRE À ALTERIDADE**

Este capítulo busca aprofundar o debate sobre como a distinção entre homem/mulher foi gradualmente ressignificada como uma construção social. Enquanto o capítulo 2 buscou compreender a evolução histórica distinção em categorias biológicas para o conceito de gênero, destacando os processos culturais e de poder que moldaram essa transição, este capítulo foca nas últimas décadas do século XX, período crucial para a consolidação de gênero como uma categoria analítica e crítica.

No contexto do século XX, marcadamente transformado pelas guerras mundiais, movimentos feministas e tensões econômicas globais, as noções de masculino e feminino foram amplamente questionadas, dando origem a novas formas de compreender as identidades de gênero.

À luz da teoria de Raffaele De Giorgi (2024), a abertura do Direito à alteridade emerge como um passo fundamental para reconhecer a diversidade humana em suas múltiplas formas de existência. Para De Giorgi, a liberdade e a identidade só podem se constituir plenamente quando se abrem à alteridade, entendida como a condição necessária para a coexistência de diferentes modos de ser. No contexto do século XX, marcado pelas guerras mundiais, movimentos feministas e tensões econômicas globais, a alteridade ganha centralidade ao desafiar as distinções tradicionais e impulsionar novas formas de compreender as relações de gênero.

Neste cenário, o Direito é convocado a superar paradigmas excludentes, reconhecendo as identidades de gênero como construções sociais e comunicativas que refletem a pluralidade humana. Assim, a alteridade deixa de ser uma ameaça às normas jurídicas para se tornar uma possibilidade de expansão democrática

Assim, exploramos como pensadoras como Simone de Beauvoir, Joan Scott e Judith Butler (2018) contribuíram para a desconstrução das categorias naturalizadas de gênero, propondo que o feminino e o masculino são resultado de práticas sociais e culturais, e não meramente de distinções biológicas. Além disso, examinamos como essas teorias dialogam com a prática jurídica contemporânea, incluindo a aplicação de legislações como a Lei Maria da Penha, que adota o gênero como elemento central na proteção de mulheres, inclusive transgênero, contra a violência.

Assim, ao articular a base histórica apresentada no capítulo anterior com os avanços teóricos e práticos das décadas mais recentes, este capítulo busca reforçar o argumento de que

o gênero, como construção social, é indispensável para compreender as dinâmicas de desigualdade nas sociedades contemporâneas.

É nas últimas décadas do século XX que desejamos concentrar a análise, um período historicamente passado, mas cujos reflexos ainda se fazem presentes em diversos aspectos sociais. Esse passado-presente, como podemos denominá-lo, carrega significados que transcendem sua temporalidade, permanecendo vivo na memória coletiva e nas estruturas sociais contemporâneas. Para muitos, o século XX representa um tempo de transição, abrigando bisavós, avós e pais de diversas gerações, bem como aqueles que vivenciaram suas transformações. Embora seja percebido pelos jovens de hoje como um passado distante, para aqueles que o atravessaram, ele continua presente, carregado de experiências vividas e mudanças que moldaram o presente. Para a sociedade, contudo, esse século permanece como um presente que deseja ser passado, para alguns, ou como um passado que insiste em ser perpetuado por outros, configurando-se como um marco temporal essencial na construção das relações sociais e culturais atuais.

O interesse e as necessidades econômicas dos Estados também mudam a forma como os sentidos do feminino e masculino são comunicados, inclusive pelo discurso oficial estatal.

Mas é aqui aonde queremos chegar, nas últimas décadas do século passado. Esse tempo passado que ainda é presente. Esse passado-presente, nele nos deteremos por mais tempo. O século XX é passado, neles estão os bisavós de alguns, os avós e os pais, seguramente, tanto aqueles que se foram com o século, bem como aqueles que o atravessaram. Nós ou, a maior parte de nós é nele nascida. Então para nós ele é passado, alguns daqueles que amamos ficaram por lá. Ele é hoje a fronteira entre os jovens e os adultos. Para os jovens de hoje, é um passado longínquo. Mas para quem nele viveu, é um passado que se faz presente. No entanto, para a sociedade, é ainda um presente; que quer ser passado, para alguns, um presente-passado; mas que quer ser eternizado por outros como um passado-presente.

Sobretudo a partir década de 80 daquele século é que as mulheres pesquisadoras desenvolveram mais substancialmente pesquisas para demonstrar as diferenças entre homens e mulheres eram diferenças construídas socialmente, e não naturalmente; que a divisão entre sexos diz respeito a uma diferenciação biológica, não era determinante dos sentidos comunicados nas sociedades do que representava ser “mulher” ou ser “homem”. Ancoradas em pesquisa realizadas ainda na primeira metade do século, elas começam a questionar a naturalização daquilo que era considerado feminino e masculino.

Estudos como de Margaret Mead, *Coming of Age in Samoa* (1928) em que a autora argumenta que as crises da adolescência não eram universais, mas sim produtos das normas e

valores culturais específicos. Ela investigou o desenvolvimento da adolescência na cultura samoana. Em *Sex and Temperament in Three Primitive Societies* (1935), ela comparou três sociedades da Nova Guiné e demonstrou que os papéis de gênero e os traços de personalidade não são biológicos, mas dependem das normas culturais. Essa análise abriu caminho para uma compreensão mais complexa dos papéis de gênero e das identidades sexuais, demonstrando como as noções de papéis de homens e mulheres são moldadas por influências culturais, rejeitando a ideia de que tais papéis sejam inteiramente biológicos.

Simone de Beauvoir (1970), em seu clássico *O Segundo Sexo*, de 1949, propôs uma das primeiras críticas profundas à ideia de mulher como uma categoria essencial e imutável. A famosa frase “Não se nasce mulher, torna-se mulher” é central para entender seu argumento, pois Beauvoir (1970) desloca o foco da biologia para a construção social, entendendo que a identidade feminina não é uma essência natural, mas um papel social imposto ao longo da vida. Beauvoir foi pioneira ao sugerir que a feminilidade era construída e, portanto, um reflexo da opressão histórica e cultural. Ela lançou as bases para questionar o conceito de “mulher” enquanto uma identidade fixa, contribuindo para uma visão do feminino como resultado de processos culturais, uma ideia que mais tarde influenciaria as teorias sobre gênero.

A historiadora Joan Scott foi uma das autoras que consolidou o termo "gênero" como categoria analítica, principalmente em seu artigo seminal *Gender: A Useful Category of Historical Analysis*, em 1986. Scott (1995) argumenta que o gênero não é simplesmente um sinônimo de mulher ou de estudos femininos, mas sim uma forma de entender as relações de poder que estruturam a sociedade e que afetam todas as identidades sexuais. Ela defende que gênero é um sistema de significados que organiza as relações de poder, promovendo desigualdades e normas que vão além da biologia e da diferença sexual. O trabalho de Scott foi fundamental para a sociologia e para a história, permitindo a análise de instituições e estruturas sociais sob uma nova ótica e reformulando a maneira como se estudavam as relações entre homens e mulheres.

Judith Butler, filósofa e teórica queer, levou a análise de gênero para um novo nível ao introduzir o conceito de performatividade em *Gender Trouble*, em 1990. Butler (2018) propõe que o gênero é performativo, ou seja, não é algo que somos, mas algo que fazemos e reiteramos através de ações, gestos e práticas culturais. Para Butler (2018), o gênero não é um aspecto essencial do ser, mas sim uma performance repetitiva que gera a ilusão de uma identidade de gênero “natural”. Essa ideia desafia diretamente a noção de “mulher” como uma categoria fixa, mostrando que as identidades de gênero são maleáveis e podem ser subvertidas. O conceito de Butler é revolucionário para os estudos de gênero, pois sugere que tanto as

categorias de “homem” quanto de “mulher” são produtos de práticas culturais normativas e podem, portanto, ser desconstruídas.

Assim, a categoria “gênero” se relaciona com o sentido de ser mulher em uma sociedade e como os sentidos que são comunicados nessa sociedade, de expectativas e relações de poder que envolvem as relações do masculino com o feminino.

Afinal, do que estamos falando quando dizemos “relações de Gênero”? Estamos nos referindo a uma categoria de análise, da mesma forma como quando falamos de classe, raça/etnia, geração. Mas, o que isto significa? Todas/os nós sabemos que, em gramática, quando perguntamos pelo gênero de uma palavra, a resposta, invariavelmente em português, é: masculino ou feminino. Em português não temos o neutro como no latim, por exemplo. Como exemplo, vamos analisar gramaticalmente a palavra cadeira: ela é substantivo, singular e feminino, não é? E a palavra mar: em português é masculina, mas em francês – “la mer” – é feminina. Em português, como na maioria das línguas, todos os seres animados e inanimados têm gênero. Entretanto, somente alguns seres vivos têm sexo (Pedro, 2005, p. 78).

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha, a doutrina e jurisprudência tem estabelecido a distinção sexo/gênero para se referir a gênero como uma categoria social do ser homem/mulher e sexo como categoria biológica.

A Lei Maria da Penha define violência doméstica e familiar como:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a **mulher** qualquer ação ou omissão baseada no **gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (Brasil, 2006 grifos nossos).

Dessa forma, a Lei Maria da Penha, ao estabelecer “violência de gênero”, se refere à violência praticada contra a “mulher”, por sua condição social de mulher.

O STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1977124 - SP (2021/0391811-0), firmou o entendimento de que o termo “mulher” se refere também a mulheres transgêneros, independentemente de cirurgia de transgenitalização, para fins de proteção da Lei Maria da Penha, se a ação ou omissão decorre dessa condição:

RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA.

CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. 2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha. 3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas. 4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher. 5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que, no meu entender, o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é. 6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal. 7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões – segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas. 8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.343/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido (Superior Tribunal de Justiça, 2022).

Inclusive, após o referido julgamento do STJ, a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais publicou a Resolução 8.225 para estabelecer que:

§ 3º - As mulheres transexuais e travestis, vítimas de violência doméstica ou familiar baseada no gênero, devem ser atendidas pela Delegacia Especializada em Atendimento à Mulher independentemente de alteração do nome no registro civil ou da realização de cirurgia de redesignação sexual (2022).

A distinção entre homem e mulher, anteriormente naturalizada e ancorada em determinismos biológicos, foi desafiada e ressignificada nas últimas décadas do século XX. Por meio do desenvolvimento da categoria "gênero" como uma construção social, estudos como os

de Margaret Mead, Simone de Beauvoir, Joan Scott e Judith Butler revelaram que as noções de masculino e feminino são produtos de práticas culturais e relações de poder, e não essencialidades biológicas. Essas perspectivas teóricas permitiram a construção de decisões judiciais que trouxeram a ampliação da proteção às mulheres transgênero. Ao incorporar as noções de gênero às suas interpretações, o sistema jurídico passou a reconhecer alteridades antes apagadas. Esse movimento ganhou relevância particular no Brasil com a promulgação da Lei Maria da Penha, que estabelece a violência de gênero como uma forma específica de opressão contra mulheres, definida não apenas por critérios biológicos, mas pela condição social de gênero.

Decisões, como a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao ampliar a proteção da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero, representam um marco na desconstrução de argumentos biologicistas no Direito. Esse entendimento reforça que a vulnerabilidade enfrentada pelas mulheres, cis ou trans, está enraizada em estruturas patriarcais e misóginas, e não exclusivamente em características biológicas.

Evidencia-se que a introdução do conceito de gênero no arcabouço jurídico brasileiro não apenas ressignifica categorias fundamentais, mas também redefine práticas institucionais, ampliando o alcance das normativas protetivas.

#### **4. DA DISTINÇÃO DE GÊNEROS PARA A DISTINÇÃO HOMEM/MULHER**

Se a herança que chegou até nós é de que o sexo é uma distinção natural, biológica, e o gênero é uma distinção social, a obra de Laqueur (2001), historiador de medicina, vira essas distinções de ponta cabeça. Laqueur demonstra que até o século XVIII não existia a distinção entre dois sexos, no sentido biológico. Homens e mulheres compartilhavam um modelo único, que era masculino. O que variava era o grau de evolução ou desenvolvimento desses corpos:

Durante milhares de anos acreditou-se que as mulheres tinham a mesma genitália que os homens, só que - como dizia Nemesius, bispo de Emesa, do século IV - "a delas fica dentro do corpo e não fora". Galena, que no século II d.C. desenvolveu o mais poderoso e exuberante modelo da identidade estrutural, mas não espacial, dos órgãos reprodutivos do homem e da mulher, demonstrava com detalhes que as mulheres eram essencialmente homens, nos quais uma falta de calor vital - de perfeição - resultara na retenção interna das estruturas que no homem são visíveis parte externa (Laqueur, 2001, p. 16).

A distinção que existia era de gênero, conforme compreendemos gênero hoje, e justamente as distinções sociais entre homens e mulheres que, a partir principalmente do Iluminismo, vão ser utilizadas como fundamentos para criar o sistema biológico de dois sexos.

Até o século XIX o que hoje nominamos como órgãos sexuais femininos eram, na verdade órgãos (sem especificação de sexo, mas comparado a um modelo que seria o padrão, o do homem) pouco evoluídos. “Nesse mundo a vagina é vista como um pênis interno, os lábios como o prepúcio, o útero como o escroto e os ovários como os testículos.” (Laqueur, 2001, p.16)

A mulher era um ser não devidamente evoluído, mas cuja estrutura “biológica” derivava de seu paradigma, o homem. Homem e mulher eram uma coisa só, compartilhavam das mesmas estruturas físicas, que eram inclusive nomeadas da mesma forma, o que os diferenciava era seu grau de “perfeição ao modelo” ou, de imperfeição. Nas palavras do próprio Laqueur:

A linguagem marca essa visão da diferença sexual. Durante dois milênios o ovário, um órgão que no início do século XIX se tornou uma comparação da mulher, não tinha nem ao menos um nome específico. Galeno refere-se a ele com a mesma palavra que usava para os testículos masculinos, *orcheis*, deixando que o contexto esclarecesse o sexo ao qual ele se referia. Herófilo denominara os ovários de *didymoi* (gêmeos), outra palavra padrão grega para testículos, e era tão preso ao modelo mulher-como-homem que achava que as trompas de Falópio (*Fallopianus*) - os canais ejaculatórios que saem de cada um dos "testículos" - ligavam-se no pescoço da bexiga, como ocorre com os canais ejaculatórios do homem (Laqueur, 2001, p. 16).

E os estudos que foram desenvolvidos pelos cientistas do Iluminismo, contraditoriamente, utilizavam os fundamentos do gênero a pretexto de construir uma justificativa biológica para o modelo de dois sexos, onde buscavam ressaltar as diferenças entre os dois corpos e não a semelhanças entre eles enquanto espécies. Laqueur ilustra tal situação:

Com início no Iluminismo, houve um enxurrada aparentemente infindável de livros e capítulos de livros cujos próprios títulos contradiziam o compromisso com essa nova visão da natureza e da cultura: *Systeme physique et moral de La femme*, de Roussel; capítulo de Bracheg, *Ecudes du physique et du moral de la femme*, Sex,- de Thompson e Geddes. O mundo físico "real" nesses relatos, e em centenas de outros semelhantes, é anterior e logicamente independente das reivindicações feitas em seu nome (Laqueur, 2001, p.18).

Além disso, a própria cronologia em breve caiu por terra e cheguei à espantosa conclusão de que os modelos de dois sexos e de sexo único haviam sempre existido para aqueles que pensavam na diferença, e que não havia qualquer forma científica para distingui-los. Na verdade, o primeiro deve ter entrado em evidência durante o Iluminismo, mas o modelo de sexo único não desapareceu. De fato, quanto mais examino os registros históricos, menos clara se torna a divisão sexual; quanto mais o corpo existia como o fundamento do sexo, menos sólidas se tornavam as fronteiras. Com Freud o processo chegou à indeterminação mais cristalina. O que começou com uma história de prazer sexual feminino e sua tentativa de apagar isso, tornou-se a história de como o sexo, assim como o gênero, foram construídos (Laqueur, 2001, p. 09)

O termo mulher, até o século XVIII, não carregava consigo um sentido biológico, mas sentido social de imperfeição, de incompletude. Ser um homem era o padrão do existir, ser mulher era ser sempre imperfeita frente um modelo do ser. Para a medicina de então, homens e mulheres compartilhavam um modelo único de corpo. O que mudava era o grau de perfeição que um ou outra atingia, pois o parâmetro do corpo perfeito era o masculino. O corpo da mulher era uma forma menos "ajustada" ao modelo, portanto mais imperfeita. Dito de outra forma, a construção de sentidos da "imperfeição" ou "desajuste" feminino era realizada com tamanho sucesso pelos sistemas sociais daquelas sociedades até por volta do sec. XVIII, que os sistemas político, econômico, jurídico e religioso de tal forma a inferiorizá-la perante o padrão homem, que o sistema da ciência podia se ater às semelhanças entre os corpos. Fazia sentido pois o pensamento existente era de que relativamente a todo restante da natureza, os corpos de homens e mulheres guardavam muito mais semelhanças que diferenças. Mas como socialmente o homem era o modelo, "biologicamente" também o seria.

Secondo la descrizione della conoscenza che si era affermata nella vecchia Europa, la conoscenza viene causata da ciò che è conosciuto, così come l'uguale causa l'uguale. In ciò consisteva la garanzia della corrispondenza con la realtà. (...) Il movimento della scienza moderna, che guarda alla ricerca e alla scoperta del nuovo, deve rompere con questa versione del processo della conoscenza. Nella misura in cui il nuovo movimento della scienza osserva se stesso attraverso una- teoria della conoscenza -e questa osservazione comincia con Locke - si diventa consapevoli del fatto che il soggetto che conosce partecipa egli stesso alla acquisizione di tutto il sapere (Luhman; De Giorgi, 2008, p. 364/365).

Somente a partir do sec. XVIII que começam a existir registros médicos de estudos com o modelo de dois sexos, que conviveu ainda por muito tempo com o modelo de sexo único. Somente quando a ideia de corpos que teriam maior ou menor grau de perfeição dá lugar à distinção, é que o modelo muda. A ciência agora se preocupa em demonstrar quão diversos eram homens e mulheres e a estabelecer a divisão dos sexos. O fundamento da diferenciação em sexos, conforme demonstravam os estudos, estava não nos copos em si, mas nos papéis sociais de cada sexo que se projetavam nos corpos. "Uma anatomia e fisiologia de incomensurabilidade substituiu uma metafísica de hierarquia na representação da mulher com relação ao homem." (Laqueur, 2001, p.17). A preocupação era demonstrar, por meio da ciência, como homens e mulheres são tão diversos e que a existência de padrões de comportamento tão diversos justificava a existência de "sexos" diversos.

E os sexos foram criados!

A mulher era entendida como incompletude. Agora ela passa a ser a negação do "sexo masculino". Tanto o sexo quanto o gênero são sentidos comunicados no tempo e no espaço, nas

sociedades, do que é ser feminino e o que é ser masculino. "Sexo" ou "gênero" são, de fato, construções de sentidos localizados no tempo e no espaço, do feminino e masculino.

A construção da distinção entre homem e mulher se desenvolve através de um processo sócio-histórico que projeta diferenças de papéis. Essa narrativa, sustentada pelos sistemas político, econômico, religioso e científico, consolidou a inferiorização da mulher enquanto reforçava o modelo masculino como ideal. Nesse sentido, tanto o sexo quanto o gênero são compreendidos como produções sociais comunicadas e ressignificadas no tempo e no espaço.

Mas em que momento histórico se inicia essa distinção de que os sentidos do feminino, ou do ser mulher, são diminutos, incompletos ou qualquer que seja a definição que a inferiorize frente ao masculino, não conseguimos encontrar registros.

Essa indagação abre caminho para uma análise mais profunda sobre a invenção da mulher enquanto categoria social, utilizando a mitologia como uma ferramenta explicativa.

#### **4.1. Pandora e a Invenção da Mulher: Raízes Mitológicas da Construção do Feminino**

O mito de Pandora, considerada na narrativa grega a primeira mulher, é símbolo da construção da categoria "mulher", pois reflete e perpetua os sentidos atribuídos ao feminino em sociedades patriarcais. A partir de Pandora, podemos examinar as raízes simbólicas das distinções de gênero e suas implicações na formação dos sentidos da distinção homem/mulher.

Os gregos da antiguidade, antes mesmo de desenvolverem a escrita, antes mesmo de criarem alguma forma de contabilizar o tempo como nós, criaram uma forma muito interessante de explicar a origem daquilo não sabiam explicar. Diferentemente de nós, que vivemos o presente pensando no futuro e reconstruindo o passado, eles não tinham noção de passado como tempo vivido, como tempo social, como história. Para explicar todo o acontecido antes de seu tempo presente, criaram as mitologias. As mitologias eram explicações transmitidas oralmente sobre a criação da natureza, do mundo físico, de um mundo metafísico, mas era sobretudo uma explicação sobre os próprios seres humanos, sobre seus desejos, seus sentimentos, que projetados em deuses, poderia explicar por que agíamos ou deveríamos agir de uma forma ou de outra.

Assim como os gregos da antiguidade, entendo não ser possível apontar quando a mulher foi criada, lançarei mão do mito. Talvez o mito judaico-cristão da criação de Eva nos seja mais familiar e fosse um caminho a trilhar, mas prefiro um outro, ainda com os gregos: a criação de Pandora.

Antes que a dúvida crie raízes: não tratarei da criação da mulher enquanto ser físico pois essa análise deixo aos cientistas da Paleoantropologia. Aqui trato da criação da mulher, da invenção da mulher enquanto um construto social. Por alguns milênios, diferenças entre corpos foram naturalizadas como biológicas e utilizadas como fundamento para a construção social de sentidos dos sexos. Mas essa construção, feita por meio da comunicação é uma distinção social. Dessa forma, como a criação da mulher e do homem é uma operação da comunicação social e não da natureza, voltemos ao mito.

O mito de Pandora foi escrito por Hesíodo, por volta do sec. VII a.C. e encontra-se em duas obras: "Teogonia" e "Trabalhos e Dias", neste último é onde o mito é mais detalhado. As obras de Hesíodo fazem parte do corpus literário mais antigo da Grécia, pois marca uma transição importante entre a tradição oral e a literatura escrita na Grécia Antiga. Embora a poesia épica tenha sido originalmente transmitida oralmente por poetas, acredita-se que Hesíodo tenha sido um dos primeiros poetas gregos a escrever suas composições, utilizando a recém-desenvolvida escrita alfabética, introduzida na Grécia no século VIII a.C. (West, 1988). Feita essa introdução que será importante mais adiante, vamos ao mito:

Em um sacrifício que foi ofertado pelos humanos a Zeus, coube a Prometeu fazer a partilha das peças do boi<sup>6</sup>. A fim de pregar uma peça em Zeus e proteger os humanos, Prometeu separou a oferenda em duas partes: uma com as melhores partes da carne, mas cobertas com o couro, e as piores partes, os ossos e as entranhas, embalou na valiosa gordura fazendo dessa uma parte apetitosa. Zeus, que tudo sabe, escolheu a bela parte envolta de gordura. Dessa forma poderia, em razão disso, punir Prometeu pela intenção de enganá-lo de maneira astuciosa. Assim, para castigá-lo, Zeus impôs um castigo aos humanos, seus protegidos: não teriam mais o trigo e nem o fogo. O que seria dos humanos sem o fogo? O fogo lhes fora dado por Prometeu a fim de compensá-los por sua frágil natureza, pois, na criação do mundo, Epimeteu<sup>7</sup>, irmão de Prometeu, ao fazer a divisão das habilidades entre os seres da criação, deixou os humanos sem a capacidade de se auto proteger. Não possuíam chifres, asas, veneno, penas ou um couro espesso, ou seja, precisavam de algum instrumento para se proteger das ameaças, e como

---

<sup>6</sup> Um esclarecimento, os Deuses olímpicos adoravam um churrasco, ou melhor, o cheiro do churrasco, pois era desse aroma que se nutriam nas oferendas, já uma parte do animal ficava para os humanos, que comiam a carne, e a outra parte assavam em sacrifício aos Deuses. Prometeu é um titã, da mesma classe a qual pertencia Crono, pai de Zeus. Como todo titã, nutria uma mágoa com Zeus, já que este foi o responsável por por fim ao governo dos titãs, ao destronar o próprio pai e iniciar a era dos deuses olímpicos.

<sup>7</sup> Em grego: pro" (προ), que significa "antes" ou "à frente", e "mêtheia" (μήθεια), que significa "pensamento" ou "intenção". Portanto, Prometeu pode ser traduzido como "aquele que pensa antes" ou "previdente". Epimeteu, ao contrário, é formado pelo prefixo "epi" (ἐπι), que significa "depois" ou "tarde". Assim, Epimeteu pode ser traduzido como "aquele que pensa depois" ou "impulsivo". No mito, Epimeteu é retratado como alguém que age de maneira impulsiva e sem pensar nas consequências, o que é simbolizado por ele aceitar Pandora como esposa, apesar dos avisos de seu irmão Prometeu.

recompensa, receberam de Prometeu o fogo para ser usado como forma de proteção e de sobrevivência. Mas Zeus, para punir Prometeu, impõe a seus protegidos esse castigo. Prometeu, julgando que a sanção fora deveras severa, vai até a forja de Hefesto e esconde o fogo em uma férula para devolvê-lo aos homens.

Zeus, o Senhor do Olimpo, fica furioso e diz a Prometeu:

Filho de Jápeto, mais que todos fértil em planos, alegras-te de ter roubado o fogo e enganado minha inteligência, o que será uma grande desgraça para ti próprio e para os homens futuros. Para compensar o fogo lhes darei um mal, com o qual todos se encantarão em seu espírito, abraçando amorosamente seu próprio mal.” Assim falou, e riu alto o pai de homens e deuses (Hesíodo, 2012, p. 65).

Dessa forma, ardilosamente, Zeus ordena a Hefesto que moldasse do barro tal beleza; Atena a presenteia com a arte das habilidades manuais; graça e encantos irresistíveis recebe da deusa Afrodite e Hermes a presenteia com uma mente astuta e com a capacidade de enganar. Ela á ainda, adornada e enfeitada com joias e flores primaveris. “Assim o arauto dos deuses nela colocou linguagem, e chamou essa mulher Pandora<sup>8</sup>, porque todos os que têm moradas olímpias deram essa dádiva, desgraça para os homens que vivem de pão” (Hesíodo. 2012, p. 69).

Depois que a obra estava completa, Zeus determina a Hefesto que a enviasse de presente a Epimeteu, não sem antes dar a ela um jarro cerrado, com a advertência de portá-lo consigo, mas nunca o abrir. Quando viu aquela criatura com tamanha beleza, Epimeteu não se atentou ao alerta que lhe havia feito seu irmão, Prometeu, para nunca aceitar um presente de Zeus, o que seguramente seria um mal para os mortais. “Mas ele, depois de o receber, bem quando tinha o mal, compreendeu” (Hesíodo. 2012, p. 69).

Pandora trouxe consigo um jarro<sup>9</sup> que, segundo as instruções divinas, não deveria ser aberto. Pandora, que foi dotada por Hermes com uma mente astuta e curiosa, mesmo sabendo da proibição, tomada por uma grande curiosidade incontrolável, abriu o jarro. Ao abrir a tampa, ela liberou todos os males que ali estavam. Males que até então não existiam no mundo, escaparam em forma de espíritos ou entidades abstratas. Assim, a fome, a velhice, as doenças, a tristeza, o ciúme, a inveja, o ódio, o trabalho, e outras desgraças se espalharam pelo mundo, atingindo toda a humanidade. Quando Pandora percebeu o que tinha feito, desesperou-se e tentou fechar o jarro rapidamente, mas era tarde demais. Quase todos os males haviam sido

---

<sup>8</sup> Em grego: Pan significa tudo, Dora significa dons; assim Pandora significaria "todos os dons", podendo-se interpretar como a que recebeu todos os dons bem como a que porta todos os dons, no sentido de ser dádiosa.

<sup>9</sup> Em grego, "pithos", muitas vezes traduzido incorretamente como "caixa".

liberados e se espalhado pelo mundo. A única coisa que restou dentro do jarro foi a Esperança<sup>10</sup>. Embora todos os males tivessem escapado, Pandora conseguiu manter a Esperança dentro do jarro antes que ela também fosse liberada. E assim, se concretiza a vingança de Zeus: Pandora, a primeira mulher.

Antes da criação da mulher só existiam humanos (em grego ἄνθρωπος [ánthrōpos]), indistintamente. Não nasciam de uma mulher, portanto. Depois de Pandora passou a existir o homem (em grego ἀνὴρ [anér]) e a mulher (γυνή [guné]), pois sem um, não existe o outro, são indistintos.

O sexo não é natural. É uma resignificação, uma criação de sentidos pelos homens, é, portanto, sociedade. Assim como a morte ou a vida é uma resignificação humana de um fenômeno da natureza. O próprio Direito vai regulamentar a morte, criar formas de mortes e legislar sobre elas.

O mito inaugura a criação da mulher, e junto com ela, também a criação do homem. Não biologicamente, porque entre os seres humanos existem diferenças, várias; entre as várias diferenças existem aquelas atreladas à reprodução da espécie, que para ocorrer necessitava de um ser com pênis e outro ser com vagina. Mas essa diferenciação, entre tantas outras diferenças que podem existir entre os seres humanos, estava no ambiente da sociedade e não nela mesma.

Mas quando a mulher é criada, e tanto a mulher quanto o homem passam a integrar a sociedade e não mais seu ambiente, isso só ocorre por meio da distinção entre o que é ser homem e que é ser mulher. É na construção dessa distinção que a diferença meramente biológica passa a ser uma distinção social pois, por meio da comunicação social são construídos os sentidos do ser mulher. Quando se constrói sentidos se constrói sociedade e o que é ser mulher passa a ser uma distinção social e não mais parte do ambiente da sociedade.

E porque o mito é da criação, da invenção, da construção da mulher e não do homem? Porque em sociedades patriarcais os homens que detinham o poder e as riquezas precisavam se distinguir daqueles que eram, por eles, considerados humanos. No mito da criação, a distinção é criada para negar aquilo que não é o homem. A mulher é dotada de beleza, o que seria uma qualidade, mas essa beleza é perturbadora. Perturbadora dos desejos do homem, nesse sentido o que seria uma qualidade passa a ser uma ameaça. Uma ameaça ao desejo, ao poder, ao controle do homem. Ela também foi criada com uma mente sagaz, o que também deveria ser uma qualidade, mas isso dava a ela a capacidade de enganar, de mentir, o que colocaria o homem

---

<sup>10</sup> Em grego, "Elpis", é traduzido de formas diversas, tais como Antecipação, Expectativa e Esperança, essa última inclusive com um sentido negativo, já que se tratava de um jarro de males, significando uma expectativa ou confiança ilusória, levando os humanos a acreditarem em algo que nunca viria a se concretizar.

em situação de fraqueza frente à mulher. E para encerrar, ela trouxe consigo todas as desgraças do mundo, que foram liberadas em razão de sua ação imprudente ao abrir a tampa do jarro. Daqui para a frente essa distinção será bem-marcada. O agir feminino é imprudente, impensado, impulsivo. De outro lado, o agir do homem é racional, refletido, prudente.

Todas as fraquezas do homem foram projetadas na diferenciação do homem e da mulher. Todas as fraquezas que o homem experimentava, ele projetou na mulher. E aqui se fez o homem e mulher! A construção dos sentidos do que é ser homem e do que é ser mulher.

E quando isso historicamente ocorreu, não há como precisar, pois como vimos, tanto o que se entende por gênero quanto o que se entende por sexo são diferenciações, produção de sentidos da sociedade. Assim como os gregos, na impossibilidade de explicar o passado, ficamos com o mito. Do mito para a sociedade, ou da sociedade para o mito, não importa. Mas a mulher agora foi criada!

Sexo seria, portanto, a unidade da distinção biológica entre masculino e feminino. Entretanto, sob a ótica da Teoria da Sociedade, de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, todas as distinções, incluindo as biológicas, são necessariamente construções sociais, pois resultam da comunicação e da produção de sentidos. Não há distinção que não seja mediada pela comunicação, sendo a própria sociedade definida como um sistema que opera pela produção de sentidos comunicativos.

O que nominamos por "sexo biológico" representa, na verdade, uma classificação atribuída por meio de critérios sociais e culturais que utilizam a ciência como uma linguagem legitimadora. Como Luhmann e De Giorgi (2008) apontam, os sistemas sociais, como o Direito, não refletem uma realidade natural, mas constroem realidades a partir de distinções que criam significados. A atribuição médica do sexo, feita com base em características fenotípicas ou outros critérios biológicos, não é um dado natural, mas um processo comunicativo que organiza sentidos específicos.

O que hoje se costuma chamar de sexo biológico, que seria uma classificação científica, se resume à atribuição feita por um profissional da medicina que visualiza a existência de um órgão sexual externo no recém-nascido e o classifica como pertencente ao sexo feminino ou masculino. O que existe de ciência nesse ato?

Os médicos, quando fazem essa classificação, se atém ao que a medicina classifica como sexo fenótipo, que inclusive O mito de Pandora simboliza a invenção da mulher enquanto categoria social. Essa abordagem, conectando narrativa mitológica e construção de sentidos, abre caminho para investigar as raízes das distinções de gênero e suas implicações nas relações de poder que atravessam sociedades até hoje.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DO SEXO COMO AUTODEFINIÇÃO

Segundo a literatura dominante, gênero seria a unidade da distinção social entre masculino e feminino, enquanto se vai apresentar maior diferenciação na adolescência. Mas além do sexo fenótipo existem na medicina, não um, mas critérios para se realizar essa classificação.

Não existe um erro do médico ao fazer a classificação do sexo fenótipo. Ela tem funcionado para a maior parte das pessoas. Mas essa classificação, feita ali no nascimento, não é, e não pode ser simplificada, como uma verdade da natureza, da biologia ou do nome que se queira dar.

Na própria medicina, como dito acima, existem critérios, no plural, que podem envolver a análise de gônadas, de cromossomos, de hormônios, e que não é objetivo de aprofundamento nessa pesquisa<sup>11</sup>. Mesmo cientificamente, determinar se um ser humano é macho ou fêmea da espécie pode não ser tarefa fácil. O ser da espécie humana pode nascer com um órgão sexual externo marcado para um sexo e, ao analisar outros parâmetros da medicina, é possível concluir que seja biologicamente de outro sexo.

Assim ao analisar o tipo penal do feminicídio, por exemplo, seria absolutamente impreciso afirmar que o sujeito passivo "mulher" possa se referir a um conceito puramente biológico em razão de a própria lei especificar que o crime seria praticado por razões da condição do "sexo feminino":

### Femicídio

Art. 121-A. Matar mulher por razões da condição do sexo feminino:

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Considera-se que há razões da condição do sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher (Brasil, 1948).

Como vimos, não existe sequer um único critério biológico para se definir o que seria um homem ou uma mulher. Nesse sentido, não caberia o entendimento de que a lei, ao adotar

---

<sup>11</sup> Conforme Domenice *et al* (2002, p. 438): “A diferenciação sexual em mamíferos envolve uma cascata de genes que atuam desde a diferenciação da gônada bipotencial em testículo ou ovário (determinação sexual) até a diferenciação dos genitais internos e externos também bipotenciais em masculinos ou femininos nas primeiras semanas de vida intrauterina. A diferenciação das genitálias externa e interna no sexo masculino é um processo dependente da produção de hormônios sexuais pelo testículo, enquanto que no sexo feminino esse processo independe dos hormônios ovarianos. Portanto a diferenciação sexual é gônada-dependente apenas nos homens. (...) Neste complexo processo de diferenciação sexual estão envolvidas numerosas enzimas, hormônios e seus receptores e fatores de transcrição. Defeitos nos genes que codificam a síntese de quaisquer destas substâncias determinam o aparecimento das anomalias da diferenciação sexual.

o elemento “sexo feminino” esteja estabelecendo que o feminicídio só possa ter como sujeito passivo um ser que nasceu mulher.

Nessa perspectiva, uma mulher transgênero é uma “mulher”, do “sexo feminino”, pois sexo é uma construção social, assim como “gênero” o é. O Direito deve se abrir para a alteridade.

Não existe comunicação, construção de sentidos que seja natural. Na perspectiva da natureza, o um negro é só um ser (como qualquer outro) que habita um planeta no universo, como ambiente da sociedade. E qualquer distinção que se faça dele é uma distinção construída por meio da comunicação, da produção de sentidos é, portanto, sociedade. Ao qualificá-lo, como homem, como escravo, como pessoa, como sujeito de direitos, como ser humano, como cidadão; todas essas distinções, são construção de sentidos, comunicação de sentidos, sociedade. O sistema do direito, a depender do tempo e espaço, já o distinguiu de outros seres humanos como ser humano, como rei, como propriedade, como pessoa, como homem, sujeito de direitos, como cidadão. Da mesma forma, a distinção homem/mulher não é uma distinção da natureza. A natureza não cria distinções. Elas são criadas pela comunicação humana.

Ao se nominar mulher ou ao se nominar homem, ao estabelecer uma distinção, esse ser, humano, porque é capaz de comunicar sentidos, está se constituindo como alteridade. “A liberdade abre o espaço ao risco como riqueza de possibilidades, de escolhas; a liberdade se abre à alteridade e a trata como uma condição daquilo que se representa como identidade.” (De Giorgi, 2024, p. 34)

Um órgão genital não pode ser capaz de definir como o ser humano se constitui, se identifica. Ao entender que o elemento “mulher”, na figura do feminicídio, só pode corresponder ao ser humano que apresentou uma vagina quando nasceu, ou que construiu uma vagina ao se identificar com o feminino, é reduzir o direito ao absurdo. Ser mulher é se identificar como mulher, é se ver e se sentir como tal; assim como ser branco, preto ou pardo. É autodefinição no âmbito da autonomia privada, no exercício dos direitos da personalidade.<sup>12</sup>

Como ponderam Naves e Sá:

“como aspectos inerentes à pessoa humana, os direitos da personalidade não podem ser analisados apenas como direitos subjetivos, mas principalmente como possibilidade de vir a ser; a determinação mais íntima e segura da identidade pessoal do ser humano. Os direitos da personalidade são situações subjetivas que protegem o devir humano; protegem a potencialidade de se constituir pessoa dentro de um ambiente saudável. E para se fazer pessoa, haveria um modelo a seguir?” (2021, p.83)

<sup>12</sup> “Direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos de personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo.” (Naves e Sá, 2023, p.37).

A modernidade da sociedade moderna, com sua complexidade, demanda que o Direito se abra às alteridades, reconhecendo que tanto o gênero quanto o sexo são expressões comunicativas. A democracia precisa ser o espaço de constituição de alteridades. A natureza não constrói sentidos. Tanto gênero quanto sexo são a unidade da distinção entre feminino e masculino. No entanto, nessa distinção, se masculino é preto e feminino é branco, entre eles, existe um arco-íris.

## REFERÊNCIAS

ALEKSIÉVITCH, Svetlana. **A guerra não tem rosto de mulher**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de março de 2015. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)> Acesso em 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.994**, de 9 de outubro de 2024. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2023-2026/2024/lei/114994.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114994.htm)> Acesso em 10 nov. 2024.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DE GIORGI, Raffaele. **O Direito na Modernidade: futuro, risco e democracia**. Curadoria de PEREZ, Ane Elisa; ZANARDI, Érica; GONTIJO, Lucas. São Paulo: Editora Dialética, 2024.

DOMENICE, Sorahia *et al* (2002). Aspectos Moleculares da Determinação e Diferenciação Sexual. **Arquivos Brasileiros De Endocrinologia & Metabologia**, 46(4), 433–443. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/abem/a/hDqjmrqQNcrvchNZ7rDptZp/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em 01 nov. 2024.

EMBAIXADA DA FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** (1789). Disponível em <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>> Acesso em 15 nov. 2024.

HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. Curitiba, PR: Segesta, 2012.

HINE, Darlene Clark; HINE, William C; HAROLD, Stanley. **The African-American Odyssey**. New Jersey: Pearson Company, 2000.

LAQUEUR, Thomas Walter. **Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

LUHMANN, Niklas; De Giorgi, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: FrancoAngeli, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Boitempo, 2005.

NATIONAL ARCHIVES. **The Constitution of the United States: a Transcription (1787)**. Disponível em <<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>> Acesso em 15 nov. 2024.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da Personalidade**. 2. ed.. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; Sá, Maria de Fátima Freire de. **Bioética e Biodireito**. 6. ed.. Indaiatuba: Foco, 2023.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História**, São Paulo, v.24, N.1, P.77-98, 2005.

POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. **Resolução nº 8.225**, de 2 de agosto de 2022. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/PCMG%20-%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%208225.pdf>> Acesso em 10 nov. 2024.

RUPP, Leila J. **Mobilizing Women for War: German and American Propaganda, 1939-1945**. New Jersey: Princeton University Press, 1978.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial n.º 1977124 - SP (2021/0391811-0)**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 05 de abril de 2022. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103918110&dt\\_publicacao=22/04/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103918110&dt_publicacao=22/04/2022)> Acesso em 10 nov. 2024.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria de análise histórica. **Educação e Realidade**. Porto Alegre, v.16, n. 2, p.5-22, jul/dez., 1995.

WEST, Martin L. Introduction of Theogony. In: HESÍODO. **Theogony and Works and Days**. Oxford, New York: Oxford University Press, 1988.

**Submissão: 17/11/2024. Aprovação: 26/11/2024.**

## ACTIVISMO JUDICIAL E IMPOTENCIA DE LA POLÍTICA

### ATIVISMO JUDICIAL E IMPOTÊNCIA DA POLÍTICA

Jorge Eduardo Douglas Price<sup>1</sup>  
*Universidad Nacional del Comahue*

#### Resumen:

El artículo propone reflexionar sobre las implicancias de los conceptos “impotencia de la política” y “activismo judicial” desde una perspectiva sistémico-crítica. Sostiene que dichos conceptos son parte de la tensión inescindible entre los sistemas del derecho y de la política, que no pueden procesar las comunicaciones del “otro” sistema, sino en términos de sus propias operaciones. Que la Constitución es la comunicación fundante, a partir de la cual se diferencian los dos sistemas y, en el sistema de derecho, el dispositivo de procesamiento de la diferencia, por antonomasia, es el sistema de control de constitucionalidad. Se afirma que, en el uso de este dispositivo, en cualesquiera de los sistemas desarrollados, las decisiones “controlantes” serán tachadas de activismo por quienes pretenden “otras decisiones”, que las consecuencias en el sistema de la política, no hacen más que revelar el carácter paradójico del funcionamiento del sistema del derecho y de las decisiones judiciales, esto es que la función evolutiva del derecho que es construida por la jurisprudencia; opera través del control de constitucionalidad/convencionalidad, “manteniendo la diferencia”, actuando como un dispositivo homeostático.

#### Palabras clave:

Activismo judicial. Impotencia de la política. Control de constitucionalidad

#### Resumo:

O artigo se propõe a refletir sobre as implicações dos conceitos "impotência da política" e "ativismo judicial" a partir de uma perspectiva sistêmico-crítica. Argumenta que esses conceitos fazem parte da tensão inseparável entre os sistemas de direito e política, que não podem processar as comunicações do "outro" sistema, exceto em termos de suas próprias operações. Que a Constituição é a comunicação fundacional, da qual se diferenciam os dois sistemas e, no sistema jurídico, o dispositivo de processamento da diferença, por excelência, é o sistema de controle da constitucionalidade. Afirma-se que, no uso desse dispositivo, em qualquer dos sistemas desenvolvidos, as decisões "controladoras" serão rotuladas de ativismo por aqueles que buscam "outras decisões", que as consequências no sistema da política, nada mais fazem do que revelar o caráter paradoxal do funcionamento do sistema de direito e das decisões judiciais, ou seja, a função evolutiva do direito que é construído pela jurisprudência; a que opera por meio do controle da constitucionalidade/convencionalidade, "mantendo a diferença", atuando como um dispositivo homeostático.

#### Palavras-chave:

Ativismo judicial. Impotência da política. Controle de constitucionalidade

### Introducción

Como resulta fácil observar, no son dos temas sino uno.

Estamos hablando del punto de fricción, del punto de irritación recíproca de dos de los sistemas de la sociedad moderna caracterizada por su división en funciones: el del derecho y el de la política.

Partimos de aceptar que la distinción sistema-entorno constituye el punto de partida de la teoría de sistemas, según ella: *«un sistema no puede darse independientemente de su entorno, en cuanto que se constituye precisamente al trazar, mediante sus operaciones, un límite que lo*

<sup>1</sup> Profesor Titular Teoría General del Derecho en Universidad Nacional del Comahue (Argentina).

*distingue de lo que, como ambiente, no le pertenece»* (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 148)

Esto nos obliga entonces a distinguir cuáles son las operaciones que se llevan a cabo en uno y otro sistema, que, vale recordar, son el uno “entorno” del otro, y, a partir de esa distinción, analizar qué significa decir que la política es “impotente”, o que la administración de justicia es “activista”.

También debemos recordar que otro punto de partida radical de la teoría luhmanniana, es aquel del rechazo, o antes bien el despeje, de los obstáculos epistemológicos que constituían el pensar clásico acerca de la sociedad, básicamente: 1) que la sociedad está constituida por los seres humanos físicos, dividida en regiones territoriales del mundo conforme sus agrupaciones históricas, y 2) que puede ser observada desde fuera.

La sociedad es, diversamente<sup>2</sup>, las comunicaciones que los aparatos psíquicos producen, y debemos recordar que las comunicaciones mueren apenas producidas y si la sociedad subsiste es porque a una comunicación le sucede otra, lo que implica - en un salto muy extenso - que la sociedad persiste por la continua retomada de comunicaciones pasadas, a través de nuevas comunicaciones, en cada una de las cuales se reproduce el proceso de construcción de sentido en base a la cual opera toda comunicación (lo que nos lleva al campo de la semiosis; al reconocimiento del fenómeno de la “deriva” perpetua y al debate sobre la existencia/inexistencia de sus límites)<sup>3</sup>.

### **La diferenciación de los sistemas y sus funciones**

Si se puede aceptar esto, debemos aceptar también la altísima inestabilidad de los sistemas sociales, su ínsita contingencia, lo que nos pone ante la paradoja de que aquello que permite que la sociedad se autorreproduzca, sea al mismo tiempo lo que podría destruirla.

Se puede entonces advertir sin mayor dificultad porque se puede hablar de *democracias a soberanía viral*: la soberanía, una invención semántica del siglo XVII, se ha asociado al estado, como la “otra parte de la distinción”, en la que éste funda su poder de

---

<sup>2</sup> Lo que no significa “*por el contrario*”, pero este matiz – pese a su importancia – no puede ser desarrollado aquí.

<sup>3</sup> Hago alusión al debate sobre la tesis de Charles Sanders Peirce de la “semiosis ilimitada o infinita” y la interpretación dada por Umberto Eco, al señalar que: “suponiendo que el interpretante sea el conjunto de las denotaciones de un signo, que las connotaciones sean el interpretante de las denotaciones subyacentes, y que una nueva connotación sea el interpretante de la primera, el concepto de Peirce no queda todavía agotado» (Eco 1977: 136). Puesto que el interpretante es cualquier signo que traduce un primer signo en circunstancias adecuadas, implica «un desarrollo del signo, un incremento cognoscitivo estimulado por el signo inicial [...]. La teoría de los interpretantes, por consiguiente, cumple la función que le asignaba Peirce, de hacer de la vida de los signos — 190→ el tejido del conocimiento como progreso infinito» (Eco 1976: 173).

vincular mediante decisiones, ocultando la violencia fundante. El “soberano” fue y sigue siendo el pretexto para el uso legítimo del poder, más allá de las disputas sobre “quién” ocupa ese lugar.

En tanto, en la modernidad, al interior de la “forma” estado, se diferenciaron dos sistemas que se retroalimentan: el de la política y el del derecho; por lo que, si aceptamos que los sistemas sociales son, como fuera afirmado por Luhmann, operativamente cerrados y cognitivamente abiertos, también podremos observar por qué se habla de impotencia de la política y activismo judicial. Son las dos partes de una distinción, que, como enseña Raffaele De Giorgi, no permite observar desde “dónde” es formulada.

Ahora, si aceptamos también, congruentemente, que la función del sistema del derecho, es la de estabilizar las expectativas normativas, a partir de formular comunicaciones vinculantes desde la distinción *legal/ilegal* y que la del sistema de la política es la de orientar la comunicación que hace probable la obediencia de órdenes, a partir de la distinción *tener poder/no tener poder*, podemos observar, al mismo tiempo, que «*esto no significa que todas las comunicaciones políticas sean uso o amenaza de uso de poder (no lo son, por ejemplo, los debates parlamentarios, las discusiones entre los partidos políticos, etcétera), sino que un sistema político se forma, diferencia y alcanza autonomía sólo a partir de la identificabilidad de un poder capaz de motivar a aceptar decisiones vinculantes* (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 128)».

Luego podremos observar la interrelación entre ambos sistemas, la que no por casualidad, ni por exceso de imaginación, fue representada en modo distinto en los facsímiles de la primera edición del Leviatán de Hobbes, en Inglaterra y en Francia, asociando en la primera el cetro con la espada y en la segunda con la balanza de la justicia.

En el título de artículo está presupuesta la idea de que un sistema viene sustituido o absorbido por el otro, o, al menos, que amenaza hacerlo.

Aquí se hace necesario aclarar que, desde la perspectiva de los sistemas, cada sistema es “entorno” de los otros, y procesa las comunicaciones, mensajes, que ellos producen como “irritaciones” que son tratadas al interior de ellos mismos, conforme sus propias estructuras y operaciones, lo que permite entender por qué Luhmann afirma que son “operativamente cerrados y cognitivamente abiertos”.

Ello significa sólo que están “interrelacionados” e interrelación no significa colonización, o asunción de las funciones de un sistema por parte de otro, si esto ocurriera, el sistema “colonizado” dejaría de existir. La colonización, en esos términos, equivale a la

“muerte” biológica; simbiótico no quiere decir necesariamente parasitario, por continuar con las metáforas biológicas.

Ese no es el problema, sino aquel que se puede plantear con la pregunta: ¿podría la sociedad contemporánea subsistir, si uno de estos sistemas, permítaseme el neologismo, se “desdiferenciara”, es decir, dejara de mantener el límite con su entorno?

La pregunta es capciosa, esta sociedad, diferenciada por funciones que generan y reproducen los sistemas sociales, generados autopoieticamente, no puede sino reelaborar las diferencias una y otra vez, tentando mantener los límites “entre” sistemas, aumentando la complejidad recíproca, lo que implica que tenderán a conservar, su autonomía, sin que ello implique garantías de autoconservación; el riesgo de implosión (revolución) de cada sistema individual y del entero sistema está siempre latente.

Ahora bien, límite no significa aislamiento, sino solo diferencia; allí en el borde, en la frontera donde se producen los mensajes recíprocos que los sistemas procesan como “autoirritaciones”, aparece ese fenómeno que nos lleva a hablar de impotencia de la política y activismo judicial, expresiones a las que se llega, en mi parecer, solo por falta de comprensión del funcionamiento de aquellos, sin perjuicio de que ese “desconocimiento” opere como parte del mismo problema que dice atender.

En mi parecer, el fenómeno que se expande no es el de la judicialización de la política, como se acostumbraba, decir en la década del 90 del siglo pasado, tampoco el de la politización de la justicia, que era el cliché inverso al que se recurría, sino que es el de la expansión creciente de las áreas de conflicto que son tratadas, procesadas (en sentido sistémico) por los tribunales del sistema judicial o sus aparatos complementarios (como el de los medios alternativos de *reconducción de conflictos*<sup>4</sup>).

El conflicto, consubstancial a la existencia misma de la sociedad, que en otras épocas se tramitaba por prácticas comunicativas diferentes a las actuales, como puede verse en el Kanun de las montañas de Albania o en las prácticas de la comunidad Ayllu en la Guajira (donde hoy se asientan los estados nación de Colombia y Venezuela), la sociedad contemporánea lo tramita por ante los tribunales de justicia, una invención de la modernidad que ofrece mayores expectativas de estabilidad normativa (por razones psico sociales que no podríamos tratar aquí pero que se vinculan, precisamente, con la estructuración de la sociedad a partir de la división de funciones), aún si esas expectativas resultan con mucha asiduidad

---

<sup>4</sup> Término que uso como sustituto del de “resolución de conflictos” que juzgo equivocado desde el punto de vista sociológico y sistémico.

defraudadas. De ello se ocupa el derecho precisamente, como cuando manda indemnizar un desastre ambiental.

### **Activismo judicial e impotencia de la política**

Entonces podrá verse porqué se habla de activismo judicial e impotencia de la política. Para ello me veo precisado de hacer brevísimas distinciones para entender que entiendo por uno y otro concepto.

Se considera *activismo judicial* al ejercicio del poder de revisión judicial sobre áreas consideradas como reservadas exclusivamente al sistema de la política.

Como se sabe el deslinde, entre uno y otro sistema, fue propuesto en la célebre decisión del juez Marshall en *Marbury vs Madison*<sup>5</sup>, esto es: existe un área donde el poder judicial puede controlar que el sistema de la política no contradiga la Constitución (y es ese “control” el que frecuentemente viene designado como “activismo”), y otra área reservada, una especie de coto de caza, donde ese control no es verificable: son las cuestiones políticas no justiciables (como bien dice Paula Viturro (Viturro, 1998), Marshall no inventó un dispositivo, sino dos).

Se trata de los dos lados de la distinción.

Como también ha explicado con su notoria lucidez Celso Campilongo, la Constitución es la comunicación a partir de la cual, se diferencian sendos sistemas y, en el del derecho, el dispositivo de procesamiento de la diferencia es el sistema de control de constitucionalidad, que, como es bien sabido, desde los estudios de Kelsen, no tiene la misma extensión en los diversos sistemas nacionales (e internacionales), pues los diseños institucionales marcan señaladas diferencias entre sí:

“Es claro, la Constitución promueve una especie de acoplamiento estructural entre los dos sistemas, entre el sistema político y el sistema jurídico. Ahora, la política es capaz de mirar a la Constitución con los ojos del sistema político, como quien tiene la capacidad, por ejemplo,

---

<sup>5</sup> Se ha afirmado repetidamente que el precedente de esta *ratio decidendi* se encuentra en el dictum del Juez Coke, en el célebre “*Bonham’s case*” y que Estados Unidos, instituyó este principio en la Constitución de Filadelfia de 1787, en las siguientes partes de su texto: “El poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución...” (Art. III, secc.)2) y “esta Constitución... será suprema ley del país... y los jueces de cada Estado estarán obligados a obedecerla...” (Artículo VI, sección 2). El primer principio es conocido como Judicial Review. Este sistema atribuye a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes, en el campo privado y público mediante los procedimientos jurídicos ordinarios. Lo cierto es que, si bien se discute si tal fue el sentido de la decisión de Coke, lo cierto es que así fue receptada en la teoría norteamericana durante mucho tiempo, y es, según nuestro parecer, lo que cuenta, pues de comunicaciones se trata. Y lo que nadie disputa es que se trata de un fallo con repercusiones políticas, era conocida la animadversión de Coke por los intentos absolutistas de Jacobo I, y que aún si se admitiera que el argumento que se considera el anticipo del *judicial review* fuese sólo un *obiter dictum*, lo cierto es que está planteando “ese punto de contacto” del que habla Campilongo.

de detentar el poder constituyente originario, tiene la capacidad de cambiar la Constitución, tiene la capacidad de tomar las decisiones que vinculan a la colectividad. Ahora, el sistema jurídico, y particularmente los Tribunales, también miran a la Constitución, más son capaces de mirar a la Constitución, o por lo menos deberían ser capaces de mirar a la Constitución, con los ojos del sistema jurídico, como quien tiene la obligación de efectivizar los derechos garantizados constitucionalmente. Si, eventualmente, los Tribunales dejan de lado la lógica del derecho, la potencialidad que posee el Derecho e pasan a interpretar, a condicionar, a ensanchar o a restringir la Constitución a partir de criterios de naturaleza política, y no jurídica, orientados por el sentido mayoría/minoría, gobierno/oposición, los riesgos de que los Derechos Fundamentales se perviertan y se corrompan son extremadamente elevados. (Campilongo, 2000, pág. 108)”

Sin poder extendernos aquí, baste recordar las diferencias entre el sistema de control a posteriori y difuso, adoptado en la tradición norteamericana, argentina y brasileña, entre otras; y el sistema a priori y centralizado, tal como propuso Kelsen originariamente y que ha sido adoptado por algunos países europeos tales como España y Austria). Como se sabe, se aduce que la diferencia entre el control efectuado por uno y otro consiste en que, mientras que el primero solo se aplica al caso en el que el acto judicial es dictado, el segundo, al proceder a la anulación de una norma general, realiza un acto de naturaleza legislativa.

Sostengo que, si bien existe una diferencia, esta se diluye rápidamente a la luz de los efectos prácticos de ambos sistemas (más aún en los modelos híbridos<sup>6</sup>).

En efecto, las circunstancias que llevaron al diseño de ambos se basan en el otro lado del par que nos ocupa, el de la “impotencia de la política”, pero ¿es que puede ser “impotente” la política? ¿no constituye esa expresión una contradicción en los términos? ¿no se trata de una visión simplificada de la política y su relación con el poder?

Si abandonamos la idea en cierto modo mecanicista, algo newtoniana y hobbesiana de un poder “ubicado en un lugar” y adoptamos una más *cuántica*, en algún modo *foucaultiana* y *luhmanniana*, podríamos pensar que cuando se acusa *impotencia de la política* se habla de la relativa incapacidad de este sistema para crear vínculos con el futuro a partir de las comunicaciones de los llamados “poderes políticos” de los actuales modelos de estados nación; que “impotencia de la política” es un diagnóstico equivocado o una mala designación semiótica, para aludir al proceso de franca decadencia de los estados nación al interior de sistema político global, que los excede cada vez más claramente, obligándolos a una transformación análoga a

---

<sup>6</sup> Bien que podríamos afirmar que existen hoy modelos “híbridos” o “mixtos” de origen, y modelos que aproximan a esa hibridez en su propia evolución.

la que provocó la iglesia de la reforma gregoriana en relación a los poderes feudales, que dio origen, mutatis mutandis, a estos mismos estados.

Entonces podríamos ver que “*activismo judicial*” aparece como un recurso retórico universalizado en las democracias actuales (al menos en las occidentales y capitalistas). Como bien ha señalado Kermit Roosevelt la frase, que se usa de modo frecuente y típico, está esencialmente vacía de contenido; es simplemente una invectiva para dar cuenta de la desaprobación de una decisión; se supone que indica que un juez ha decidido un caso basado en preferencias políticas personales en lugar de la ley.

En primer lugar, sostiene, aun cuando se deciden casos de este modo, no lo es con la frecuencia que se acusa; y, en segundo lugar, lo que es más importante, la mayoría de los casos constitucionales difíciles y controvertidos no tienen respuestas correctas claras (no existe una respuesta “correcta”, como sostenía Ronald Dworkin). La acusación de activismo, se basa frecuentemente, en la idea de que hay una respuesta clara que los jueces están ignorando (y por lo tanto que deben estar motivados por algo más que un deseo de buena fe para aplicar la Constitución). Pero, este llamado “significado simple”, resulta ser indeterminado en muchos casos, por ejemplo, afirma, la Cláusula de Igualdad de Protección no nos dice qué tipos de discriminación están prohibidos y cuáles están permitidos (Roosevelt & Garnett, *Judicial Activism and Its Critics*, 2006).

Roosevelt coloca la cuestión en su lugar y esto nos permitiría preguntar: ¿Qué quiere decir que debe primar la constitución sobre la ley, o, más contemporáneamente, que los Derechos Humanos que integran el *ius cogens* del Derecho Internacional, pueden importar un límite a las decisiones de los poderes políticos de los estados nación? ¿Es, esta, una «impotencia de la política»?

Aquí tenemos una paradoja que nos permite repensar el dilema: de una parte decimos impotencia de la política, y pensamos en la “debilidad” de los estados nación, aún de aquellos que aparecen como jugadores preponderantes del tablero político internacional, de frente a las corporaciones transnacionalizadas, que es como decir “deslocalizadas”; de la otra decimos activismo judicial, y pensamos en la ultraactividad de tribunales que ordenan a los otros poderes del sistema hacer o no hacer algo, esto es: llevar o no llevar a cabo determinadas acciones<sup>7</sup>. Sin embargo, en el primer caso la decisión de “localizar” a las transnacionales y sujetarlas a un código de poder nuevo, es una opción solo excluida por la *ceguera funcional* de los sistemas

---

<sup>7</sup> Como ejemplo paradigmático podríamos citar el de la “Declaración de estado de cosas inconstitucional”, acuñada por la Corte Constitucional de Colombia, que, pese su rol de tribunal “constitucional”, integra explícitamente, según el texto de la misma Constitución de 1991, el poder judicial. Dicha declaración supone

políticos que siguen operando según el modelo surgido de la Paz de Westfalia en 1648<sup>8</sup>, mientras que, en el segundo, en muchísimos casos se verifica que la delegación de la decisión, por omisión, en los tribunales es una decisión del propio sistema de la política, que utiliza como herramienta de legitimación de sus decisiones al sistema del derecho.

### **El control de constitucionalidad y la violencia fundante**

Allí aparece, o, más bien, reaparece el *judicial review*: como en el Bonham's case, podríamos preguntar, ¿es que acaso no podía Jacobo I deshacerse de Coke y suspenderlo como de hecho lo había ya hecho en otro caso? ¿Por qué, el supuesto “soberano”, deja en manos de un “subordinado” - no otra cosa era un juez inglés en 1608 - la decisión de determinar si delegar la represión de la actividad médica «ilegal» en un «Colegio» constituye una violación de las reglas del “common law”? y, aún más, ¿por qué también le delega determinar qué cosa sea el mismo “common law”? La respuesta desde el punto de vista sistémico está en observar que el razonamiento de Coke, es muy análogo al de Marshall, y al de Kelsen, tanto como el de Jacobo I, es análogo al de Federico I: a medida que el estado moderno se complejiza el “soberano” no puede acumular sobre sí todas las decisiones so riesgo de que implosione su propia soberanía, el poder no puede asentarse sólo sobre la obediencia o sobre el poder devenido de la posibilidad del ejercicio de la fuerza bruta (es un lugar común recordar que se le atribuye a Talleyrand haberle dicho a Napoleón que las bayonetas sirven para muchas cosas, menos para sentarse sobre ellas).

Tanto en las circunstancias que llevaron a la revolución en Norteamérica, donde imperaba una gran desconfianza en el parlamento, como en las del sistema inglés construido con una cierta desconfianza en los jueces, cuanto en las condiciones de Austria en 1930 (donde Kelsen imaginara el tribunal constitucional originariamente como un árbitro entre el Estado y los Lander, rol que – dicho sea de paso – también le fue atribuido a la Corte norteamericana y a la argentina), se puede ver que estos órganos, tienen un rol de homeostasis que es el propio de todo sistema jurídico, en relación a los otros subsistemas sociales.

En suma, lo que se denomina “impotencia de la política” no expresa más que la idea de la necesidad de obtener “legitimidad por otras vías”, lo que a partir de Luhmann se podría

---

<sup>8</sup> En alusión, claro está, a los tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados el 24 de octubre de 1648, este último en la Sala de la Paz del Ayuntamiento de Münster, en la región histórica de Westfalia, con los cuales finalizó la guerra de los Treinta Años en Alemania y la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos; que dio origen al primer congreso internacional basado en el reconocimiento de la existencia de estados nacionales que reemplazarían el régimen feudal, basándose en el principio de soberanía e integridad territorial.

explicar así: “...la vida social cotidiana está determinada en un grado mucho mayor por el poder normalizado, es decir el poder legal, que por el ejercicio brutal y egoísta del poder...la brutalidad y el egoísmo son fenómenos compatibles con muchas condiciones sociales, en tanto que no debiliten el dominio del poder institucionalizado. (Luhmann, 1995)”;

Pero cuando los supuestos detentadores del poder se ven cada vez más, una y otra vez, necesitados de apelar a la brutalidad para sofocar alternativas de decisión que no están dispuestos a admitir porque ponen en riesgo al propio código sobre el que se basa su posición en la comunicación, se lee como “impotencia”. Pero hablar de impotencia de la política puede ser, precisamente, un argumento para reclamar el uso de la violencia<sup>9</sup>, tal como cuando se criminaliza la protesta social, paradójicamente a través del derecho, lo que lleva directamente al tema de las relaciones entre violencia, política y derecho:

La creación del derecho es una creación de poder, y de tal modo consiste en un acto de presa expresión de violencia. La justicia es el principio de cualquier finalidad divina y es el poder un principio de cualquier derecho mítico. Este último principio posee un campo de aplicación de consecuencias muy graves en el derecho público. Este es un medio del que el establecimiento de los límites – tal como son consagrados a través de “la paz” en la suma de los episodios bélicos en los tiempos míticos – configura el arquetipo de aquella violencia que alumbró el derecho. En ésta se percibe nítidamente que el poder es aquello que se debe garantizar mediante la violencia que funda el derecho, en mayor proporción que el beneficio más grande de la posesión. Allí donde se establece límites, el antagonista no es meramente aniquilado por su oponente. Aunque el que sale victorioso posee la mayor autoridad, al derrotado le son reconocidos determinados derechos, o sea, de un modo diabólicamente difuso. “Derechos Iguales”; es esta la misma frontera que no debe ser superada por los que celebran el pacto y en esta peculiaridad es que surge, del modo más aterrador y primigenio, la misma ambigüedad mítica de aquellas leyes que no pueden ser presa de la “transgresión”, de las que Anatole France señala sarcásticamente que vedan tanto a los pobres como a los ricos dormir bajo los puentes. Según parece, Sorel rasguña algo que es cierto no solamente desde el punto

---

<sup>9</sup> Así por ejemplo en la Argentina, donde desde el poder ejecutivo actual se despliega un discurso congruente de este tipo, habiendo llegado al extremo de sancionar un “PROTOCOLO PARA EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO ANTE EL CORTE DE VÍAS DE CIRCULACIÓN, baste como ejemplo la cita textual del artículo 3ro. del mismo: *Artículo 3°.- Por impedimentos al tránsito de personas o medios de transporte, cortes parciales o totales de rutas nacionales y otras vías de circulación debe entenderse cualquier concentración de personas o colocación de vallas u otros obstáculos que disminuyeren, para la circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas, o que estorbaren el tránsito ferroviario, aun cuando no crearen una situación de peligro, o que impidieren el ingreso de personas a lugares públicos o empresas. No se tomará en cuenta, a tales efectos, el hecho de que los perjudicados tuvieren otras vías alternativas de circulación.* (Ministerio de Seguridad de la República Argentina, 2023)

de vista de la historia y la cultura, sino también contemplado bajo la óptica de la metafísica, como cuando formula la hipótesis de que en una primera instancia el derecho fue una prerrogativa del monarca o los más poderosos...Eso mismo seguirá siendo, cambiando lo cambiado, en tanto y en cuanto siga existiendo, porque desde donde lo observa la violencia – única que puede garantizar el derecho- no hay igualdad de derecho, sino que existen en el mejor de los casos, unos poderes que son similarmente grandes...”

Esto se ve claro cuando, frente a situaciones problemáticas, frente a selecciones que podrían haber sido hechas por el sistema de la política, pero no son preferidas o, lo que es lo mismo, no obtienen consenso, en lugar de ser adoptadas por el sistema de la política son “derivadas” al entorno, por ejemplo, al sistema del derecho, esta es la mecánica que explica el “lawfare”, por ejemplo, mecánica mediante la que se busca la aceptación de una proposición política a través del sistema del derecho.

En la base de esta aparente antinomia, entre *“El código del poder es aportado por la distinción superiores e inferiores. Se trata de un código de preferencia, en cuanto que es positivo ser superiores (someter) y negativo ser inferiores (sumisos). Sin embargo, tal código no puede por sí mismo motivar la aceptación de las comunicaciones: Ego no puede ser motivado a aceptar su inferioridad. Con base en la sola distinción superiores/inferiores se producen sólo choques, con frecuencia basados sólo en el uso de la fuerza física. Consecuentemente se requiere de una codificación secundaria, aportada por el derecho (véase **derecho**): el código jurídico legal/ilegal le permite a Ego distinguir un poder legítimo de un poder ilegítimo, y por tanto, motivarse a aceptar el primero. Sin una codificación secundaria de este tipo, el código del poder (véase **código**) no es tecnicizable: no se logra pasar automáticamente de la parte superior a la inferior; o viceversa (Corsi, Esposito, & Baraldi, 1996, pág. 127)”*.

El tema nos hace retornar, una y otra vez, al punto de “sinapsis” entre los dos sistemas: el del control de constitucionalidad, que – en la tensión que se verifica en el mundo globalizado – se expande a través del control de convencionalidad, que emerge como parte del movimiento gestado como reacción al Holocausto y en prosecución de limitar el principio de soberanía que había emergido, como ya dijimos, como elemento fundante del orden internacional a partir de Westfalia. Esa es la tensión: soberanía del estado versus autonomía de las personas.

La experiencia de las décadas finales del siglo pasado y de las primeras del presente, muestran que, de una parte, se ha diversificado la tipología de métodos de control, pero – además – le han incorporado un rol que Kelsen no imaginaba en 1927, cuando las tragedias que estaban por venir darían, finalmente, al Derecho Internacional el rol que hoy despliega:

*“[...] el derecho internacional no pronuncia por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. [...] El derecho internacional no tiene, en última instancia, más sanción que la guerra, sanción que no hace desaparecer el acto que es contrario a sus normas. Esto último no impide que el derecho internacional, si se supone su primacía, pueda constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, que comprenda a la más importante de entre ellas, es decir, la Constitución...[pero] “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque, en general, no se tenga conciencia de ello – porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia –. Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos – sin poder anular su inconstitucionalidad – equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esta Constitución – a la cuál estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos derivan su validez – ya que el derecho positivo vela porque todo acto que esté en contradicción con una norma superior puede ser anulado salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.” (Kelsen, 2001)*

Como se ve, la llamada lógica de Marshall (en *Marbury vs Madison*), también está presente en Kelsen y queda claro que éste último advierte aquello que señalábamos en un principio a partir de la obra de Celso Campilongo: la constitución es el punto de diferenciación del sistema político, respecto del sistema jurídico, de allí que los sistemas de control de constitucionalidad adquieran la entidad que han adquirido, y que los esfuerzos por su diversificación se hayan extendido también, imaginando sistemas diferentes al “difuso” o al “concentrado”, de naturaleza mixta, tal como es el caso del diseño introducido en Colombia a partir de 1991.

El mismo argumento encontramos en el número 78 de los papeles de *El Federalista*, donde Hamilton afirma que:

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para

sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.//Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.”

Las diferencias harán que se hable de Cortes más progresistas o conservadoras como ocurre en el Estados Unidos actual; pero la función allí está, y es la misma, y el signo positivo o negativo dependerá, como sostiene Javier Espinoza de los Monteros, de la mirada del observador; en efecto, tal como él sostiene (compartiendo la opinión de Raffaele De Giorgi) dicho concepto ha sido utilizado para identificar ejercicios deseables e indeseables de la facultad de control, pero hay poco acuerdo sobre qué sea lo indeseable, por ende, dice, la lectura de lo deseable y lo indeseable, del activismo «positivo» y del «negativo», depende del punto de vista del observador, lo mismo afirma

En efecto: el término ha sido usado frecuentemente para designar la actitud de los tribunales inclinada a decidir cuestiones constitucionales e invalidar las acciones legislativas o ejecutivas, y, aunque los debates sobre el papel del poder judicial podrían rastrearse hasta los orígenes de la república norteamericana, la frase le es atribuida al historiador estadounidense Arthur M. Schlesinger, y fue utilizada recién a mediados del siglo pasado.

Paradójicamente, aunque activismo judicial sugiere un avance del poder judicial sobre los otros poderes, ese mismo autor utiliza el término *Presidencia Imperial*, para referirse al crecimiento del poder y la influencia del poder ejecutivo en el gobierno estadounidense, que desbalanceaba el juego de pesos y contrapesos. Así lo corrobora el mismo Kermit Roosevelt al sostener que:

*“El término activismo se utiliza tanto en la retórica política como en la investigación académica. En el uso académico, el activismo generalmente significa solo la voluntad de un juez de anular la acción de otra rama del gobierno o de anular un precedente judicial, sin un juicio implícito sobre si la decisión del activista es correcta o no. Los jueces activistas hacen valer sus propias opiniones sobre los requisitos constitucionales en lugar de remitirse a las opiniones de otros funcionarios del gobierno o tribunales anteriores. Definido de esta manera, el activismo es simplemente el antónimo de la moderación. No es peyorativo, y los estudios sugieren que no tiene una valencia política consistente. Tanto los jueces liberales como los conservadores pueden ser activistas en este sentido, aunque los jueces conservadores han sido más propensos a invalidar las leyes federales y los liberales más propensos a anular las de los estados<sup>10</sup>. En la retórica política el activismo se utiliza como peyorativo. Describir a los jueces como activistas en este sentido es argumentar que deciden los casos sobre la base de sus propias preferencias políticas en lugar de una interpretación fiel de la ley, abandonando así el papel judicial imparcial y "legislando desde el banquillo". Las decisiones pueden ser etiquetadas como activistas, ya sea por anular la acción legislativa o ejecutiva o por permitir que se mantenga. A principios del siglo 21 una de las decisiones más criticadas de la Corte Suprema en los Estados Unidos fue en *Kelo v. City of New London* (2005), en la que el tribunal permitió a la ciudad ejercer su eminente poder de dominio para transferir la propiedad de los propietarios de viviendas a un desarrollador privado. Debido a que los jueces pueden ser llamados activistas por anular la acción del gobierno o permitirla (en *Kelo* la permitieron) y porque el activismo en el uso político siempre se considera ilícito, este sentido de activismo no es el antónimo de la moderación. (Roosevelt, Britannica, 2021)”*

### **Las cuestiones políticas no justiciables y el carácter paradójico del derecho**

Según el principio del *self restraint* los jueces deben abstenerse de decidir cuestiones políticas, especialmente constitucionales, a menos que la decisión sea necesaria para la resolución de una controversia concreta entre partes adversas, e insta a los jueces que consideran cuestiones constitucionales a que concedan una importancia decisiva a la opinión de los poderes electos e invaliden sus acciones sólo cuando se hayan violado claramente los límites constitucionales.

---

<sup>10</sup> Una demostración de ello podría verse en la jurisprudencia sobre el aborto en la decisión *Roe vs Wade* y el reciente *overruling Dobbs*.

Pero ¿cuándo violan “claramente” los límites constitucionales los jueces? ¿Cuáles son esos límites y cuándo, excepcionalmente, pueden ser transgredidos? El activismo judicial, fue motejado en los 60s por autores como Maurice Duverger, como “dictadura de los jueces”, se lo identificaba ya entonces, mucho antes de que se hablara de judicialización de la política, como un peligro para el ideal del autogobierno que supone la democracia, pero lo cierto es que en el caso de los Estados Unidos, el activismo judicial ha dado por resultados casos reputados como deleznable tal como *Lochner v. Nueva York*<sup>11</sup> y el tristemente célebre *Dred Scott v. Sandford*<sup>12</sup>, pero también algunos de los más celebrados, como *Brown v. Junta de Educación*.

Debemos recordar que ese fallo, dictado en 1954, de forma unánime, por la denominada Corte Warren, estableció que las «*instalaciones educacionales separadas son inherentemente desiguales*», pero es menos citado que con el mismo se revocaron los precedentes existentes desde *Plessy contra Ferguson* de 1896, donde se había establecido el

---

<sup>11</sup> 198 US 45 - El contexto en el que se emite la sentencia es el de un activismo judicial contrario a la legislación social protectora. Una ley de New York de 1895 prohibía que los trabajadores de panaderías hicieran jornadas de más de diez horas diarias o de más de sesenta horas semanales. Joseph Lochner, propietario de una panadería fue sancionado por haber hecho laborar a uno de sus empleados más del tiempo permitido. Impugnó la multa, pero perdió en los tribunales del Estado y acudió a la Suprema Corte. En la sentencia de *Lochner vs. New York* (1905) la Suprema Corte anuló la ley estatal de regulación de los horarios de trabajo por ser contraria a la libertad de contratación y a la propiedad. La Corte, en ese momento, militaba en contra de las tímidas reformas sociales y así lo puso de manifiesto el juez Holmes en su voto particular con el que acompañó a la sentencia, criticando el activismo judicial, que empujaba a la Corte a inmiscuirse en asuntos políticos e impusiese su propio criterio frente al Poder Legislativo (*Lochner vs New York*, 1905).

<sup>12</sup> Este fallo considerado como una de las causas principales de la guerra civil de secesión, que causara la muerte de aproximadamente un millón de personas y diera luego origen a las enmiendas constitucionales que abolieron la esclavitud, es otro ejemplo claro del “activismo regresivo”. En el caso, el voto del Presidente Taney fue seguido por otros seis miembros de la Corte (solo hubo dos disidencias) y entre los puntos más destacados de la decisión pueden mencionarse, según resumen con acierto Gabriela Elgul y Liliana B. Zagert (*Elgul & Zagert*, 7): - Un negro libre de la raza Africana, cuyos ancestros fueron traídos a este país y vendidos como esclavos, no es un “ciudadano” dentro del sentido de la Constitución de los Estados Unidos. - Cuando la Constitución fue adoptada, no eran considerados en ninguno de los Estados como miembros de la comunidad que constituye el Estado, y no eran numerados entre su “pueblo o ciudadanos”. Consecuentemente, los derechos especiales e inmunidades garantizados a los ciudadanos no se aplican a ellos. Y no siendo “ciudadanos” dentro del sentido de la Constitución, no están intitulado a litigar en ese carácter en un tribunal de los Estados Unidos, y el Tribunal de Circuito no tiene jurisdicción en un tal juicio. - Las únicas dos cláusulas en la Constitución que señalan a esta raza los trata como personas a quienes era moralmente legítimo tratar como artículos de propiedad y mantenerlos como esclavos. - El cambio en la opinión pública y sentimiento en relación a la raza africana que ha tenido lugar desde la adopción de la Constitución no puede cambiar su interpretación y sentido, y debe ser interpretada y administrada ahora de acuerdo a su verdadero sentido e intención cuando fue formada y adoptada. - Durante el tiempo que permanece un Territorio, el Congreso puede legislar sobre él dentro de la competencia de sus poderes constitucionales en relación a ciudadanos de los Estados Unidos, y puede establecer un Gobierno Territorial, y la forma del Gobierno local debe ser regulada por la discreción del Congreso, pero con poderes no excediendo aquellos que el Congreso mismo, por la Constitución, está autorizado a ejercer sobre ciudadanos de los Estados Unidos respecto de los derechos de personas o derechos de propiedad. - La Constitución de los Estados Unidos reconoce a los esclavos como propiedad, y compromete al Gobierno Federal a protegerla. Y el Congreso no puede ejercer ninguna mayor autoridad sobre propiedad de esa descripción que pueda constitucionalmente ejercer sobre propiedad de cualquier otro tipo. - La ley del Congreso, por lo tanto, prohibiendo a un ciudadano de los Estados Unidos llevar consigo sus esclavos cuando se traslada al Territorio en cuestión para residir es un ejercicio de autoridad sobre propiedad privada que no está asegurado por la Constitución, y el traslado del actor por su propietario a ese Territorio no le otorgó título a la libertad.

principio de que la educación “separada, es decir segregada, pero igual (en cuanto a la atribución de fondos)” era constitucional. El resultado de la sentencia en “Brown”, fue que la segregación racial pasó a ser considerada como una violación de la Cláusula sobre Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos<sup>13</sup>.

La secuencia de estos fallos y sus consecuencias en el sistema de la política, no hacen más que revelar el carácter paradójico del funcionamiento del sistema del derecho y de las decisiones judiciales, esto es de la función evolutiva del derecho que es construida por la jurisprudencia, constituida por la jurisprudencia, de donde resulta necesario preguntarse: ¿cómo opera la jurisprudencia sobre el derecho? ¿qué significa que la jurisprudencia es resultado de su jurisprudencia? La jurisprudencia no está fuera del derecho, sino que está dentro del derecho, pero opera como si estuviese fuera de él (como un extraño “loop” o bucle, en la expresión de Hofstadter. (Hofstadter, 2010)).

Como afirma Luis Raigosa, el derecho se prohíbe a sí mismo, pero eso plantea muchos problemas, por ejemplo, como acabamos de ver en los ejemplos de la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana, el del carácter dilemático de toda decisión; si se observa el uso de conceptos como igualdad, dignidad, libertad, se ve la paradoja de la tautología del derecho, o de cómo usar el derecho ... podría ser contrario a derecho.

Es difícil, decía Luhmann, saber cuándo el derecho deja de ser derecho, al utilizar argumentos consecuencialistas; según él, esto ocurrió en el siglo XX cuando el sistema del

---

<sup>13</sup> En 1896, la Corte Suprema falló en *Plessy v. Ferguson* diciendo que las instalaciones públicas racialmente segregadas eran legales, siempre y cuando las instalaciones para negros y blancos fueran iguales, el principio fue conocido como la doctrina de "separados pero iguales" que se mantendría por casi 60 años. En la década de 1950, la Asociación Nacional para el Avance de las Personas de Color (NAACP) se propuso atacar las leyes de segregación en las escuelas públicas, y en 1951 Oliver Brown presentó una demanda colectiva (acción de clase) contra la Junta de Educación de Topeka, Kansas, en 1951, después que le fuera negado, a su hija Linda Brown, el ingreso a las escuelas primarias totalmente blancas de Topeka. En su demanda, Brown afirmó que las escuelas para niños negros no eran iguales a las escuelas blancas, y que la segregación violaba la llamada "cláusula de igualdad de protección" de la 14ª Enmienda, que sostiene que ningún estado puede "negar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes". El caso fue ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Kansas, que acordó que la segregación en las escuelas públicas tenía un "efecto perjudicial sobre los niños de color" y contribuía a "un sentido de inferioridad", pero aun así defendió la doctrina de "separados pero iguales". Cuando el caso de Brown y otros cuatro casos relacionados con la segregación escolar llegaron por primera vez a la Corte Suprema en 1952, la Corte los combinó en un solo caso bajo el nombre de *Brown v. Junta de Educación de Topeka*. Thurgood Marshall, el jefe de Defensa Legal y Educación de la NAACP, se desempeñó como abogado jefe de los demandantes. (Trece años más tarde, el presidente Lyndon B. Johnson nombraría a Marshall como el primer juez negro de la Corte Suprema). Al principio, los jueces estaban divididos sobre cómo dictaminar sobre la segregación escolar, con el presidente del Tribunal Supremo Fred M. Vinson sosteniendo la opinión de que el veredicto de *Plessy* debería mantenerse. Pero en septiembre de 1953, antes de que *Brown v. Junta de Educación de Topeka* fuese escuchada, Vinson murió, y el presidente Dwight D. Eisenhower lo reemplazó con Earl Warren, entonces gobernador de California. El nuevo presidente del Tribunal Supremo obtuvo un veredicto unánime contra la segregación escolar al año siguiente. En la decisión, emitida el 17 de mayo de 1954, Warren escribió que "en el campo de la educación pública la doctrina de 'separados pero iguales' no tiene lugar", ya que las escuelas segregadas son "inherentemente desiguales". Como resultado, el Tribunal dictaminó que los demandantes estaban siendo "privados de la igual protección de las leyes garantizadas por la 14ª Enmienda".

derecho se volvió hacia las consecuencias, es decir hacia el output; pero las consecuencias, afirmaba, son imposibles de calcular. Coincido con Luhmann en que las consecuencias son “incalculables”, pero, contra él, afirmo que el sistema no podría funcionar de otro modo; ejemplos muy claros del derecho de familia, del derecho laboral o el ambiental, podrían ser presentados para probar que es el propio sistema el que demanda utilizar esa “orientación” y también podrían ser tildados de “activistas”, esto que, cuando las decisiones no responden al padrón predominante, o simplemente al del autor de la crítica, son el resultado de “activismo”; y se habla de impotencia de la política, porque se reclama a la política imponer las decisiones “preferidas”.

Si lo consideramos con detenimiento, en el presente toda decisión se toma en condiciones de relativa de ceguera, de no saber, de no ver; por lo que las consecuencias tanto podrían ser usadas como no, para decidir: Jon Elster, por ejemplo, ha sostenido – a mi juicio con éxito – que, frente al sistema de decisión previsto en buena parte de los Estados Unidos, para decidir el régimen parental de niños cuyos padres se separan, sería mejor instituir un régimen de decisión por sorteo, si se tuviera en cuenta el daño irremediable que causa a los niños (y también a los adultos) la sola prolongación del conflicto (Elster, 1991). Esto es una buena demostración de que “cálculo de las consecuencias” significa sólo apreciar posibles incidencias de la decisión en el futuro, que podrán o no verificarse, a eso se lo puede denominar “tecnología del riesgo”.

Pero nuevamente nos preguntamos: ¿a qué llaman “impotencia de la política”? La enumeración de “síntomas” es muy extensa: ineficacia del estado frente al mercado, ausencia de respuestas ante las demandas del entorno, falta de representatividad en los órganos de representación, corrupción estructural, incompetencia de la burocracia estatal, abulia participativa; etc.

En un artículo de *El País*, de un ya muy lejano 1995, se decía: *“Pero ese sentirse impotentes para determinar el curso político es, sobre todo, consecuencia de conocer la inadecuación a la sociedad actual de los sistemas, formas y modelos que nos rigen y de que nos servimos. La democracia, el menos malo de los sistemas políticos, funciona cada vez peor, sometido a una quiebra múltiple que ha privado de sentido a la representación, que es su piedra angular; ha acabado con la participación ciudadana, que es su motor principal, y ha hecho imposible el debate político, que era su mecanismo privilegiado de implicación. Sin que aparezcan por parte algunas alternativas, ni siquiera teóricas, susceptibles de dar efectividad a los irrenunciables valores democráticos (Vidal-Beneyto, 1995).”*

Podríamos observar los más de 25 años transcurridos, ¿qué observamos? o ¿qué observaríamos? Todo dependería de nuestras anteojeras ideológicas podríamos decir parafraseando a Žižek.

En mi parecer, el debate se ha quedado estancado en aquellas viejas categorías, y en la medida que usa los mismos anteojos, ve los mismos problemas, usa los mismos conceptos.

No se ve que los sistemas funcionan a partir de sus propias distinciones, y procesan como autoirritaciones las comunicaciones de los otros sistemas. Las recurrentes crisis políticas, económicas y sociales de la Argentina, son un claro ejemplo de ello.

De todos modos, no deberíamos olvidar que, si bien la sociedad se constituye a sí misma a partir de imágenes que adopta para autorrepresentarse, esas “representaciones” tienen efectos sobre los aparatos psíquicos que contingentemente participan en sus comunicaciones.

¿Toda comunicación puede volverse viral? ¿Toda comunicación puede introducir en otro sistema un “desorden” que acabe por “variarlo” y hasta “desautonomizarlo”? Entiendo que sí, y la paradoja es que la sociedad humana es, como Gaia, un sistema en el que cada subsistema vive a partir de la existencia del contiguo, hasta que pierde la diferencia con el entorno, lo que significa decir que se disuelve en el ambiente, que muere.

¿Quiere decir esto que podría acaso disolverse la tensión entre el sistema de la política y el del derecho? En mi opinión no hasta que el sistema social especializado por funciones mute a “otras formas”, lo cual es una respuesta tautológica. Recordemos nuevamente: los sistemas sociales como los biológicos se adaptan a las “irritaciones” que provienen del ambiente y modifican sus estructuras y operaciones, a partir de sus propias estructuras y operaciones.

El control de constitucionalidad/convencionalidad, sostenemos aquí “mantiene la diferencia”, opera en el sistema del derecho como el sistema de “recepción” de las señales que provienen del sistema de la política, actuando como una llave de apertura y cierre, que tal como el sistema inmunitario de los cuerpos vivos, emplea estrategias paradójicas para mantener la homeostasis y la comunicación bidireccional, esto es para permitir que ambos sistemas funcionen.

Que esta función del poder judicial, principal, pero no exclusivamente, sea calificada de “activista” no es sino expresión de una estrategia de comunicación que busca descalificar unas decisiones para reemplazarlas por otras; la impotencia de la política no se manifiesta precisamente de cara a las decisiones judiciales, sino de cara a otros sistemas que producen comunicaciones que podrían colonizarlo o disolverlo, tal el caso de la expansión de la economía a través del fenómeno dado en llamar “globalización”. Pero ese es un tema que merece otro ensayo.

## Bibliografía

(s.f.).

Campilongo, C. (2000). *O Direito na sociedade complexa. Celso Fernandes Campilongo*. São Paulo: Max Limonad.

Corsi, G., Esposito, E., & Baraldi, C. (1996). *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México D.F.: Universidad Iberoamericana.

Douglas Price, J. (2012). *La decisión judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Elgul, G., & Zagert, L. (7). ACTUALIDAD E INTERES PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL CASO DRED SCOTT. *Revista FDSC UNNE* -, 183-194. doi:<http://dx.doi.org/10.30972/rfd.7133962>

Elster, J. (1991). *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa.

Hofstadter, D. (2010). *Escher, Gödel, Bach. Un eterno y gracil bucle*. Buenos Aires: Tusquets Editores.

Kelsen, H. (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 33-34. Obtenido de <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/08/Justicia-Constitucional-Hans-Kelsen.pdf>

Lochner vs New York, 198 (US 1905).

Luhmann, N. (1995). *Poder*. México: Anthropos.

Ministerio de Seguridad de la República Argentina. (15 de Diciembre de 2023). *boletinoficial.gob.ar*. Obtenido de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/300917/20231215>

Roosvelt, K. (15 de Junio de 2021). *Britannica*. Obtenido de <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>

Roosvelt, K., & Garnett, R. (2006). Judicial Activism and Its Critics. *Law Review Pen*.

Vidal-Beneyto, J. (9 de Septiembre de 1995). La impotencia de la política. *El País*. Obtenido de [https://elpais.com/diario/1995/09/16/opinion/811202409\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1995/09/16/opinion/811202409_850215.html)

Vituro, P. (1998). El decisionismo en la Corte Suprema argentina. *Tesis de maestría*. Buenos Aires: Universidad Internacional de Andalucía.

**Submissão: 15/11/2024. Aprovação: 19/11/2024.**

## L'INVENZIONE DELL'INTENZIONE CRIMINALE. CONCORSO MORALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DI VERTICE NELLA PRASSI GIUDIZIARIA ITALIANA DAL CASO NEGRI ALL'AFFARE CRAXI

*A INVENÇÃO DA INTENÇÃO CRIMINAL. CUMPLICIDADE MORAL E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO TOPO DA PRÁTICA JUDICIAL ITALIANA DO CASO NEGRI AO CASO CRAXI*

Dario Fiorentino  
*Scuola Normale Superiore*

### **Resumo:**

Desde meados da década de 1970, quando ao judiciário comum foi confiado o "mandato" político e midiático-popular de enfrentar e derrotar fenômenos criminosos como o terrorismo político, a máfia e a corrupção/extorsão de caráter "ambiental", diversos processos penais com características distintivas foram conduzidos na Itália. Essas características dizem respeito às práticas implementadas por magistrados investigadores e tribunais julgadores. O uso de crimes associativos – tanto de natureza política quanto específicos de atividades relacionadas à máfia – logo se tornou um nó górdio em relação à aplicação de disposições legais que tratam não apenas da responsabilidade pelos crimes em questão, mas, sobretudo, do aspecto da participação criminosa conjunta. Um ponto interessante a ser analisado seria os mecanismos de atribuição de responsabilidade penal a promotores, organizadores, líderes e, quando necessário, participantes "qualificados". Trata-se de indivíduos considerados detentores de papéis significativos e proeminentes dentro de uma organização, com base em suas posições hierárquicas. Consequentemente, eles eram responsabilizados por todos os crimes finalísticos cometidos como parte das atividades da associação criminosa.

**Palavras-chave:** Justiça política. Terrorismo. Máfia. Corrupção

### **Abstract:**

Since the mid-1970s, when the ordinary judiciary was entrusted with the political and media-popular "mandate" to address and defeat criminal phenomena such as political terrorism, the mafia, and "environmental" corruption/extortion, several criminal trials with distinctive features have been conducted in Italy. These features pertain to the practices implemented by investigating magistrates and adjudicating courts. The use of associative crimes—both of a political nature and specific to mafia-related activities—soon became a Gordian knot regarding the application of legal provisions concerning not only the liability for the crimes in question but, above all, the aspect of joint criminal participation. An interesting point to analyze would be the mechanisms of assigning criminal liability to promoters, organizers, leaders, and, when necessary, "qualified" participants. These are individuals deemed to hold significant and prominent roles within a given organization, based on their hierarchical positions. Consequently, they were held accountable for all the purpose-driven crimes committed as part of the criminal association's activities.

### **Keywords:**

Political justice. Terrorism. Mafia. Corruption

### **Introduzione**

Da quando la magistratura ordinaria, verso la metà degli anni '70, è stata investita della "delega" politica e mediatico-popolare per fronteggiare e sconfiggere fenomeni criminali come il terrorismo politico, la mafia, la corruzione/concussione "ambientale", sono stati istruiti e celebrati in Italia alcuni processi penali dai tratti peculiari quanto alle pratiche messe in atto dai

magistrati inquirenti e dalle corti giudicanti. Il ricorso alla tipologia dei reati associativi -tanto di natura politica quanto relativi alla specificità mafiosa- ha presto costituito un nodo gordiano in merito alla applicazione delle disposizioni legali concernenti non solo la responsabilità dei delitti in questione, ma anche e soprattutto la dimensione concorsuale. Un aspetto interessante da analizzare sarebbe, in effetti, quello dato dai meccanismi di attribuzione della responsabilità penale in capo a promotori, organizzatori, dirigenti e, all'occorrenza, partecipi "qualificati", ossia in capo a soggetti ritenuti ricoprire un ruolo importante e di rilievo all'interno di una data organizzazione; e ciò in virtù della circostanza che questi soggetti ricoprissero una posizione di tipo verticistico e che dunque fossero imputati di tutti i delitti-scopo commessi nel quadro di attività del sodalizio criminoso. Nella dimensione teorica e pratica il problema in esame riguarda non soltanto la eventuale coincidenza tra l'appartenenza ad una organizzazione od associazione oggetto di inchiesta penale - unitamente all'analisi delle attività che sostanziano la qualifica di associato o di concorrente- e la zona causale che determinerebbe l'attuazione di un programma criminoso. Esistono, infatti, attività che sono fisiologicamente connaturate e dunque collegate intrinsecamente all'attività di un'associazione, come ad esempio fare proselitismo oppure rappresentare e pianificare i reati-fine, e tali attività possono dunque essere considerate come atti e momenti della catena causale che sfocia poi nella commissione dei singoli delitti. Il problema assume una connotazione inquietante durante i periodi in cui in Italia è maggiormente sentita l'emergenza criminale, dato che si può osservare la tentazione, sempre più forte mano a mano che certe soluzioni si dimostrano mediaticamente "efficaci", di elevare i presunti capi delle associazioni a concorrenti morali attraverso un meccanismo di imputazione praticamente automatico. Un tale meccanismo è stato fondato su una responsabilità oggettiva di vertice, ovvero "di posizione", senza investigare caso per caso sulla effettiva responsabilità di tali presunti capi o dirigenti per quanto riguarda l'apporto causale e personale relativo alla commissione di un reato. È qui che entra in gioco la tematica della causalità psichica dal momento che un dirigente agisce sostanzialmente fornendo direttive, ordini, istruzioni: nella configurazione istruttoria di determinati processi "emergenziali", di grande impatto politico, mano a mano che si sale nella configurazione della scala gerarchica dell'organizzazione che si persegue in giustizia, il contributo prestato dal superiore qualificato come capo perde progressivamente di materialità, fino ad arrivare a configurare una sorta di dolo "virtuale". Si esplora quindi l'oscura dimensione psicologica a mezzo di deduzioni logiche ed argomentazioni tautologiche e circolari, desunte da qualità sintomatiche del modo di "essere" degli imputati.

Di seguito, si analizzeranno, in maniera non esaustiva, alcuni casi-modello in cui i meccanismi di attribuzione della responsabilità penale hanno assunto caratteri particolarmente problematici.

### **La giurisprudenza degli anni di piombo: il processo 7 aprile**

Il 7 aprile del 1979 il sistema del diritto si era risvegliato “all’indietro”, proprio come Aureliano Buendia, il personaggio di *Cent’anni di solitudine*, di Gabriel Garcia Marquez. La macchina del tempo si era inceppata? O stava invece funzionando correttamente?

Quel giorno, professori universitari, giornalisti, intellettuali, militanti della Autonomia Operaia, ribattezzata “Organizzata”, erano stati arrestati. L’accusa era clamorosa: aver diretto il terrorismo italiano di sinistra degli anni di piombo, dai primi passi teorico-propagandistici fino al rapimento e all’omicidio di Aldo Moro<sup>1</sup>.

Tra gli arrestati l’imputato simbolo di un’istruttoria che, nata a Padova, si sarebbe poi ramificata in quasi tutta Italia, culminando nel processo romano nel quale si sarebbe contemplata l’accusa di insurrezione armata contro i poteri dello Stato: Toni Negri. Il “motore immobile” della violenza politica italiana degli anni ‘70, il perno logico di un’inchiesta uscita dall’alambicco di un teorema giudiziario. Il teorema del procuratore padovano Pietro Calogero.

Nei mandati di cattura possiamo osservare l’accensione della macchina del tempo: tutti i delitti per cui si procede sono stati commessi dai membri delle Brigate Rosse e di Prima Linea, è risaputo. Ma sono gli autonomi a dover rispondere in prima istanza dei reati di associazione sovversiva, banda armata e poi -dapprima il solo Negri, in seguito pochi altri con lui- di insurrezione armata.

Devono risponderne in qualità di capi, organizzatori, promotori.

Quale struttura criminale era stata scoperta per imputare ai militanti della Autonomia Operaia l’accusa di aver agito in concorso con BR e PL come una sovrastruttura organizzativa e direttiva? Nessuna.

E qui la macchina del tempo inizia ad accelerare; pistoni e congegni si sono scaldati e funzionano a pieno regime: secondo i giudici, gli autonomi fin dai tempi della militanza in Potere Operaio avrebbero non solo teorizzato la lotta politica violenta, armata, la sovversione,

---

<sup>1</sup>Un’analisi di queste istruttorie è stata delineata nel saggio scritto da FIORENTINO Dario e CHIARAMONTE Xenia, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall’Autonomia Operaia ai No Tav*, Mimesis, Law-without-Law, 2019 oltre che nel testo di FIORENTINO Dario, *Il processo 7 aprile e il teorema Calogero*, Storia dei grandi segreti d’Italia, Rcs MediaGroup, 2023

la sostituzione dell'arma della critica con la critica delle armi, ma posto proprio le linee d'azione terroristiche da seguire negli anni a venire.

Alla fine la lotta armata è arrivata davvero e per i giudici non vi sono dubbi circa il passaggio lineare dalla parola alla P38; un'ipotesi investigativa, una possibile versione della ricostruzione della storia politica di quegli anni, nella sua traduzione giudiziaria diventa un fatto assodato dal momento in cui gli inquirenti scorgono assonanze linguistiche tra la teorica autonoma e quella brigatista. Tanto basta per economizzare tempo e risorse. Ciò che tutt'al più può costituire un punto di partenza per le indagini, che deve essere dimostrato, è assunto come vero, in maniera logica, incontrovertibile, assiomatica. Una tale assunzione storica, trascritta nel linguaggio del diritto penale ipotizza la Storia.

La macchina del tempo allora aziona i propulsori e attraversa l'iperspazio: gli avvocati degli accusati, appena all'inizio di una pluriennale odissea detentiva nell'attesa attesa del processo, chiedono con forza prove concrete inerenti a specifici comportamenti delittuosi. Mal gliene incalse: uno dei pubblici ministeri dell'inchiesta romana, Guasco, sembra turbato da una simile pretesa difensiva. Com'è possibile -a suo dire- che gli avvocati non abbiano ancora compreso che i giudici non cercano prove concrete, ma tentano di "ricostruire il percorso ideologico che ha condotto gli imputati a commettere i delitti di cui sono accusati"? Perché si aspettano la contestazione di fatti precisi, specifici?<sup>2</sup>

Nessuna domanda dunque sulla ipotetica struttura direttiva terroristica denominata Autonomia Operaia Organizzata; secondo il procuratore Calogero, essa è un'entità che non si vede, ma si sente, si può percepire. D'altronde, il principale testimone contro Negri è Negri stesso. Perché?

La risposta la fornisce il giudice istruttore romano, Francesco Amato, nella sua ordinanza istruttoria del marzo 1981: la produzione documentale -cioè ideologica- degli imputati riveste un'importanza probatoria capitale, in sé e per sé, avrebbe detto Hegel.

Nel frattempo gli imputati sono in carcere. Le leggi speciali emergenziali e la prassi giudiziaria della sostituzione dei mandati di cattura permettono la trasformazione periodica delle accuse, le quali cadono, vengono riformulate, poi cadono di nuovo per mancanza di indizi e vengono nuovamente rilanciate sempre in ossequio al solito schema triangolare che stritola gli autonomi nelle maglie penali dell'associazione sovversiva, della banda armata e dell'insurrezione. Così per anni, in una meccanica giudiziaria blindata alle ragioni della difesa, in cui fatti sempre diversi vengono qualificati sempre con le stesse fattispecie associative per

---

<sup>2</sup> Interrogatorio di Toni Negri del 20 aprile 1979

aggirare i termini di scadenza della carcerazione preventiva. Fino al 1983, quando nella requisitoria del pubblico ministero romano Ciampani, non si parla più di gravi delitti legati al terrorismo, compiuti in concorso con i brigatisti fino al 1979, ma di altri episodi avvenuti non oltre la finestra temporale del 1975: il ratto di una cavalla, il furto di alcuni quadri di valore e di una collezione di francobolli! E l'insurrezione? C'è stata eccome secondo il giudice, anche se non attraverso l'illecita sottrazione di quadri e francobolli: l'insurrezione sarebbe attestata in due righe e mezzo di motivazione riguardanti la ponderosa produzione editoriale degli accusati, unitamente alla partecipazione a numerosi convegni e ad altre iniziative politiche. La vicinanza a Negri completa poi il quadro "probatorio", producendo colpevolezza per "osmosi", dato che per i giudici la contiguità non può non costituire condivisione dell'ideale politico sovversivo e, quindi, concorso e partecipazione alle funzioni direttive della temibile Organizzazione<sup>3</sup>.

Le avvisaglie non erano mancate: appena due anni prima, nel 1977, nell'ordinanza istruttoria dell'1 agosto contro i redattori della rivista Controinformazione, in odore di infiltrazione brigatista, sospettando che ne fosse la cassa di risonanza mediatica, il giudice istruttore di Torino, Giancarlo Caselli, aveva rivendicato la competenza quanto alla valutazione dei limiti di tollerabilità degli scritti sovversivi per la salvaguardia della tavola dei valori morali e sociali della società democratica.

In questo caso una certa fama dell'imputato -ad esempio quella di esperto e teorico della sovversione o dell'insurrezione- può essere sintomatica; e ove è il sintomo non serve la prova giudiziaria. Il sintomo di infedeltà ai valori sociali vigenti in un determinato frangente storico può costituirne un equivalente funzionale. Il sistema del diritto può allora attivare la propria funzione di memoria e creare una narrazione, una versione della Storia che costituisce la realtà, il terreno sul quale operare. Poco importa che tale narrazione sia storicamente vera o falsa; un teorema logico-giudiziario è un dispositivo circolare, apodittico, tautologico, contenendo nelle proprie premesse anche le conclusioni. È un'invenzione tattica, necessaria, che consente al processo penale di purgare ambienti sociali rivoltosi e di creare -con l'ausilio del sistema-satellite dei mass media- mostri morali di ogni genere.

Un tale *modus operandi*, senza andare troppo indietro nel tempo, lo aveva utilizzato spiegandone il funzionamento in maniera cristallina Andrey Yanuarevich Vychinsky, capo della Procura di Mosca all'epoca dei famosi processi degli anni '30, nei quali era stato inventato il celebre centro anti-sovietico trotskista, oltre al corrispettivo centro sovversivo di

---

<sup>3</sup> Si vedano i documenti contenuti nel dossier del volume già citato, *Il caso 7 aprile*, pp. 75 ss

riserva, durante la resa dei conti intrapartitica dalla quale Stalin sarebbe emerso vittorioso dalle ceneri dei suoi avversari.

Il grande accusatore sovietico aveva scritto nella requisitoria di uno dei grandi processi, quello del 1937, che “il carattere di questa causa penale è tale che proprio da esso viene predeterminata anche la particolarità delle possibili prove. Abbiamo davanti a noi una cospirazione, abbiamo un gruppo di persone che si proponevano di compiere un colpo di stato, che si erano organizzate e nel corso di molti anni avevano promosso e rispettivamente svolto un’attività indirizzata ad assicurare il successo di tale cospirazione, una cospirazione abbastanza ramificata [...] In simili condizioni come si può porre la questione delle prove? Si può porre il problema in questo modo: parlate di una congiura, ma dove ne avete i documenti? Parlate di un programma, ma dove avete questo programma? Queste persone, da qualche parte, hanno un programma scritto? Di questo essi parlano solamente. Dite che si tratta di una banda; ma dove esistono presso di voi delle deliberazioni, dove sono le tracce materiali di questa attività di cospirazione, statuti, verbali, timbri etc.? Io oso sostenere, secondo i fondamenti della dottrina in materia di diritto penale, che in cause concernenti la cospirazione non si possono porre esigenze simili. Non si può pretendere che noi, durante una causa per cospirazione, per tentativo di sovvertire lo Stato, partiamo dal punto di vista che ci fa dire: dateci i verbali e le deliberazioni, dateci i registri dei membri e i numeri di questi registri; non si può pretendere che i congiurati procedano nella cospirazione facendo autenticare dal notaio la loro attività criminosa. Nessun uomo ragionevole, in cause concernenti una cospirazione contro lo Stato, può porre la questione in termini siffatti”. E ancora, continuando, si arriva al punto centrale della questione: “sì, noi possediamo una serie di documenti relativi a tutto ciò” e, richiamandosi ad un saggio di fine Ottocento del giurista William Wills sull’importanza e il valore delle prove indirette, Vychinsky afferma che queste “non di rado possono avere una forza di convincimento superiore a quella delle prove dirette”. Cioè la prova logica.

Quali sarebbero le prove indirette che possono fornire un sostegno alle ricostruzioni del giudice? Secondo il giudice moscovita “in primo luogo c’è un addentellato storico che conferma le tesi dell’accusa in base all’attività dei trozkisti nel passato. Infine abbiamo presenti le asserzioni degli imputati che anche in sé e per sé posseggono un potente significato di prova”. Secondo il grande accusatore, i dirigenti del centro anti-sovietico “debbono rispondere di tutta l’attività criminale dell’organizzazione che dirigevano e di tutti i gruppi nati sul terreno che avevano preparato”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Si veda il volume di CONTESSI Luigi, *I processi di Mosca. Le requisitorie di Vychinsky, le accuse del breve corso e la denuncia di Khrushchev*, Il Mulino, 1970, pp. 132, 234, 235

L'ultimo principio, a partire dalle istruttorie del processo 7 aprile sarebbe diventato di uso comune nella giurisprudenza italiana, espandendosi a macchia d'olio e venendo utilizzato in molti altri processi per reati di terrorismo e banda armata. Ma ciò non era l'unico portato della macchina del tempo che aveva riattivato la memoria del diritto, dato che il procuratore Calogero, in una intervista rilasciata al Corriere della sera, il 5 luglio 1979, alla domanda del giornalista circa quali prove avesse acquisito a sostegno della costruzione accusatoria che aveva portato alla sbarra gli autonomi, aveva risposto: "Pretendere questo mi sembra ingenuo e sbagliato. L'accusa non ritiene di aver individuato i manovali del terrorismo, ma i loro dirigenti e mandanti. Un dirigente, per la natura stessa del ruolo e del tipo di organizzazione, certamente non va a fare attentati. Sarebbe una rinuncia alla sua funzione che è quella di dirigere e non di eseguire. Non nascondo che è un problema sottile. Abbiamo infatti di fronte un terrorismo peculiare ed originale. Un operatore del terrore non può praticare terrorismo e insieme fare politica. Proprio perchè in un partito ci sono ruoli ben definiti che vanno rispettati: al dirigente il compito di dare direttive, all'organizzatore il compito di organizzare, all'esecutore il compito di eseguire. Perciò non ci si possono attendere, in questo caso, prove di fatti terroristici specifici. Noi abbiamo cercato e crediamo di aver scoperto le prove che accusano i dirigenti del partito armato".

Al netto del carattere paradossale dell'affermazione, per cui l'inesistenza di prove ne costituirebbe l'esistenza, data l'astuzia diabolica degli imputati che non hanno lasciato tracce materiali dietro di sé nella costituzione del cosiddetto Partito Armato, se non la "confessione" offerta dai loro scritti politici, è da sottolineare come Vyschinky operasse in un regime totalitario, rappresentando la pubblica accusa innanzi ad un Tribunale militare speciale, mentre Calogero aveva agito in un regime di democrazia costituzionale, anche se "inquinata" dalla cultura dell'emergenza, ma in cui il potere politico aveva deciso di non attuare strappi costituzionali per fronteggiare il terrorismo, delegando tale compito alla magistratura ordinaria la quale, da organo operante in una situazione di pace sociale si era trovato ad assumere compiti di guerra.

La memoria del diritto aveva poi fatto il resto; anche se alla metà degli anni '80 dei teoremi giudiziari del 7 aprile restavano soltanto le rovine, la dimensione delle prassi giudiziarie istruttorie ne sarebbe uscita irrimediabilmente trasfigurata, impermeabile alle temporalità della legislazione e della cultura giuridica in continua trasformazione, replicabile, all'occorrenza, per fronteggiare nuove emergenze. Come poi è avvenuto nei decenni seguenti, quando il nuovo "giudice di scopo" si è trovato a contrastare il fenomeno mafioso prima e della corruzione politica ambientale poi.

I processi del 7 aprile avevano funzionato come un grande laboratorio in cui era stata sperimentata una formula repressiva inedita per l'Italia repubblicana, le cui prassi avevano reso contemporanea la dimensione non contemporanea del codice genetico del diritto e del processo penale, rendendo vana ogni velleità di riforma in grado archiviare una volta per tutte i fossili penalistici e repressivi dell'esperienza fascista. Le pratiche giudiziarie del 7 aprile avevano impedito al futuro della civilizzazione del diritto penale e processuale-penale di cominciare, tenendolo ancorato ad un presente circolare, elastico, una temporalità immobile, in stato di quiete, nella quale c'è sempre il capro espiatorio di turno, il quale attraverso i processi giuridici e mediatici di criminalizzazione, acquieta gli animi e assolve ciò che, con una formula sempre più spesso svuotata di contenuto, si usa chiamare "democrazia".

La macchina del tempo non si era inceppata. Aveva funzionato alla perfezione.

I metodi istruttori del processo 7 aprile avrebbero lasciato il segno.

### **Sviluppi giurisprudenziali nel contrasto al terrorismo**

Un principio largamente accettato durante gli "anni di piombo" fu formulato nel 1979 durante il processo contro Alunni e le "Formazioni Comuniste Combattenti" dal giudice istruttore di Milano. È da notare che le informazioni sulla struttura dell'organizzazione e i rapporti gerarchici al suo interno erano limitate a quel tempo, anche a causa della mancanza di collaborazione da parte degli imputati coinvolti. Di conseguenza, ricostruire i fatti e identificare gli esecutori materiali dei vari reati risultava difficile. Il giudice istruttore, seguendo la proposta del pubblico ministero, emise un'ordinanza di rinvio a giudizio solo nei confronti degli organizzatori della banda armata, escludendo i partecipanti. Fondamentalmente, basandosi sulle rivendicazioni dei crimini, questi venivano attribuiti all'associazione criminale; la responsabilità dei leader era dedotta dal loro ruolo chiave all'interno dell'organizzazione, poiché contribuivano essenzialmente all'approvazione del programma ideologico e dei delitti specifici. L'ordinanza di rinvio a giudizio stabiliva che per i soggetti di alto livello all'interno della banda armata, il coinvolgimento morale nella commissione dei singoli reati fosse un elemento necessario e obbligatorio, una deduzione che fu confermata sia in primo che in secondo grado. Furono applicati due criteri "correttivi", uno temporale e uno spaziale: la Corte specificò che le conseguenze legali dovessero riguardare coloro che erano capi o organizzatori al momento del reato e nel territorio in cui la banda operava. Tuttavia, è stato osservato che questi criteri, lontani dall'essere una correzione "ortopedica" rispettosa del principio della personalità della responsabilità penale, rappresentano piuttosto una conferma dell'automatismo con cui viene

condotto il ragionamento giurisprudenziale in casi simili, senza garantire una valutazione accurata dell'attribuzione delle singole condotte concorsuali.

Le sentenze menzionate evidenziano la necessità di rispettare il principio della personalità della responsabilità penale. Tuttavia, per valutare i contributi individuali, si fa principalmente riferimento alla divisione dei ruoli degli imputati all'interno dell'organizzazione: vengono distinti tra organizzatori e partecipanti, e l'attribuzione di responsabilità morale viene automaticamente collegata al ruolo di organizzatore<sup>5</sup>.

Questo approccio probatorio potrebbe essere accettabile se venissero considerati più dettagli sulla struttura e sul funzionamento dell'associazione. Le motivazioni delle sentenze, però, non approfondiscono i rapporti precisi tra la base e il vertice della banda armata, né spiegano quale controllo i soggetti in posizione apicale potessero esercitare.

Sembra che le sentenze abbiano applicato automaticamente una regola d'esperienza che presume la responsabilità degli organizzatori. Tuttavia, un'applicazione meccanica di questa regola sembra dipendere da una sorta di "presunzione" di concorso.

Una menzione speciale va alla sentenza della Corte di Assise di Brescia riguardante l'attività terroristica dei cosiddetti NAPO (Nuclei Armati per il Potere Operaio) e NAC (Nuclei Armati Comunisti). Qui si sostiene che i vertici di tali associazioni devono rispondere di concorso morale perché hanno dato il loro consenso e contributo, almeno a livello psicologico, alle attività criminali, partecipando attivamente all'organizzazione con l'obiettivo di commettere una serie indeterminata di delitti contro obiettivi specifici.

L'applicazione di una regola d'esperienza che presume che i soggetti di alto livello all'interno di un'organizzazione siano concorrenti morali nei reati scopo sembra basarsi sull'idea che l'adesione all'associazione sia equivalente all'attività dell'associazione stessa.

Le sentenze spesso associate a un orientamento giurisprudenziale meno garantista e più incline a logiche di semplificazione emergenziale riguardano i reati commessi dai militanti di base delle Brigate Rosse<sup>6</sup>.

Ad esempio, nella sentenza Acella si stabilisce che è sufficiente verificare, episodio per episodio, che i reati non siano stati occasionali o compiuti eccezionalmente di propria iniziativa da una brigata o da singoli militanti, per attribuire la corresponsabilità a tutti i membri della direzione di colonna. Data la collegialità dell'organo e la frequenza dei contatti, si presume che i membri della direzione non potessero rimanere esclusi dalle decisioni importanti, come quelle relative ad aggressioni contro persone, irruzioni ed assalti.

---

<sup>5</sup>Giudice Istruttore, Milano, 11 settembre 1979

<sup>6</sup>Corte di Assise, Brescia, 22 ottobre 1983

Inoltre, la motivazione della sentenza stabilisce che anche gli altri membri della banda sono responsabili, a titolo di concorso morale, dei reati commessi dai partecipanti della banda armata nell'attuazione del programma comune, se hanno svolto un ruolo essenziale nell'individuazione degli obiettivi criminali.

L'orientamento giurisprudenziale dell'epoca si concentrava principalmente sull'individuazione dei soggetti con qualità di capo o organizzatore attraverso una ricostruzione della struttura dell'organizzazione. In secondo luogo, si cercava di fondare il concorso morale sulla base di un presunto carattere essenziale per l'associazione, salvo prova contraria del coinvolgimento di tali soggetti nel singolo delitto<sup>7</sup>.

La sentenza Azzolini offre un chiaro riferimento all'allarme sociale causato da queste formazioni, particolarmente strutturate, le quali rendevano praticamente impossibile risalire ai veri mandanti dei singoli delitti. Di fronte a questa difficoltà, si è adottata un'interpretazione evolutiva dell'istituto del concorso morale, che prescinde dalla dimostrazione di una partecipazione diretta al singolo delitto. Tuttavia, è stato sottolineato che la responsabilità a titolo di concorso morale non può mai trasformarsi in responsabilità per fatto altrui.

Il riferimento al divieto di responsabilità per fatto altrui sembra astratto rispetto all'enfasi posta sull'essenzialità per l'organizzazione della presenza dei "partecipi qualificati".

Anche se l'opera di questi soggetti non era direttamente collegata alla commissione materiale del singolo delitto, essa era strumentale e logicamente collegata ad esso. Pertanto, il semplice assolvimento del proprio ruolo essenziale all'interno dell'associazione contribuiva causalmente al verificarsi dell'evento criminoso<sup>8</sup>.

La sentenza Andriani segue esattamente la stessa linea di pensiero. La Corte non esclude che gli esecutori materiali dei delitti debbano essere responsabili, ma enfatizza l'incriminazione dei vertici secondo l'articolo 110 del codice penale, basata sul ruolo svolto e sulle precise responsabilità assunte, a meno che il soggetto non dimostri o non risulti del tutto estraneo alle diverse fasi deliberative, preparatorie ed operative<sup>9</sup>.

In tutte e tre le pronunce, viene effettivamente esaminata attentamente la struttura e il funzionamento della banda, attribuendo la ricchezza di particolari al contributo particolarmente affidabile fornito dai "pentiti" alle indagini. Tuttavia, nonostante i giudici di merito dichiarino il rispetto dei principi costituzionali, affrontano l'ostacolo riclassificando i programmatori come istigatori - senza specificare il tipo di contributo concorsuale in sede processuale - e collegando

---

<sup>7</sup> Ass. Torino, 26 luglio 1983, Acella e altri, in *Foro it.*, 1984, II, 187.

<sup>8</sup> Ass. Genova, 26 febbraio 1983, Azzolini e altri, in *ibidem*

<sup>9</sup> Ass. Roma, 24 gennaio 1983, Andriani e altri, in *ibidem*

le attività dell'associazione alla partecipazione di persone nel reato-fine. Questi due aspetti sono strettamente collegati. Infatti, l'esame dettagliato della struttura e del funzionamento dell'organizzazione può diventare problematico quando l'analisi si concentra sulle attività connesse alla condotta associativa per poi attribuirle un ruolo causale nella realizzazione del delitto programmato. L'equiparazione tra capi e istigatori del reato-fine porta a una responsabilità oggettiva basata sul possesso di una posizione di supremazia o all'affermazione che l'attività criminosa associativa stessa costituisce un elemento di concorso nelle fattispecie plurisoggettive riguardanti l'esecuzione dei delitti programmati.

Quando l'epoca degli "anni di piombo" sembra essere giunta al tramonto, la Corte di Cassazione ha avuto l'opportunità di esprimersi su un caso che, secondo la maggioranza degli esperti, rappresenta una svolta verso una maggiore tutela dei diritti individuali, da tempo attesa.

### **Il processo alle Unita' Combattenti Comuniste: il caso Leoni**

Riguardo alla banda armata nota come "Unità Combattenti Comuniste", la Corte suprema cerca di chiarire la confusione derivante dall'intersezione tra il reato associativo e le norme che regolano il concorso di persone in un reato.

Il primo giugno del 1985 una sentenza della I sezione penale della Corte di Cassazione presieduta da Corrado Carnevale, PG in quel procedimento il compianto giudice Scopelliti, stimolava alcune riflessioni intorno ad un processo tanto controverso all'epoca quanto sconosciuto o dimenticato oggi. La questione che gli osservatori più attenti del periodo ponevano alla pubblica attenzione era la seguente: la cultura dell'emergenza, portato di dieci anni di lotta armata in Italia, stava tramontando<sup>10</sup>? Da molti mesi si auspicava il superamento di tale cultura e delle prassi giudiziarie che ne rappresentavano il sintomo più inquietante; si discuteva del recupero della priorità della legge e delle garanzie a tutela degli imputati nei processi per terrorismo, del ripristino, insomma, dei costumi di quella civiltà giuridica secondo i quali un procedimento penale non avrebbe dovuto rappresentare una crociata contro gli imputati, bensì un momento istituzionale volto ad accertare la commissione o meno di un reato. Se fino all'inizio degli anni '80 la fase del processo penale più duramente colpita dalla cultura dell'emergenza era stata quella istruttoria, caratterizzata da lunghe carcerazioni preventive utilizzate alla stregua di pene anticipate, dall'emissione di mandati di cattura a catena per bypassare ogni scadenza dei termini che avrebbe consentito la liberazione di un convenuto,

---

<sup>10</sup>MASTROGIACOMO Daniele, *Per la Cassazione è finita l'emergenza del terrorismo*, Repubblica, 2-6-1985

dall'assenza di qualsivoglia forma di contraddittorio, dalla disparità di poteri tra accusa e difesa, dalla proliferazione di inchieste penali per i medesimi fatti-reato le quali si accavallavano nel tempo e nello spazio moltiplicando i potenziali cumuli di pena, il processo oggetto di questa sentenza della Cassazione mostrava un salto di “qualità” nei meccanismi della repressione: il passaggio dell'epistemologia inquisitoria nella quale le garanzie dell'imputato collassano, diventando quest'ultimo paziente inerme innanzi all'incedere monologante degli accusatori, dalla fase istruttoria a quella giudicante del processo, in cui, fino al 1982, la cultura della giurisdizione era riuscita a restare impermeabile a certe storture.

Anche se i giudizi dei garantisti dell'epoca restavano cauti e ponderati, la sentenza della Cassazione che annullava il giudizio di appello per associazione sovversiva e banda armata nei confronti degli aderenti delle Unità Comuniste Combattenti lanciava un contro-segnale preciso in tal senso; secondo la suprema corte, ogni persona doveva essere giudicata ed eventualmente condannata per i reati che aveva effettivamente commesso: non si poteva rispondere di concorso morale in un delitto per il solo vincolo associativo. La partecipazione di un imputato ad un'organizzazione eversiva avrebbe dovuto essere dimostrata attraverso prove dirette e l'accusa avrebbe dovuto sostenere l'onere di una tale dimostrazione probatoria. Richiamando il contenuto dell'articolo 27 della Costituzione, la Cassazione ribadiva il carattere personale della responsabilità personale, sottolineando come nessuno fosse punibile per un fatto altrui e che i provvedimenti giudiziari, oltre a poggiare su prove e testimonianze, dovessero essere adeguatamente motivati, tenendo anche in considerazione la condotta processuale degli imputati.

Per questi motivi, le condanne del giudizio di appello venivano annullate in seguito ai ricorsi dei convenuti condannati nei primi due gradi di giudizio.

Caduti così i presupposti di una certa utilizzazione del concorso morale e ristabilendo l'obbligo di provare e motivare un verdetto giudiziario, crollavano anche i fondamenti sulla cui base Andrea Leoni era stato condannato a 30 anni in primo grado e a 14 anni nel giudizio d'appello in quanto “capo occulto” e ideologo delle UCC.

Se la sentenza di appello era stata considerata ingiusta, le polemiche suscitate dal verdetto del giudizio in Corte d'Assise, a Roma, avevano sollevato proteste e polemiche molto aspre, per la prima volta anche al di fuori dell'alveo tradizionale che comprendeva i cosiddetti garantisti. Il caso Leoni, studente di architettura praticamente sconosciuto all'epoca dei fatti poi divenuti oggetto dei procedimenti penali, era diventato -e non a torto- un caso nazionale, il simbolo di un processo, quello alle UCC, oggi giacente nell'oblio, ma all'epoca considerato alla stregua di un vero e proprio museo degli orrori giudiziari.

Se la sentenza di primo grado emessa il 23 novembre 1982 aveva suscitato polemiche vivaci, il deposito delle motivazioni, agli inizi di maggio del 1983, aveva nuovamente infiammato gli animi, portando molti osservatori di quel periodo -Cacciari, Rodotà, Bronzini, Neppi Modona, Manconi, Ferrajoli, Boato per citarne alcuni- a sollevare pesanti censure all'impianto generale politico-giudiziario di un processo costruito su logiche di guerra e considerato il culmine dell'aberrazione delle prassi emergenziali, quasi una sorta di integrazione dei canoni del processo-guerriglia sperimentato qualche anno prima a Torino dagli imputati del nucleo storico delle Brigate Rosse<sup>11</sup>.

Il giorno successivo alla sentenza di primo grado, il 24 novembre 1982, il Manifesto titolava: Pene spietate per un piccolo processo. È una logica di guerra. E i motivi non mancavano, data soprattutto la storia delle UCC. Una storia breve quella di una banda la cui vita è durata all'incirca un anno, essendo stata fondata nel mese di giugno del 1976 e disciolta nell'estate dell'anno successivo, anche se il giudice istruttore D'Angelo, nell'ordinanza di rinvio a giudizio ne aveva prolungato artificialmente la durata a tutto il 1978; una storia che si concludeva due volte: la prima con l'auto-scioglimento e la seconda col rinvio a giudizio di 31 imputati sui quali gravavano ben 60 capi d'imputazione, sullo sfondo dei reati politici di associazione sovversiva e di banda armata e di possibili collusioni con la 'ndrangheta calabrese.

Ma, a parte le accuse per i reati associativi politici, la contestazione dei delitti specifici ai singoli imputati sembrava sollevare una enorme contraddizione tra la effettiva consistenza della banda, la sua durata e il ruolo svolto nel panorama lottarmattista dell'epoca.

Come si era arrivati all'arresto dei membri delle UCC?

Nel mese di luglio del 1979, a Vescovio, in provincia di Rieti, era stato scoperto un casale di campagna all'interno del quale erano stati trovati i resti di una cella insonorizzata, alcune armi automatiche, una modesta quantità di esplosivo oltre a munizioni e dispositivi di innesco<sup>12</sup>.

I proprietari del casale, i cugini Bonano, una donna, Ina Maria Pecchia e Piero Cestié, non appena tratti in arresto iniziavano a collaborare con gli inquirenti, permettendo a questi ultimi di emettere diversi mandati di cattura nei confronti di persone che, all'inizio degli anni '70 avevano militato in Potere Operaio o in altre organizzazioni della sinistra extraparlamentare.

<sup>11</sup> MANCONI Luigi, *Il processo-guerriglia*, Il Messaggero, 18-7-1984

<sup>12</sup> ORDINANZA DI RINVIO A GIUDIZIO DEL GIUDICE ISTRUTTORE CLAUDIO D'ANGELO RELATIVA AL PROCEDIMENTO PENALE N. 2030/79A CONTRO LE UNITÀ COMUNISTE COMBATTENTI, IN COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SUL DELITTO MORO, 1970-1983, VIII LEGISLATURA, PP. 10 SS

Le loro dichiarazioni avevano permesso di ricostruire le attività delle UCC, le quali in sostanza si configuravano come un'organizzazione di piccole dimensioni, con poche armi, sprovviste di un programma politico omogeneo, i cui aderenti erano sparsi un po' dappertutto in Italia e si riunivano di rado e che, soprattutto, erano contrari all'omicidio politico.

Tra i fatti più eclatanti attribuibili alle attività di questa banda si possono ricordare le gambizzazioni di Vittorio Morgera, funzionario del Poligrafico dello Stato, e dei librai romani Franca Maraldi e Carlo Alberto Alfieri; la rapina al club Méditerranée di Nicotera, in Calabria, probabilmente per auto-finanziarsi; le incursioni nelle sedi di Radio Città Futura e di Radio Radicale per “sequestrare” o distruggere documenti; gli attentati dinamitardi, contro i calcolatori elettronici alla sede della Schenk di Milano e dell'Intersind di Palermo; l'irruzione nella sede della Liquichimica di salina Jonica, in Calabria; il sequestro del grossista di carni romano Giuseppe Ambrosio, poi liberato dai carabinieri, per il cui rilascio le UCC avevano chiesto la distribuzione di 710 quintali di carne al prezzo politico di millecinquecento lire<sup>13</sup>.

Il processo alle UCC era poi iniziato il 5 marzo del 1982; la sentenza di primo grado, del novembre dello stesso anno, aveva visto la condanna di Andrea Leoni e Guglielmo Guglielmi a 30 anni di reclusione, mentre altri 19 dei 31 imputati subivano pene che oscillavano dai 18 ai 25 anni di reclusione.

Sentenza esemplare per una banda “minore”, quasi a voler dare un segnale, ad indicare, come era stato osservato, la strada maestra che i magistrati avrebbero dovuto seguire in futuro giudicando gli imputati in processi per terrorismo ed eversione; pene pesanti erano state comminate anche ai cosiddetti pentiti i quali erano stati simultaneamente creduti e non creduti, utilizzando le loro dichiarazioni per le condanne e non considerandole nei casi in cui scagionavano alcuni dei convenuti, come Andrea Leoni, né tanto meno per l'applicazione degli sconti di pena previsti dall'apposita legge del 1982, ritenuta dal PM Margherita Gerunda “una ingenuità del legislatore”. In più, nel caso di Leoni, erano state utilizzate le dichiarazioni di altri due pentiti, Libardo e Donat Cattin, provenienti da altri fascicoli processuali, mai ascoltando in aula i dichiaranti, i quali avevano solamente supposto che Leoni fosse vicino all'area della rivista Senza Tregua, i cui membri sarebbero successivamente confluiti in Prima Linea.

Si era trattato di una sentenza pesantissima, emessa proprio nel momento in cui le riflessioni sulla dissociazione e sulla eventuale forma giuridica da conferirle muovevano i primi passi; una sentenza definita “confusionaria” che non teneva in conto una categoria intermedia

---

<sup>13</sup>Ordinanza D'Angelo, cit., pp. 27 ss

tra quelle degli irriducibili e dei pentiti, ovvero quella di coloro che, come Leoni, avevano protestato la propria totale estraneità ai reati contestati<sup>14</sup>.

A ogni buon conto si trattava anche di una sentenza utile al dibattito sul superamento della cultura dell'emergenza dal momento che per superarla occorreva conoscerla; e la sentenza sulle UCC si prestava bene, facendo il paio con gli atti istruttori dei processi facenti parte della galassia 7 aprile, l'inchiesta giudiziaria condotta tra Padova e Roma che aveva distrutto l'Autonomia Operaia ritenendone i membri i dirigenti occulti delle BR e del terrorismo rosso, a causa delle assonanze linguistiche della produzione intellettuale di alcuni imputati erroneamente interpretate come sovrapponibili ideologicamente ai documenti e ai comunicati dei brigatisti; da un tale assunto apodittico erano derivate numerose inchieste per associazione sovversiva, banda armata e insurrezione armata contro i poteri dello Stato calibrate unicamente sulla cosiddetta prova logica e sull'impiego illimitato del concorso morale per connettere la responsabilità dei presunti capi-ideologi agli atti concreti di terrorismo perpetrati a partire dalla metà degli anni '70, nel buco nero della responsabilità (ideologica) collettiva ed oggettiva.

La sentenza contro le UCC recepiva e integrava le prassi giudiziarie istruttorie dei processi dell'inchiesta 7 aprile, rappresentando un documento prezioso per osservare le conseguenze estreme cui può condurre l'impiego delle procedure giudiziarie per fini politici, in questo caso -come vedremo a breve- per il linciaggio morale e storico dell'imputato.

Le impostazioni della sentenza che rappresentano le più gravi storture della cultura della giurisdizione improntata ai principi costituzionali sono state molteplici: in primo luogo si può segnalare il prologo, interamente dedicato alla cosiddetta "cultura della violenza". Questa parte della sentenza non prendeva in considerazione documenti politici delle BR o di PL, né tanto meno si appoggiava a considerazioni derivanti dalla storia delle UCC: si operava nel prologo una criminalizzazione indiscriminata della ideologia e delle pratiche di contestazione di tutta la sfera della sinistra extraparlamentare, presentata e qualificata come la causa principale dell'avvento del terrorismo. In questa stigmatizzazione si mescolavano elementi eterogenei: dai corsi universitari delle 150 ore fino a chi sobillava le masse denunciando "lo Stato delle stragi, della corruzione e degli scandali"; fino a prendere di mira chi lanciava campagne politiche contro la repressione nelle università "divenute centri di cultura della violenza", tollerata e finanche protetta e favorita "da singoli e istituzioni"<sup>15</sup>.

<sup>14</sup>NEPPI MODONA Guido, *Quella sentenza tutta da rifare...*, Repubblica, 6-5-1984

<sup>15</sup>FERRAJOLI Luigi, *L'imputato come nemico: un topos dell'emergenza*, Dei delitti e delle pene, 1984, pp. 583-83

Secondo il giudice di primo grado, la cultura della violenza sarebbe stata consustanziale al “terrorismo della parola che procede di pari passo al terrorismo materiale”. Andrea Leoni era stato incaricato di insegnare la lingua inglese nei corsi di 150 ore alla facoltà di Architettura dell'università di Milano: ma secondo i giudici “cosa insegnasse Leoni è chiaro [...] al punto da rinfrescare le sue nozioni di inglese forse soltanto per essere assunto come docente, dato che poi agli operai non insegna questa lingua straniera ma una materia più attuale, quella della lotta armata”. Già definito in sede istruttoria come “individuo di vasta e profonda preparazione teorica anche per la sua decennale militanza politica che in Potere Operaio affonda le sue radici [...] collegato con gli ideologi, i cantori e gli strateghi della lotta armata e della guerra civile”, Leoni è considerato dalla Corte d'Assise di Roma come “il padre o tra i padri della lotta armata in Italia”. Non era accusato di aver commesso nessun delitto specifico, ma nonostante ciò la corte finiva col considerarlo “l'ideologo e il regista delle Unità Combattenti Comuniste, colui che imposta politicamente i programmi e l'ideologia da attuare con la lotta armata, l'ideologo itinerante che porta l'eversione ed il terrorismo in campo nazionale, il terrorista itinerante il cui percorso di vita coincide, purtroppo, con il percorso politico militare le cui tappe sono tutte prove imponenti della sua personale responsabilità [...] è il deus ex machina, il vertice strategico, politico, militare del movimento rivoluzionario, dell'Autonomia Organizzata, vertice che persegue una finalità di egemonia terroristica e rivoluzionaria creando, favorendo e coordinando, forse anche all'insaputa dei gruppi operativi, nuclei di guerriglia, comitati collettivi, cellule, squadre del terrore e della rivoluzione di lunga durata”<sup>16</sup>. Enfatizzare in questo modo la figura di Leoni, segno di una pregiudiziale criminalizzante assai spiccata da parte dei giudici, come si nota dagli epiteti che gli vengono riservati in altre parti del documento, serviva a proporre un'immagine delle UCC tale da “promuoverle” da piccola banda periferica, anche se operante in svariate città italiane, ad “organismo di cerniera” tra BR e Autonomia Operaia per unire in un solo gruppo, secondo il noto teorema Calogero, tutti i movimenti di lotta armata. Le UCC venivano presentate allora come un'organizzazione nazionale articolatissima, dotata di doppi livelli e di nuclei territoriali e logistici polivalenti suddivisi nei settori di Attacco, Informazioni, Tecnica etc etc.

Secondo i giudici dunque “così il cerchio si chiude e prova e controprova, deduzione e induzione, processo di analisi a monte ed a ritroso portano ad un'unica sintesi: Leoni Andrea, ideologo del terrorismo, è uno degli elementi più importanti nella teoria e nella pratica di

---

<sup>16</sup>Tribunale di Roma, Sentenza 22-11-1982, pp. 91-93

quell'organizzazione che è alla fonte di tutto il terrorismo nazionale del periodo”<sup>17</sup>. Sulla base di quali prove Leoni aveva assunto il ruolo di padre della lotta armata in Italia che appena tre anni prima era stato attribuito a Toni Negri? In merito esiste un solo elemento indiziario, peraltro vago: una dichiarazione resa da Ina Maria Pecchia nel luglio 1979 la quale avrebbe incontrato Leoni ad un dibattito d'area nella primavera del 1976, cioè prima che le UCC fossero fondate. Nulla di più. “Prove” a carico vengono però considerate l'incarico ai corsi delle 150 ore, il fatto che Leoni conoscesse diversi imputati inquisiti poi per terrorismo, a partire da quelli coinvolti nel processo 7 aprile, l'essersi trasferito a Milano, “il centro dell'eversione nazionale”. Secondo i giudici tutti “fatti sintomatici gravissimi della sua penale responsabilità”. Si accordava inoltre credibilità ai “si dice” di Libardi e Donat Cattin, senza mai ascoltarli in aula, come accennato, né in corte d'Assise né tanto meno in appello, anche se nelle loro dichiarazioni i due avevano semplicemente supposto che Leoni fosse vicino a certi ambienti politici, non fornendo nessuna indicazione certa in tal senso; al contrario si ritenevano inattendibili i pentiti interni alle UCC quando questi dichiaravano non solo di non conoscere Leoni, ma addirittura di non averne mai sentito parlare. Paradossalmente, la sentenza di primo grado, nella sua abnormità, era stata più coerente di quella d'appello, dato che in questo giudizio i pentiti erano stati ritenuti attendibili, creduti, ma Leoni, benché scagionato totalmente da questi ultimi era stato condannato comunque a 14 anni di reclusione.

In primo grado invece, le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia a discarico erano state ritenute come una “reticenza difensiva diretta a coprire le proprie e le altrui responsabilità per più gravi delitti”<sup>18</sup>; ma anche come una “specifica chiamata in correità”. La sublimazione del paradosso secondo cui la prova esisterebbe a causa della sua inesistenza.

Leoni era dunque ritenuto un capo occulto, proprio come quanto era già accaduto a Toni Negri e sempre secondo un ragionamento circolare e teoremativo; solo che Negri era stato il destinatario di un trattamento meno ostile da parte dei giudici che apostrofavano a più riprese Leoni come un “vile”, come un “Riccardo cuor di leone”, uno “specialista dell'armiamoci e partite”, disprezzando ironicamente a più riprese “l'astuzia del soggetto” e la sua “ipocrisia”<sup>19</sup>: tutto ciò, sebbene fosse noto fin dagli albori dello stato moderno, grazie a Hobbes, che consistessero in una violazione di una delle prime leggi naturali le irrisioni e le parole ingiuriose dei giudici verso i colpevoli, parole che non hanno alcuna attinenza né col diritto né con l'ufficio del giudice.

---

<sup>17</sup>Tribunale di Roma, cit., p. 680

<sup>18</sup>Tribunale di Roma, cit, p. 205

<sup>19</sup>FERRAJOLI Luigi, *L'imputato come nemico*, cit., pp. 592-593

Pur se vile, comunque capo e responsabile della banda per cui, in via deduttiva, gli erano attribuiti tutti i reati commessi da questa. Un livore che arrivava al punto di spingere i giudici a chiedersi se non fosse il caso di rimandare gli atti al PM affinché questo potesse valutare l'opportunità di procedere contro Leoni per il delitto di insurrezione armata contro i poteri dello Stato<sup>20</sup>.

A nulla erano servite le proteste dell'imputato innanzi a un simile congegno: sia in Assise che in appello Leoni aveva fatto presente come avesse partecipato a certi dibattiti dell'area della rivista Senza Tregua, per poi ritirarsi dalla politica all'inizio del 1976 per preparare la laurea in architettura, poi effettivamente conseguita nel luglio dello stesso anno. Aggiungeva poi di aver avuto solo 23 anni all'epoca dei fatti contestati, chiedendo ai giudici come mai potesse essere a quell'età il padre della lotta armata nazionale, condizionando uomini e donne molto più avanti con l'età e con la militanza politica.

Parole vane.

La condanna a 30 anni rimediata in primo grado non è dipesa soltanto da questo congegno politico tradotto in termini giudiziari, vale a dire costruendo il nemico per antonomasia della società; altri meccanismi hanno concorso a determinare l'entità delle pene tanto di Leoni quanto degli altri imputati. Innanzitutto l'abrogazione virtuale per via giudiziaria dell'articolo 309 del codice penale, il quale prevedeva le modalità di non punibilità per il reato di banda armata per chi avesse receduto dalla banda prima di commettere i delitti-scopo per i quali la stessa era stata costituita; considerato che l'elemento del recesso era certo, ammesso anche dal giudice istruttore, l'accertamento rigoroso dell'epoca di uscita dalla banda di ciascun imputato avrebbe dovuto costituire uno degli argomenti centrali del procedimento, tanto più che i pentiti hanno riferito circa l'allontanamento di molti militanti già durante la prima fase di attività della banda, nell'estate del 1976. La corte però aveva liquidato la questione in linea di diritto con il ricorso all'istituto del concorso di reati, sostenendo che i militanti delle UCC formando la banda armata, avessero commesso “ab origine”, automaticamente, il delitto di associazione sovversiva, postulando l'immanenza di una figura nell'altra, con l'armamento a qualificare ulteriormente la forma del reato di sovversione.

Ad eccezione di 3 soli imputati, tutti gli altri erano stati condannati in quanto capi od organizzatori delle UCC, anche stavolta replicando le prassi che avevano contraddistinto l'istruttoria dei vari tronconi del 7 aprile, dal momento che “solo colui che aderisce alla banda senza svolgere alcuna attività o svolgendo compiti meramente esecutivi e non rilevanti” avrebbe

---

<sup>20</sup>BRONZINI Giuseppe, *Si prepara un secondo caso UCC*, Repubblica, 2-6-1984

potuto usufruire delle pene più lievi previste per la mera partecipazione: ma se tutti vengono considerati organizzatori e capi, tutti devono rispondere di tutti i reati commessi dalla banda, anche se non vi è alcuna prova non solo che vi abbiano preso parte materialmente, ma che ne fossero a conoscenza. La sentenza liquidava in due righe il prospettare del problema della responsabilità oggettiva, affermando che questa altro non fosse se non “la foglia di fico del garantismo e soltanto una prospettazione di Soccorso Rosso”. Ultima questione, l'applicazione della legge sui pentiti. In primo grado questi non usufruivano di alcuno sconto di pena perché i giudici reinventavano la norma sulla collaborazione stabilendo che il recesso dai propositi criminosi dovesse essersi verificato prima dell'arresto, non potendosi considerarli attendibili in un rapporto instaurato soltanto dopo la cattura. Artificio giudiziario inedito nella nostra storia processuale, funzionale a modulare le varie sfumature di credibilità in un'ottica esclusivamente proiettata “ad usum accusae”<sup>21</sup>.

Il punto centrale dell'argomentazione della Cassazione è l'adesione chiara ed esplicita all'idea che la capacità astratta di agevolare il reato-fine, derivante dal ricoprire un ruolo di rilievo all'interno dell'organizzazione criminale, e che comporta un'efficacia rafforzativa, istigativa o determinativa, sia già contemplata nella previsione del reato associativo autonomo: «La sola appartenenza all'associazione, ed anche l'eventuale previsione del reato fine, sono di per sé inidonee a far ritenere responsabile come compartecipe il singolo associato rimasto estraneo all'ideazione e all'esecuzione del reato fine, in mancanza di una prova sicura circa il suo volontario apporto causale alla commissione del fatto, sia pure sotto forma di istigazione o di agevolazione causalmente rilevanti rispetto alla realizzazione del reato fine, perché per la sussistenza del dolo di partecipazione non basta la semplice consapevolezza di concorrere all'altrui azione criminosa, ma occorre la volontà di contribuire con il proprio operato alla verificazione del fatto. In base a questi principi, se non appare censurabile la decisione dei giudici di merito riguardo al riconoscimento di poteri deliberativi in modo collegiale a tutti i componenti ritenuti come organizzatori dei singoli nuclei della banda, appare invece del tutto arbitraria l'attribuzione ad essi, indistintamente ed in blocco [...], di tutti i delitti rivendicati dai rispettivi nuclei di appartenenza [...]. Si tratta di un criterio di valutazione schematico e meccanicistico, che si risolve in una presunzione assoluta di responsabilità, in una sorta di giustizia sommaria, del tutto estranea alla nostra civiltà giuridica»<sup>22</sup>.

Che si sia trattato di una “violenza giudiziaria” programmata o di un “marasma generale” che, come aveva detto Giorgio Bocca, permettesse, nello stesso giorno, di leggere

---

<sup>21</sup>FERRAJOLI Luigi, *L'imputato come nemico*, cit., p. 592

<sup>22</sup>Cass., Sez. I, 31 maggio 1985, Pecchia ed altri, in *Cass. pen.*, 1986, I, 696.

della concessione della libertà condizionata ad un terrorista come Sandalo e della condanna a 30 anni di uno come Leoni che non era stato formalmente accusato di nessun reato specifico ma soltanto di essere versato e competente in questioni teoriche, resta il fatto che la storia del processo alle UCC è ancora un capitolo non scritto della storia della repressione penale e politica degli anni di piombo e dell'emergenza. Un capitolo che dovrebbe essere scritto al più presto, per capire se, malgrado l'emergenza, sia esistita, in Italia, durante quegli anni, una "cultura giuridica" degna di essere considerata tale.

Un ulteriore banco di prova per la problematica del concorso del partecipe qualificato nei delitti-scopo si è presentato con un caso di notevole risonanza mediatica, di fine anni '80, nel quale le Sezioni Unite hanno ribadito quanto già affermato nelle precedenti sentenze di legittimità.

Il caso riguarda l'omicidio del commissario della Polizia di Stato Luigi Calabresi, attribuito all'organizzazione "Lotta Continua". La Corte d'Assise d'Appello di Milano aveva condannato gli imputati Marino, Sofri, Pietrostefani e Bompressi in virtù della loro posizione preminente nel gruppo, dopo un'approfondita analisi della struttura rigidamente gerarchica e verticistica dell'organizzazione illegale. La Corte d'Appello aveva evidenziato che il ragionamento dei giudici era viziato dal presupposto fondamentale che "Sofri e Pietrostefani, in quanto dirigenti di alto livello del movimento e dell'organizzazione, o in quanto organizzatore della struttura illegale per Bompressi, non potevano dichiararsi estranei alle decisioni prese dagli organismi di cui erano stati parte, né addurre di non sapere e di non avere controllato l'iniziativa politico-delinquenziale dell'omicidio o di non averne avuto comunque parte". In sintesi, quanto ammesso dalla Corte d'Assise d'Appello entra in netto contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza e con la regola che disciplina l'onere della prova nel processo penale. Il giudizio ancorava la prova del concorso morale allo status di dirigente od organizzatore, basandosi su un criterio congetturale che presumeva che il dirigente o l'organizzatore di un'associazione dovessero essere consapevoli e coinvolti, almeno moralmente, nel reato-fine attribuibile all'associazione stessa. Come già sottolineato, seguendo il percorso adottato dal giudice di merito, rimarrebbe indimostrato il nesso causale oggettivo e l'aspetto psicologico-soggettivo del reato. La posizione apicale del soggetto può essere valutata, ma solo se integrata con altri elementi specifici, in un contesto in cui la sua singola rilevanza generica viene superata dalla rilevanza dell'insieme degli elementi probatori<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup>Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino e altri, in *Foro it.*, 1993, II, 209.

### **Intermezzo mafioso**

Definire la mafia come una macrostruttura di potere dotata di plurisoggettività, apparato organizzativo e sistema normativo (ancorché non scritto) conduce a considerare la Cosa Nostra come un'organizzazione unica, centralizzata e gerarchica, una visione che ha influenzato notevolmente l'impianto e lo svolgimento dei cosiddetti maxi-processi degli anni '80 e '90.

La comprensione di un sistema "giuridico" del genere, costituito da istituzioni e norme comportamentali, è stata agevolata dalla collaborazione dei cosiddetti "pentiti", in particolare attraverso le informazioni chiave riunite nel cosiddetto "teorema Buscetta" che ha fornito uno schema essenziale per l'incriminazione dei vertici della gerarchia mafiosa, soprattutto negli anni '90.

In primo luogo, secondo il teorema in questione, la Commissione rappresenta l'organo supremo dell'associazione. È responsabile di deliberare o autorizzare gli "omicidi eccellenti", crimini che, per la loro importanza e le reazioni previste dello Stato, sono in grado di avere ripercussioni significative all'interno dell'organizzazione mafiosa. Se tali delitti vengono effettivamente commessi, ciò implica che siano stati preventivamente deliberati o autorizzati dalla Commissione.

Però, non sempre le decisioni della Commissione sono esplicite: più spesso sono espresse implicitamente, attraverso comportamenti concludenti. Infine, le decisioni prese dalla Commissione a maggioranza vincolano anche i membri che non sono d'accordo; l'unico modo per evitare la responsabilità penale derivante da tali decisioni è dissociarsi definitivamente dall'associazione criminale.

L'accettazione di una visione unitaria e gerarchica della mafia ha fornito una base per il primo maxi-processo, pietra miliare che ha confermato i risultati dell'indagine del primo pool antimafia del Tribunale di Palermo. Questa tesi può essere dibattuta, ma è estremamente funzionale a una strategia processuale centralizzata di un tipo simile a quelli analizzati sino ad ora.

La Corte di Cassazione non ha messo in discussione l'approccio del maxi-processo né il criterio di attribuzione della responsabilità adottato dal giudice di secondo grado; tuttavia, nell'ambito del controllo di legittimità, ha attribuito un significato rilevante al consenso tacito o passivo. Secondo quanto stabilito nella massima della sentenza: "Tale consenso non si sottrae - all'evidenza - alla categoria degli atti concorsuali (art. 110 c.p.), nelle forme specifiche della istigazione o soltanto del rafforzamento dell'altrui determinazione volitiva; esso contiene i

necessari elementi del dolo e dell'efficacia causale rispetto all'evento [...], salva la prova contraria e concreta dell'inesistenza di un nesso causale per l'inefficacia del rafforzamento rispetto all'altrui volontà, se capace comunque di svolgersi autonomamente ed indipendentemente per il compimento del fatto".

Nel giudizio di secondo grado, l'uso dell'espressione "consenso tacito" faceva riferimento a una sorta di approvazione o adesione morale, comportamenti che tradizionalmente si collocano al di fuori dell'ambito del concorso. Tuttavia, è proprio questa interpretazione che ha reso il ricorso di legittimità giustificato. La Corte di Cassazione ha precisato che l'atteggiamento di un membro della Commissione che si limita ad "approvare implicitamente, pur potendo impedirla, un'iniziativa criminosa relativa a un delitto 'eccellente' proveniente da altri associati" rientra pienamente nella categoria di concorso.

In realtà, la decisione affronta una questione di natura processuale e probatoria. A causa delle evidenti difficoltà nel provare un effettivo concorso morale, si fa ricorso a una sorta di concorso morale presunto, dedotto logicamente dal cosiddetto "teorema Buscetta", con un chiaro ribaltamento dell'onere della prova.

Nella motivazione precedentemente citata, il consenso tacito viene considerato come una condotta con efficacia causale e accompagnata dal corrispondente elemento soggettivo. Alla luce di tali affermazioni, emerge la fragilità e la sfumatura della disciplina sulla compartecipazione criminosa contenuta nel codice.

Ancora una volta, come già evidenziato nella giurisprudenza sulla "lotta al terrorismo", si abbandona un'approccio più garantista a favore di un duplice obiettivo: semplificare la prova della responsabilità dei soggetti in posizione apicale all'interno delle organizzazioni criminali e evitare che il carico sanzionatorio previsto per questi partecipi qualificati sia inferiore rispetto a quello previsto per gli esecutori materiali del delitto, poiché si basa unicamente sull'applicazione della fattispecie associativa, senza la necessità di dimostrare il concorso<sup>24</sup>.

### **Il caso Craxi: imputazioni senza fatto di reato**

L'istruzione dei processi di Mani Pulite si è basata su un meccanismo passato alla storia come "dazione ambientale", Combinando e de-formalizzando gli elementi costitutivi dei reati di abuso di ufficio, corruzione e concussione, i giudici di Milano hanno forgiato una figura delittuosa mista, molto simile all'imputazione politica quanto a vaghezza, elasticità, flessibilità.

---

<sup>24</sup> Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate e altri, con nota di FIANDACA Giovanni, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola di «cosa nostra»*, in *Foro it.*, 1993, II, 15

Il sillogismo che ne consegue non dà scampo: la premessa maggiore contempla che l'ambiente politico-economico sia corrotto; la premessa minore vede l'indagato/imputato far parte di quell'ambiente; la conclusione è che l'imputato è corrotto. Gettando la rete giudiziaria su un intero ambiente, per definizione corrotto e popolato da concussori, chi ne fa parte, automaticamente è da inquisire. Spetta a chi cade nella rete dimostrare la propria innocenza; vige, nella pratica, l'inversione dell'onere della prova. Dimostrazione di innocenza che gli indagati non possono fornire agevolmente; stante l'appiattimento pedissequo del Gip Ghitti alle richieste della Procura -come avrebbe ammesso lo stesso subito prima di passare al CSM- giusto con un paio di note a margine dei provvedimenti di richiesta della custodia cautelare, per evitare "noiose camere di consiglio", si procede ad arresti a getto continuo con risvolti mediatici altamente spettacolari. Il partito politico maggiorante colpito dalle inchieste di Mani Pulite è il PSI<sup>25</sup>.

Le dichiarazioni rese da un altro importante esponente socialista pochi giorni prima del primo avviso di garanzia a Craxi, Giacomo Mancini, saranno devastanti per il segretario politico socialista. Ascoltato dai magistrati il 18 novembre 1992, in merito ai finanziamenti illegali ottenuti dal PSI da grossi gruppi imprenditoriali come Montedison, Fininvest, il gruppo Ligresti, fino all'operazione Enimont, Mancini aveva affermato che "la posizione del segretario amministrativo, dell'on. Balzamo nella specie, è stata sicuramente quella di referente nelle questioni riguardanti i singoli appalti, ma non può considerarsi la figura centrale del complesso delle operazioni politiche e finanziarie che hanno avuto come protagonista con gli altri partiti anche il PSI nella persona del suo segretario on. Bettino Craxi, al quale devono riferirsi anche le decisioni sulle entrate provenienti dai gruppi finanziari in questione. Mi riferisco sia alle entrate effettuate nel rispetto della legge sul finanziamento ai partiti, sia e soprattutto alle entrate provenienti al di fuori della legge sul finanziamento ai partiti o addirittura da accordi non leciti". Una formula, quella sulla "riferibilità a Craxi" degli illeciti compiuti per finanziare il PSI che i magistrati della procura di Milano faranno propria, sulla scorta delle numerosissime dichiarazioni che raccoglieranno, tra il 1992 e il 1993, da imprenditori, collettori di tangenti, esponenti regionali e nazionali dello stesso partito, nell'ambito di numerose inchieste le quali coinvolgono centinaia di aziende e di enti pubblici che vanno dalle tangenti per Enel ai fondi neri Eni e Montedison, fino ai reati commessi per gli accordi conclusi nell'ambito dei procedimenti Enimont, Eni-Sai, Metropolitana Milanese, Conto protezione, Cariplo,

---

<sup>25</sup>Rinvio al mio *L'affaire Craxi*, Storia dei grandi segreti d'Italia, RCS MediaGroup, 2023, pp. 74 ss

Cooperazione internazionale, All Iberian e altri ancora, assorbendo anche inchieste che saranno poi giudicate dal Tribunale di Roma come il caso Intermetro.

In questo biennio, personaggi come gli imprenditori Ligresti, Bitetto, De Toma e Lodigiani, esponenti politici come Loris Zaffra e Sergio Radaelli, collettori di denaro nero come Larini, Prada, Carnevale, Sama, Tradati, descriveranno ai PM del pool di Mani pulite il sistema del cosiddetto “albo degli imprenditori”, cioè di come fosse necessario versare tagneti ai partiti, in particolare alla DC e al PSI, secondo i dichiaranti, per essere ammessi al “sistema” tangentopoli ed usufruire della rotazione dell’assegnazione degli appalti. Per quanto riguarda il PSI, i magistrati ricostruiscono il sistema di accordi locale e nazionale, strutturato attraverso il passaggio di denaro a mano o attraverso l’uso di conti correnti esteri che assicuravano un finanziamento costante al partito; per i PM, se il segretario amministrativo Balzamo era il percettore materiale di questo denaro, Craxi doveva ritenersi in maniera logicamente incontrovertibile il ricevente ultimo, dato che le numerose testimonianze a carico che i magistrati considerano come chiamate di correttezza, riferiscono di come il capo politico socialista non solo si informasse costantemente sulle commesse, ma di come anche sollecitasse i versamenti di denaro in nero fin dal momento delle nomine del fiduciario per i conti esteri del partito o di determinati personaggi posti a capo di aziende o enti pubblici, come nel caso di Antonio Natali e Claudio Dini per la MM: per i giudici, fin dal momento della nomina si sarebbe consumato l’illecito, dal momento che l’incaricato o il fiduciario era implicitamente investito del compito di procacciare i finanziamenti illegali.

Per chi accusa Craxi, nessuna operazione di finanziamento al PSI si sarebbe potuta svolgere senza che il segretario politico ne fosse a conoscenza o avesse dato il proprio assenso, in virtù anche della vicinanza o dell’amicizia personale tra lo stesso segretario e chi si occupava di garantire le collette di denaro.

In altre parole, secondo i magistrati, ogni episodio delittuoso che ricade nell’ambito dei reati di corruzione, concussione, ricettazione, finanziamento illecito, anche se è stato materialmente commesso da altre persone, deve essere comunque contestato anche a Craxi in qualità di concorrente, giacché si legge sia negli avvisi di garanzia che nelle richieste di autorizzazione a procedere che “poiché l’onorevole Craxi non era un estraneo alla struttura centrale del partito ( anzi ne era il massimo esponente, e evidentemente concorreva non solo alle decisioni di spesa, ma anche a quelle di entrata che ne erano il presupposto), e poiché era direttamente e personalmente coinvolto a livello locale nelle attività illecite di cui si è detto, doveva essere a conoscenza, almeno nelle linee generali, dell’esistenza di somme illecitamente pervenute al partito [...] emerge perciò un quadro complessivo che vede l’onorevole Craxi al

centro delle decisioni cruciali che mettono capo al finanziamento del partito o di sue articolazioni e delle nomine degli uomini che a ciò debbono provvedere, oltre che diretto autore di interventi di protezione a favore di chi ha versato denaro, nonché destinatario, direttamente o indirettamente, personalmente o in relazione ad articolazioni del PSI riconducibili alla sua persona, di gran parte delle somme riscosse in sede locale. Lo stesso parlamentare è intervenuto più volte pubblicamente su fatti afferenti la presente vicenda giudiziaria rilasciando varie dichiarazioni, sia in sede parlamentare sia in altre occasioni. Appare opportuno riportare alcune di tali dichiarazioni e cioè quelle rese nella seduta del 3 luglio 1992 della Camera dei deputati in quanto perfettamente coerenti con il quadro rassegnato. Le menzionate dichiarazioni sono infatti ulteriore indice della conoscenza da parte dell'onorevole Craxi dei meccanismi di illecito finanziamento del PSI e anzi, per l'autorità della assemblea avanti la quale sono state rese e la solennità del tono usato, assumono, in ordine ai reati contestati, inequivoco valore di confessione stragiudiziale”.

Craxi unitamente ai suoi legali, protesta fin dal principio delle inchieste di essere caduto in un teorema politico e giudiziario che vede l'invenzione della sua responsabilità come concorrente in virtù di una responsabilità oggettiva non prevista dal diritto penale italiano. Gli avvocati di Craxi lamentano da subito l'assenza, nelle dichiarazioni contro Craxi, di qualsivoglia elemento che attesti la partecipazione materiale dello stesso ai fatti in esame. Secondo Lo Giudice e Guiso non esiste una sola testimonianza in cui si affermi che Craxi abbia percepito materialmente somme di denaro o che abbia partecipato a qualsivoglia accordo: si è inventata la figura del ricevente finale soltanto per poter estendere l'uso dell'istituto del concorso morale nel reato nei confronti del loro assistito.

Per i legali del leader socialista, Craxi smette di essere tale per diventare di volta in volta Larini, Ligresti, Zaffra, Radaelli, Balzamo e così via, compiendo “spiritualmente” i reati commessi materialmente da altri. Inoltre, il segretario politico del partito non può essere perseguito penalmente solamente sul presupposto del suo ruolo centrale e della sua influenza secondo cui non poteva non essere a conoscenza della natura dei finanziamenti che arrivavano al partito e dunque di tutte le operazioni ad essi connesse. Ogni posizione giuridica deve essere valutata singolarmente, non potendo, per principio, in ossequio e in linea con le campagne di aggressione giornalistiche e televisive estendere la responsabilità penale per interposta persona, figurando Craxi ogni volta come il terminale di ogni accordo e come il ricevente finale di somme che non ha mai percepito.

Per i PM del pool di Milano, nonostante gli enormi versamenti annuali al partito, le casse del PSI risultano sempre in rosso, per cui deducono che il segretario politico abbia potuto

trattenere per sé gran parte delle somme in questione, procedendo così per i reati di corruzione, di concussione e, in alcuni casi, di ricettazione.

A Craxi vengono così inviate 26 comunicazioni di garanzia, la prima il 15 dicembre 1992, tutte le altre nel corso del 1993: 27 gennaio, 2 febbraio, 9 febbraio, 17 febbraio, 15 marzo, 17 marzo, 22 marzo, 29 marzo, 31 marzo, 14 aprile, 4 maggio, 11 maggio, 19 maggio, 21 maggio, 24 maggio, 25 maggio, 4 giugno, 5 giugno, 8 giugno, 12 giugno, 21 giugno, 28 luglio, 24 settembre, 7 ottobre, 16 ottobre. Le richieste di autorizzazione a procedere saranno invece 18, tutte inviate nel 1993: 3 gennaio, 29 gennaio, 10 febbraio, 3 marzo, 5 marzo, 11 marzo, 13 aprile, 14 maggio, 16 maggio, 20 maggio, 17 giugno, 7 luglio, 6 agosto, 19 ottobre due richieste, 22 ottobre, 29 ottobre, 4 novembre.

Secondo la stampa si tratta dell'attacco decisivo al sistema della corruzione italiano; per gli avvocati di Craxi e per i pochi compagni che gli restano accanto, si è di fronte invece ad un rituale giudiziario di liquidazione<sup>26</sup>.

Interessanti le considerazioni svolte dalla VI sezione penale della Cassazione nella sentenza del 16 aprile 1998, in merito al processo Metropolitana Milanese: questa non solo accoglie il ricorso proposto dai legali di Craxi contro le condanne per il caso MM, ma argomenta l'annullamento della sentenza della Corte d'appello di Milano avvalorando sostanzialmente l'impostazione difensiva assunta dallo stesso Craxi e dai suoi legali fin dal 1992. Vale la pena riportare i passi più importanti.

Sostiene infatti la sesta sezione penale della Cassazione che “i ricorsi sono fondati e vanno accolti [...] La pronuncia di colpevolezza di Benedetto Craxi riposa sostanzialmente sul seguente teorema: Craxi aveva ricoperto, tra il 1976 e il 1992, la carica di segretario politico nazionale del PSI e aveva gestito il partito con metodi di forte accentramento e personalizzazione, tanto da avere eliminato, di fatto, la concreta operatività delle correnti interne e da avere fatto pesare, in modo determinante, il suo punto di vista personale su qualsiasi scelta concernente la vita del partito, che aveva finito per gravitare, nel periodo precisato, intorno al suo leader e aveva acquisito, soprattutto nell'area milanese, un rilevante peso politico [...] la posizione verticistica del Craxi e l'impostazione gestionale del partito da parte del medesimo conclamavano il suo concorso nei reati ascrittigli, sia sotto il profilo morale sia sotto quello materiale [...] La dimostrazione di tale teorema è affidata, nella sentenza impugnata, oltre che alle parziali ammissioni del prevenuto, essenzialmente alle dichiarazioni accusatorie di Silvano Larini, coimputato, le quali sarebbero intrinsecamente attendibili [...] L'iter

---

<sup>26</sup>Op. cit. pp 88 ss

argomentativo seguito dalla Corte territoriale non può essere condiviso [...] Tale metodologia motivazionale non è corretta, perché non fa buon governo dei principi generali in tema di prova e di sua valutazione, nonché delle norme relative al concorso di persone nel reato”.

Sulla credibilità del Larini la Cassazione prosegue sostenendo che questa “invero, è stata risolta dai Giudici di merito esclusivamente in base alle circostanze che il medesimo era vincolato da un "forte legame di amicizia con l'imputato" e che era stato direttamente coinvolto dal 1987, quale collettore per conto del PSI, nel sistema degli appalti della MM. Nessun accenno si è doverosamente fatto alla precisione e alla coerenza delle sue dichiarazioni in rapporto a quella che è la postulazione accusatoria, recepita integralmente nel giudizio di condanna [...] Si è attribuito giustamente rilievo preminente e decisivo alla circostanza, sempre riferita dal Larini, relativa al recapito delle buste contenenti il denaro contante presso l'ufficio del Craxi, in Piazza Duomo a Milano, e si è individuato il riscontro esterno a tale circostanza nelle dichiarazioni di Enza Tommaselli, segretaria del Craxi, la quale aveva ammesso la consegna, a sue mani, del denaro; l'argomento, però, attraverso il quale si è voluto accreditare, con non poca forzatura, la tesi della destinazione finale del denaro alla persona dell'imputato, non convince per la disinvoltura che lo caratterizza, in quanto non considera (e non spiega il perché) la precisazione perentoria della Tommaselli, secondo la quale il Craxi era rimasto sempre estraneo ai meccanismi di raccolta e gestione del denaro, destinato, invece, a chi si occupava delle esigenze finanziarie del partito a livello locale o nazionale”. Secondo la Corte, quindi, perché credere incondizionatamente a Larini e non alla segretaria di Craxi? Si sarebbe dovuto approfondire il punto.

Per la suprema Corte l'errore logico si somma a quello giuridico in maniera dirompente dal momento che “la tesi seguita dai Giudici di merito è viziata da un evidente errore di diritto, che inquina il decisivo passaggio logico del ragionamento di fondo, posto a base della pronuncia di condanna: dalla riferibilità degli episodi di illecito finanziamento, di corruzione e di controllo degli appalti pubblici al "sistema" innanzi illustrato, voluto – per convergenti interessi – dai partiti politici e dal mondo imprenditoriale, si passa alla riferibilità di tali illeciti al chiamato in correità, che era al vertice del suo partito e lo gestiva da accentratore. Una siffatta proposizione si pone in deciso contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza (art.27 Cost.) e con la regola che disciplina l'onere della prova nel giudizio penale, perché essa ancora la prova della responsabilità del Craxi al suo "status" di segretario politico del partito, muovendo non da una consolidata regola di esperienza ma da un parametro di tipo congetturale, per il quale il segretario politico di un partito, gestito con metodi di forte accentramento, non può non essere consapevole e partecipe, quanto meno moralmente, dei reati

commessi dai referenti del partito, che strumentalizzano le funzioni esercitate all'interno di una P.A., per soddisfare esigenze finanziarie del partito medesimo. Così ragionando, si ledono i principi che regolano il concorso ex art. 110 c.p., restando indimostrati il collegamento causale della condotta del prevenuto con i fatti e il suo contributo, sia pure solamente morale, ai reati specifici; e il consapevole legame di un apporto finalistico alla realizzazione di essi, che da tutti i concorrenti deve essere oggetto di rappresentazione e volizione”.

Pertanto, continua il giudice di legittimità, “il ruolo verticistico e preminente ricoperto dal Craxi in seno al suo partito ha una sua valenza, ma, da solo, non è risolutivo ai fini della dimostrazione del concorso nel reato; per soddisfare tale prospettiva, il detto "status" deve integrarsi con un complesso di altri elementi specifici e concreti, nel quale – per la rilevanza dell'insieme – la soglia della sua singola rilevanza generica deve essere superata. La sentenza impugnata ha supportato, sul piano motivazionale, il cennato principio di fondo cui si è ispirata e quindi la sussistenza del concorso del Craxi con una serie di considerazioni generiche e, per lo più, assertive, le quali non offrono la certezza della colpevolezza dell'imputato [...] L'aver il Craxi, "con l'autorità che gli derivava dalla massima carica interna, avallato le iniziative di Balzamo, comprese quelle che avrebbero potuto avere ripercussioni pregiudizievoli sulla immagine del partito", non significa, di per sé, avere concorso nel reato”.

Secondo la Cassazione i giudici di merito hanno condannato Craxi secondo un ragionamento circolare, una petizione di principio, non dimostrata tanto da affermare che non si comprende come Craxi, per il solo fatto di sapere e di informarsi avesse poi partecipato alla fase preparatoria del congegno utilizzato per assicurarsi i finanziamenti illeciti per il partito: “questa inerzia di fronte alla chiara commissione di illeciti di rilevanza penale da parte di soggetti che, a vario titolo, gravitavano nell'area del partito ed operavano per esso può integrare gli estremi del concorso omissivo? La risposta non può che essere negativa, considerato che in capo al prevenuto non esisteva una "posizione di garanzia", avente come specifico contenuto l'impedimento di reati del tipo di quelli di cui si discute: la posizione di garanzia implica la titolarità (da parte del garante) di un potere giuridico idoneo a impedire il compimento di taluni reati, potere che esula dalle funzioni esercitate dal segretario politico di un partito”<sup>27</sup>.

Per queste ragioni la Corte di Cassazione annulla la sentenza di condanna con rinvio, ordinando la celebrazione di un nuovo processo di appello, dal momento che Craxi non avrebbe dovuto essere condannato sul doppio presupposto teoremativo fondato sull'assunto che non poteva non sapere, ma soprattutto che sulla base di questo assunto, dato che non esisteva una

---

<sup>27</sup>Cass., Sez. VI, 16 aprile 1998, Craxi e Civardi, in *Riv. pen.*, 1998, II, 672 ss.

posizione di garanzia a carico del segretario politico del partito circa l'operato dell'amministrazione, non potesse anche non volere gli illeciti commessi. Secondo questa sezione della Cassazione, in più, Craxi non avrebbe dovuto essere condannato sulla base della presunzione che qualunque dichiarazione resa da un qualsiasi soggetto processuale sulla sua persona costituisca un indizio o una prova a suo carico e che tutte queste dichiarazioni fossero automaticamente attendibili senza necessità di essere riscontrate, soprattutto nel caso della chiamata di correità, caso in cui il soggetto che la produce può avere molti interessi nel porla in essere diversi da quelli dello stabilimento della verità processuale. Una tale modalità d'azione per i giudici della suprema corte avrebbe inoltre causato l'inversione dell'onere della prova, rendendo praticamente quasi impossibile l'attività difensiva dato che, secondo le modifiche all'art. 513 cpp, i chiamanti in correità potevano avvalersi della facoltà di non rispondere sottraendosi in tal modo al controesame, ma il pubblico ministero poteva richiedere la lettura in dibattimento delle dichiarazioni rese durante la fase d'indagine, dichiarazioni che, una volta lette in aula, entravano a far parte del fascicolo dibattimentale.

Solo che la Cassazione non aveva indicato i criteri a cui attenersi per il giudizio di rinvio, istruito in poco più di 20 giorni. Craxi viene nuovamente condannato sulla scorta dei principi censurati dalla VI sezione penale della Suprema Corte, prima che un'altra sezione di quest'ultima non confermasse il giudizio sostenendo l'applicabilità in questo caso della cosiddetta prova logica.

## **Bibliografia**

BRONZINI Giuseppe, *Si prepara un secondo caso UCC*, Repubblica, 2-6-1984.

CONTESSI Luigi, *I processi di Mosca. Le requisitorie di Vychinsky, le accuse del breve corso e la denuncia di Khrushchev*, Il Mulino, 1970.

FERRAJOLI Luigi, *L'imputato come nemico: un topos dell'emergenza*, Dei delitti e delle pene, 1984.

FIANDACA Giovanni, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola di «cosa nostra»*, in *Foro it.*, 1993, II, 15.

FIorentino Dario e CHIARAMONTE Xenia, *Il caso 7 aprile. Il processo politico dall'Autonomia Operaia ai No Tav*, Mimesis, Law-without-Law, 2019.

FIorentino Dario, *Il processo 7 aprile e il teorema Calogero*, Storia dei grandi segreti d'Italia, Rcs MediaGroup, 2023

FIorentino Dario, *L'affaire Craxi*, Storia dei grandi segreti d'Italia, RCS MediaGroup, 2023.

MANCONI Luigi, *Il processo-guerriglia*, Il Messaggero, 18-7-1984.

MASTROGIACOMO Daniele, *Per la Cassazione è finita l'emergenza del terrorismo*, Repubblica, 2-6-1985.

NEPPI MODONA Guido, *Quella sentenza tutta da rifare...*, Repubblica, 6-5-1984.

**Submissão: 15/11/2024. Aprovação: 02/12/2024.**

## DEMOCRACIA NAS TRINCHEIRAS: EMERGÊNCIA E GUERRA COMO TECNOLOGIAS DE GESTÃO DA CONTINGÊNCIA\*

*DEMOCRACY IN THE TRENCHES: EMERGENCY AND WAR AS TECHNOLOGIES  
FOR MANAGING CONTINGENCY*

Luciano Nuzzo<sup>1</sup>

*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

### **Resumo:**

Há pelo menos vinte anos, assistimos ao uso cada vez mais generalizado e comum de instrumentos excepcionais para enfrentar emergências sociais, econômicas, políticas ou sanitárias. O que me parece novo, no entanto, é a estabilização de um dispositivo de segurança que, por um lado, generaliza e normaliza a crise e, por outro, internaliza a exceção, permitindo que funcione como uma prática de governo, gestão e administração da contingência. A segurança torna-se o pré-requisito e o objetivo da política. Esse artigo quer refletir sobre duas consequências desse processo. A primeira, é a dimensão autoimune das democracias contemporâneas. O fato que as democracias se protegem e se alimentam se limitando e se ameaçando por si mesmas. A segunda é a generalização da guerra e da emergência. Sob essa perspectiva, a guerra reativa o aparato de segurança no novo cenário global, utilizando instrumentalmente a crise e a emergência como articulações da governança neoliberal. Numa perspectiva filosófica política, a análise proposta mira desconstruir as categorias da tradição política e jurídica moderna e, ao mesmo tempo, através da mobilização de conceitos e pensadores contemporâneos, o artigo se interroga sobre a possibilidade de uma democracia por vir.

### **Palavras-chave:**

Democracia. Guerra. Emergência. Autoimunidade. Crítica.

### **Abstract:**

For at least twenty years, we have witnessed the increasingly widespread and common use of exceptional instruments to address social, economic, political, or health emergencies. What seems new to me, however, is the stabilization of a security apparatus that, on one hand, generalizes and normalizes crisis and, on the other, internalizes the exception, allowing it to function as a practice of governance, management, and administration of contingency. Security becomes the prerequisite and objective of politics. This article aims to reflect on two consequences of this process. The first is the autoimmune dimension of contemporary democracies: the fact that democracies protect and sustain themselves by limiting and threatening themselves. The second is the generalization of war and emergency. From this perspective, war reactivates the security apparatus in the new global scenario, instrumentally using crisis and emergency as articulations of neoliberal governance. From a philosophical-political perspective, the proposed analysis seeks to deconstruct the categories of modern political and legal tradition and, at the same time, through the mobilization of contemporary concepts and thinkers, the article questions the possibility of a democracy to come.

### **Keywords:**

Democracy. War. Emergency. Autoimmunity. Critique.

---

\* Artigo traduzido por Daniel Cardoso Morosini, mestrando no PPGD/UFRJ.

<sup>1</sup> Professor adjunto do Departamento de Teoria do Direito na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), além de professor do Programa de Pós-Graduação em Teorias Jurídicas Contemporâneas (PPGD/UFRJ). Em licença sem vencimentos, é Professor associado de Filosofia do Direito do Departamento de Ciências Jurídicas na Università del Salento, onde também esteve como professor do Doutorado Internacional Diritto e sostenibilità. Possui Doutorado em Direito pela Università del Salento.

Assim como o próprio fascismo, os robôs são ao mesmo tempo lançados e sem sujeito. Como ele, associam a mais extrema perfeição técnica à completa cegueira. Como ele, provocam terror mortal e são inteiramente em vão. – "Eu vi o espírito do mundo", não a cavalo, mas com asas e sem cabeça, e isso no mesmo passo refuta a filosofia da história de Hegel [Theodor W. Adorno, *Minima Moralia*].

## 1 INTRODUÇÃO

A premissa a partir da qual gostaria de começar este artigo é a seguinte. Assistimos, há pelo menos vinte anos, ao uso cada vez mais difundido e comum de instrumentos excepcionais para lidar com emergências sociais, econômicas, políticas e de saúde. As crises e os instrumentos de emergência sempre funcionaram em conjunto e de forma circular. E isso não é uma novidade. O evento excepcional como tal é inacessível. O caráter excepcional do evento depende de um observador que o constroi como tal. Depende, em outros termos, de ser interpretado e representado como excepcional. Depende, em última análise, da utilização de uma distinção entre normal e excepcional que permite construir o mundo e qualificar um evento como excepcional (NUZZO, 2017: 309).

A representação da exceção antecipa o próprio evento, produzindo e determinando consequências excepcionais. A exceção não é uma situação real, objetiva, depende do poder de declará-la como tal. Isso significa que o evento é o resultado de uma construção, depende da sua representação. E, ao mesmo tempo, a representação, se refletindo sobre o evento e tornando-o excepcional, produz efeitos, realmente, excepcionais.

Em um famoso ensaio dos anos vinte, o jurista alemão Carl Schmitt escreveu que a decisão sobre o estado de exceção é uma decisão iminente, portanto infundada normativamente, porque decide tanto sobre o fato de que o caso extremo de emergência existe, quanto sobre o fato do que deve ser feito para superá-lo (SCHMITT, 1998: 33).

O que me parece novo, no entanto, é a estabilização de um dispositivo de segurança que, por um lado, generaliza e normaliza a crise e, por outro, internaliza a exceção, permitindo que ela funcione como uma prática ordinária de governo, gestão e administração da contingência. A segurança, o controle da realidade da ameaça, torna-se o pré-requisito e o objetivo da decisão política. Mas o objetivo, a segurança, *retroflète-se* sobre o objeto em relação ao qual se define como a solução. A ameaça é o que deve ser negado, segurança é o que deve ser realizado através da negação da negação. Dessa forma, a ameaça adquire consistência ontológica, existe independentemente dos discursos, práticas e formas com os quais é

representada (ESPOSITO, 2018: XII). Estabiliza-se por meio de práticas discursivas que assumem sua normalidade na medida em que a representam como a realidade da realidade.

Este dispositivo de segurança, na medida em que ontologiza a ameaça e generaliza a crise, produz duas consequências. A primeira consiste no fato de que a atenção da opinião pública, assim como dos decisores políticos, está normalmente orientada à "realidade" da ameaça e à sua avaliação, sem nunca, ou muito raramente, avaliar os riscos e custos, ganhos e perdas associados à ameaça propriamente dita. A segunda consequência tem a ver com a temporalidade, ou seja com a tendência, típica de situações de crise, de centralizar, verticalizar ou delegar as decisões para grupos restritos de "técnicos". A urgência leva a encurtar o tempo das decisões, investindo o governo ou alguns setores do governo de um poder de gestão tanto maior quanto maior for o perigo percebido. A urgência torna-se, em outras palavras, uma oportunidade de reformular os limites, o equilíbrio de forças existentes em um determinado momento.

O primeiro ponto que gostaria de abordar diz respeito, portanto, ao presente da democracia, aos seus limites e às suas possibilidades. Uma questão dupla está em jogo aqui. De um lado, todos os atos de proteção implicam uma definição imunológica da comunidade. O sistema imunológico, escreve Luhmann (1984; 1993), deve estabilizar a autorreprodução de ataques externos, defendê-la e protegê-la contra interferências do ambiente. Os mecanismos imunitários operam através uma seletividade que discrimina entre interno e externo, entre "sim" e "não", entre o que pode ser absorvido e o que deve ser rejeitado (DE GIORGI, 2024: 32). Isto significa, obviamente, que os sistemas sociais funcionam através do uso seletivo da distinção entre inclusão e exclusão, mas, ao mesmo tempo, significa que a imunização se estabiliza produzindo cada vez mais excedentes. Os mecanismos imunológicos, portanto, podem proteger a sociedade de si mesma só através da formulação e afirmação de hierarquias de corpos, corpos imunes e corpos perigosos, potencialmente arriscados, que devem ser excluídos em um ato de proteção imunológica<sup>2</sup>. Por outro lado, todos os atos de proteção imunológica são potencialmente suicidas (DERRIDA, 2003: 59). Ocorre que os mecanismos de defesa imunológica contra uma ameaça externa estão sempre em crise: crise no sentido etimológico, uma palavra, como se sabe, que deriva do verbo grego *krinein*, separar, distinguir, mas que indica também, como substantivo, limite, cume (KOSELLECK 1999; 2006). Os mecanismos

---

<sup>2</sup> Como lembra Roberto Esposito, o conceito de *immunitas* tem uma origem jurídica, derivando do direito romano, segundo o qual "ser imune" significa ser isento do *munus* (Esposito, 1998; Esposito, 2002). Mas o ponto central reside no fato de que a proteção de uns implica, em uma relação de inversão proporcional, a discriminação, o abandono e a exposição à violência dos outros (ESPOSITO, 2022: 51).

imunitários estão em crise porque estão no limite e à beira de se transformar em mecanismos autoimunitários (DERRIDA 2003: 62-63; DE GIORGI, 2024; ESPOSITO, 2022).

O segundo ponto diz respeito à guerra e ao estado de emergência. Em outras palavras, não podemos entender a dimensão autoimune da democracia fora do novo cenário que se abriu com a guerra civil global (ALLIEZ, LAZZARATO, 2016). Desse ponto de vista, a guerra reativa o dispositivo de segurança no novo cenário do mundo, utilizando instrumentalmente a crise e a emergência como articulações da governança neoliberal. Em um artigo escrito há alguns meses para a *New Left Review*, Michael Hardt e Sandro Mezzadra argumentam que está surgindo um *novo regime de guerra*, uma transformação profunda do capitalismo contemporâneo que se caracteriza pela apropriação da guerra como máquina de produção e reprodução, em face da qual as estruturas militares estão se tornando ainda mais intimamente entrelaçadas com as estruturas capitalistas.

Evidentemente, o sistema de governança global que predominou até o início dos anos 2000 está em declínio. E as guerras sem fim, não mais confinadas às periferias, mas que se estendem a diferentes partes do planeta e desestabilizam os pontos centrais do sistema mundial, são talvez a manifestação mais evidente disso. Mas aqui há uma novidade importante, de acordo com Hardt e Mezzadra (2024: n. p.)<sup>3</sup>: "O declínio da hegemonia dos EUA não parece prelúdio de uma transição hegemônica, como no passado, mas inaugurar um período em que a crise se tornou a norma". Nesta crise marcada por guerras intermináveis, o que emerge é

uma estrutura de governança militarizada que assume diferentes formas em diferentes lugares e é impulsionada por estruturas multiníveis, incluindo Estados-nação dominantes, instituições supranacionais e setores concorrentes do capital que às vezes se aliam e às vezes entram em conflito (Hardt, Mezzadra, 2024: n. p.).

## 2 DEMOCRACIA AUTOIMUNITÁRIA

Gregory Bateson escreveu um livro chamado *Steps on Ecology of Mind*. Um livro divertido e bem humorado que, parodiando os diálogos platônicos, é composto por meta-diálogos. Em um desses diálogos, a filha pergunta ao pai:

- Pai, por que as coisas têm contornos?
- Sério? Não sei. De que coisas você está falando?
- Sim, quando desenho coisas, por que elas têm contornos?

---

<sup>3</sup> Tradução nossa.

– Bem, e outras coisas... Um rebanho de ovelhas? Ou uma conversa? Essas coisas têm contornos?

– Não fale besteira. Não dá para desenhar uma conversa. Eu digo coisas.

– Sim... Eu estava apenas tentando descobrir o que você queria dizer. Você quer dizer: "Por que lhes damos contornos quando desenhamos coisas?" ou você quer dizer que as coisas têm contornos que nós mesmos desenhamos?

(BATESON, 1987: 39)<sup>4</sup>.

Também nós, aqui e agora, no limiar deste artigo, somos convidados, convocados, até certo ponto, obrigados, a traçar contornos. Os contornos da escrita, mas também aqueles do presente, que se apresenta nas formas de um texto sobre um tema que traz consigo um nome e um conceito ambíguo, polissêmico e opaco – *democracia*. A primeira pergunta, quase inevitável, é: o que queremos dizer quando nos referimos à democracia? Quais são seus contornos, seus limites?

Talvez fosse sensato responder parafraseando o que diz a filha do diálogo de Bateson: "Não fale besteira...Democracia não é uma coisa, democracia não pode ser desenhada". A resposta provavelmente não é tão ingênua quanto pode parecer. A dificuldade em traçar os contornos reside no fato de que a democracia é um conceito semântica e operacionalmente vazio. A democracia goza hoje de uma popularidade sem precedentes e, no entanto, nunca foi tão conceitualmente vaga e substancialmente mais oca.

O vácuo conceitual depende da própria estrutura do conceito, que se define justamente por uma certa vacância semântica, uma certa inconsistência ontológica. Jacques Derrida insiste nesse ponto:

A democracia e o próprio ideal de democracia, se definem através desta falta do próprio...Isso equivale a dizer que não há paradigma absoluto, constitutivo ou constitucional, não há ideia absolutamente inteligível, não há *eidos*, não há ideia de democracia. Afinal, não existe ideal democrático. Mesmo que houvesse e onde houvesse, *esse haver é aporético* (DERRIDA, 2003: 64)<sup>5</sup>.

A democracia carrega consigo, na estrutura de seu nome, uma dimensão anárquica. Ao contrário de outras formas de governo, *demo-kratia* não se refere à *arché*, ao princípio e ao comando, ao princípio que comanda. Pelo contrário, subverte a origem, a genealogia, o início

<sup>4</sup> Tradução nossa.

<sup>5</sup> Tradução nossa.

fundador, o princípio e o valor que quer se impor como fundamento da ordem política (RANCIERE, 2007: 34-36; RANCIERE 2005: 71; DI CESARE, 2024: 28-29) . O *kratos* do *demos* se manifesta como indeterminação, como conflito e como abertura. Sendo assim, o mesmo *demos*, que reivindica o *kratos*, constitui-se contra o início e contra o comando, quebrando a *arché*. O *demos* não é o *ethnos*, não é baseado em laços de sangue e terra. O povo sempre se constitui e aparece como povo no lugar infundado da política. Como tal, não tem uma identidade preexistente, mas está constantemente se recompondo, dividindo-se e definindo-se. Divisão do início, mas também divisão do comando, o *demos* é a divisão política dos sem partes, daqueles que não têm o direito de comandar, que não caem na ordem de nenhuma *arché* (DI CESARE, 2024: 241-243).

A resposta à pergunta da qual partimos – quais são os contornos que diferenciam a democracia do seu Outro – deve ser buscada, paradoxalmente, na indeterminação que a define, na sua falta de verdade, de unidade, de consistência ontológica. A identidade da democracia é a diferença. Uma diferença que a atravessa, a constitui e, ao mesmo tempo, a ultrapassa, abrindo-a ao acontecimento de sua própria transformação. Uma diferença que faz a diferença. A democracia se dá no espaço de uma diferença, de um adiamento, antes de tudo, do próprio sentido, "é o si mesmo, o mesmo, o propriamente mesmo de si mesmo, que falta à democracia" (DERRIDA, 2003: 64)<sup>6</sup>. Derrida chama essa diferença de *différance*. A *différance* não implica apenas prorrogação, nem deve ser atribuída simplesmente a uma figura do desvio, mas é a remissão radical ao outro "como experiência inegável [...] da alteridade do outro, do heterogêneo, do singular, do não-mesmo, do diferente, da assimetria, da heteronomia" (DERRIDA, 2003: 65)<sup>7</sup>.

Nesse sentido, portanto, um regime não democrático é um regime que se recusa a permitir que algo lhe aconteça. Um regime que pensa e constroi a alteridade como uma experiência ameaçadora contra a qual deve mobilizar os próprios dispositivos imunitários, multiplicando, conseqüentemente, fechamentos, sistemas de controle e vigilância, a fim de se preservar e proteger. O outro é percebido, construído e representado como inimigo enquanto altera a homogeneidade e ameaça a integridade do todo, do Um, o Um Soberano (CREPON, 2012: 61).

Paradoxalmente, esta mesma indeterminação que abre a democracia ao acontecimento do outro, à possibilidade da diferença, expõe-a continuamente à ameaça de sua própria

---

<sup>6</sup> Tradução nossa.

<sup>7</sup> Tradução nossa.

autodestruição. Em outras palavras, a democracia se protege e se alimenta se limitando e se ameaçando por si mesma (DERRIDA, 2003: 63). A distinção entre democrático e não democrático não funciona simplesmente como uma distinção entre um interno e um externo. Realiza-se, ao contrário, uma *re-entry* da distinção na distinção. O externo, em outras palavras, é sempre um externo do interior, o resultado de uma dobra, de uma dobra do interior sobre si mesmo. Dessa forma, a democracia tenta se proteger, incluindo o outro, *o não*, a negação, dentro dela. Uma técnica de imunização que, ao mesmo tempo, produz uma dupla exposição autoimunitária.

A primeira é que, nas democracias parlamentares e representativas modernas, a alternativa à democracia pode sempre ser representada como alternância democrática (DERRIDA, 2003: 56). Trata-se daquilo que aconteceu nas décadas de 1920 e 1930, e que se repete, de formas mais ou menos diferentes, no nosso presente, quando partidos de extrema-direita ou populistas de várias ideologias se apresentam nas eleições ameaçando a democracia, com meios mais ou menos democráticos. Trump, Bolsonaro, Netanyahu, Orbán, Meloni, Le Pen, Milei – mas os exemplos podem ser muito mais numerosos.

A segunda diz respeito ao fato de que a complexidade, ou seja, a diferença, sempre pode ser construída e representada como uma realidade que ameaça a segurança e a estabilidade da democracia. Com base nessa realidade da ameaça é possível invocar medidas de segurança mais ou menos excepcionais, que devem defender a democracia de si mesma, portanto de seu próprio sistema jurídico-imunitário. Assim se torna possível reintegrar no espaço político a lógica da guerra, mais ou menos fractal, contra supostos inimigos internos ou externos. E, finalmente, também se faz possível representar tudo isso recorrendo a ficções e simplificações semânticas tais como soberania, povo, nação, segurança, terrorismo. Ficções que visam a reafirmar a determinação do Uno e do Idêntico, contra a multiplicidade e a diferença.

Com o regime de guerra, tal reafirmação do Mesmo é ainda acentuada, no sentido de que a militarização do campo social se manifesta na repressão ao dissenso e na reafirmação da unidade nacional. Mas não há apenas isso. A militarização do campo social se produz através do uso discursivo da metáfora da guerra civil iminente e por meio de práticas de governança do território e da cidade que se apresentam como um verdadeiro "urbanismo militar"<sup>8</sup>. A

---

<sup>8</sup> A expressão "urbanismo militar" é utilizada por Graham (2010) para indicar a difusão de mecanismos militarizados de vigilância e controle do espaço urbano para garantir a segurança e a expansão do mercado em áreas marginalizadas. Outro elemento interessante é que o urbanismo militar se estrutura através de técnicas e tecnologias testadas em zonas de guerra como Iraque, Afeganistão, Síria e Gaza. Sobre a centralidade do urbanismo militar na reconfiguração do espaço urbano do Rio de Janeiro, reenvio ao interessante artigo de Hirata, Christoph Grillo, Telles (2023).

consequência é um fortalecimento da obediência à autoridade e das hierarquias sociais e de gênero, que se manifesta por meio de uma reconfiguração dos corpos, dos grupos de risco aos quais esses corpos pertencem, bem como dos espaços de circulação e de trânsito, tanto em nível urbano quanto em nível transnacional<sup>9</sup>.

### 3 NORMALIZAÇÃO DA EMERGÊNCIA

Começamos com uma questão e uma pergunta: "o que queremos dizer quando dizemos democracia? Quais são seus contornos e limites?". Agora, porém, quase sem querer, no decorrer de nossa argumentação, a questão se complica e se bifurca, porque do nível semântico passamos, necessariamente, de uma necessidade interna à lógica do discurso para o nível operacional.

O problema, então, não é apenas e nem tanto o vazio semântico, mas sim o uso operacional daquele vazio. A indeterminação não é um dado, uma essência da democracia, mas sim o resultado de uma batalha, resultado de uma série de processos e operações que continuamente definem e redefinem o espaço semântico e operacional da democracia, ou seja, as formas pelas quais o sistema da política e o sistema de direito se relacionam e se diferenciam. E é justamente no terreno do limite que separa e une política e direito que a questão da exceção e a questão da guerra reaparecem como mecanismos em que se expressa a vocação autoimune, ou suicidária, da democracia. Uma forma política constitutivamente em perigo, porque tem a função de imunizar a sociedade contra si própria, de produzir estabilidade social a partir da sua instabilidade intrínseca, do seu ser mesmo altamente sensível, isto é, altamente irritável (DE GIORGI, 2024: 103). Para encarar a complexidade da sociedade mundial, na tentativa de se estabilizar e imunizar, a política recorre à velha semântica da teologia política, mas a carrega de novos significados e novas funções.

No início do século XX, Carl Schmitt havia proposto uma análise radical da crise do Estado liberal e da democracia parlamentar, recuperando a dimensão fundante da exceção, da guerra e do inimigo (GOUPY, 2023). Em sua argumentação, a exceção cumpre a mesma função fundadora em relação à norma e à ordem jurídica que a guerra e o inimigo desempenham em relação à paz e à ordem política. A exceção, segundo Schmitt, precede lógica e gnosiologicamente a norma, é a condição de possibilidade da norma e, ao mesmo tempo, a sua

---

<sup>9</sup> Sobre a guerra contra os corpos das mulheres e a reconfiguração de hierarquias de gênero, reenvio aos livros de Gago (2020) e Federici (2020).

verdade (SCHMITT, [1922]1998: 39; GALLI, 2008: 55). Da mesma forma, a guerra e a inimizade são as condições de possibilidade da ordem política, da paz e da amizade. A guerra, escreve Schmitt ([1932]2019: 64), "não é de forma nenhuma, meta e fim ou mesmo conteúdo da política, mas é o pressuposto sempre presente como possibilidade real".

A exceção e a guerra indicam o fundamento último do poder soberano, a ipseidade e a incondicionalidade da soberania, que, decidindo sobre a exceção, sobre a guerra, sobre quem é o inimigo, constroi a ordem a partir do Nada de ordem (GALLI, 2008: 60). A indeterminação deve ser determinada, a diferença trazida de volta à identidade, a multiplicidade ao Uno. O estado de exceção desenvolve essa função. É o espaço em que é possível articular violência e direito, guerra e paz. O estado de exceção regula as fronteiras entre o direito e a política, abrindo-as seletivamente e fechando-as conforme necessário. O estado de exceção é um mecanismo imunitário que garante a segurança no confronto de um risco futuro por meio de doses preventivas aparentemente sustentáveis.

Todos sabemos muito bem como a teoria do estado de exceção, poucos anos depois de sua formulação, levou Schmitt a liquidar rapidamente a República de Weimer e a apoiar o Estado totalitário, unidade indissolúvel de *Estado, Movimento e Povo*. As palavras que Karl Löwith escreve no final dos anos trinta captam com amarga lucidez os resultados nefastos desse processo:

A igualdade biológica da raça substitui a igualdade teológica diante de Deus e a igualdade moral diante da lei. Nos companheiros arianos de povo e de partido, desaparecem aparentemente todos os problemas do último século: o contraste entre Estado e sociedade, classe burguesa e classe proletária, *homme* e *citoyen* (LÖWITH, 1939/1940: 175)<sup>10</sup>.

Mas a questão sobre a qual queria refletir é um pouco diferente. O estado de exceção hoje não tem mais as características que Schmitt lhe atribuía no início do século XX. O mesmo vale para a guerra. A exceção, assim como a guerra, não produz mais a ordem. Exceção e guerra são tecnologias normalizadas para o gerenciamento da desordem, mecanismos que permitem uma distribuição desigual de riscos por meio do governo da população. Desse ponto de vista, exceção e guerra, perderam sua própria excepcionalidade.

Na sociedade do mundo, é cada vez mais difícil distinguir entre paz e guerra, entre regra e exceção. E o próprio sujeito da decisão, o soberano de que fala Schmitt, parece fragmentado em uma multiplicidade de sujeitos semipúblicos e semiprivados: agências e

---

<sup>10</sup> Tradução nossa.

instituições políticas e econômicas, empresas de comunicação, setores do poder judiciário, aparatos militares e policiais, mas também milícias. Sujeitos que operam ao mesmo tempo num nível infra e supraestatal, aquilo que Dardot e Laval (2016: 278) chamam de "*hibridação generalizada da chamada ação pública*".

A mesma distinção sobre a qual todo o pensamento jurídico e político moderno foi organizado – externo e interno, público e privado – perde a sua clareza (GALLI 2001: 54-58; 2002: 53-54). Nesse quadro, a exceção e a emergência e a guerra e a polícia funcionam como tecnologias político-jurídico-econômicas de um sistema de governo policêntrico, reticular, contingente, que funciona aquém e além das fronteiras do estado nacional. As tecnologias de governo modernas se caracterizaram como técnicas imunitárias de autoconservação, capazes, ao mesmo tempo, de aumentar a complexidade e de absorver a incerteza e a insegurança que elas mesmas produzem através do próprio funcionamento. Agora, a questão que se coloca na urgência do presente diz respeito ao fato de que a imunização se estabiliza, produzindo cada vez mais excedentes que devem ser mantidos à distância porque são percebidos como ameaças.

No nível da estrutura da sociedade são estabilizadas operações de contenção, resistência e bloqueio da complexidade. A complexidade é tratada como uma ameaça. O excesso de possibilidades de ação que se torna possível na sociedade do mundo tornou-se um excedente ameaçador. Um excedente que tem a forma de corpos descartáveis, corpos cuja vida pode ser definida como vida precária (BUTLER, 2019; PRECIADO, 2020). Esses excedentes devem ser controlados, pois constituem uma ameaça imanente e, portanto, devem ser colocados às margens. Dessa forma, a emergência se estabiliza, a política e o direito se transformam em uma tecnologia de distribuição e gestão desigual dos riscos, incorporando estruturas de seletividade de acesso e limitação do espaço de ação. Mas também incorporando a guerra.

A guerra se torna um mecanismo político normal. Neste sentido a política, como escreve Foucault, complicando a proposição de Clausewitz, se torna continuação da guerra por outros meios (FOUCAULT, [1975-1976]2018). A guerra se torna uma operação de polícia e a polícia, sempre mais militarizada, incorpora táticas e tecnologias de guerra. As velhas distinções entre interno e externo, inimigo e criminoso, civil e militar se tornam completamente inúteis.

#### **4 SEGURANÇA COMO CONTINUAÇÃO DA GUERRA POR OUTROS MEIOS**

O estado de exceção se apresenta, hoje, como um dispositivo governamental, uma tecnologia de governo das excedências produzidas pelos sistemas sociais através do seu próprio

funcionamento "normal". Quando falamos em governamentalidade, entendemos, com Foucault ([1977-1978] 2023: 146), aquele dispositivo, aquele agregado de saberes-poderes

constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança.

Mas desde os anos nos quais Foucault pesquisou, escreveu, deu aulas sobre a governamentalidade – algo de novo apareceu. Agora, a intensificação dos dispositivos de segurança e a generalização da exceção como dispositivo normal adquiriram ainda mais centralidade na atividade de governar. Em outras palavras, o estado de exceção se torna um dispositivo ordinário de gerenciamento dos riscos, dos diferentes riscos que as decisões políticas produzem. Um dispositivo necessário para interromper processos de democratização e inclusão social, para diferenciar e classificar o corpo social em classes de risco, para impor uma nova Constituição autoritária na gestão política do conflito social e neoliberal na definição da agenda econômica. Neoliberalismo autoritário (CHAMAYOU, 2020: 251) é o sintagma que provavelmente expressa com melhor clareza a paradoxalidade da governamentalidade contemporânea.

Sem evidentes rupturas institucionais, além e aquém das garantias constitucionais, no espaço que se abre entre a decisão política e a sua impossibilidade, entre o saber do passado e o não saber do futuro, o estado de exceção se apresenta como uma tecnologia de segurança que obedece à lógica econômica da maximização dos lucros e da minimização dos custos. Desse ponto de vista, a exceção é transformada na figura mais modesta da emergência. A política deixa de ser identificável com o Estado e a soberania, enquanto o Estado deve ser entendido como apenas um dos muitos dispositivos que exercem o governo. Foucault, em *Nascimento da Biopolítica*, escreve:

O Estado não é um universal, o Estado não é em si mesmo uma fonte autônoma de poder. O Estado mais não é do que o efeito, o perfil, o recorte móvel de uma estatização perpétua, ou de estatizações perpétuas, de transações incessantes que modificam, deslocam, transformam, que fazem insinuar-se insidiosamente as fontes de financiamento, as modalidades de investimento, os centros de decisão, as formas e os tipos de controle, as relações entre poderes locais, autoridade central etc. Em suma, o Estado não tem coração, como sabemos, não simplesmente por não ter sentimento, nem bons nem maus, mas não tem coração no sentido de que não tem interior. O Estado é apenas o efeito móvel de múltiplas governamentalidades (FOUCAULT, [1978-1979]2021: 109-110).

A democracia se torna governo securitário da contingência. E a segurança, por sua vez, um dispositivo de guerra, um dispositivo para conduzir inúmeras guerras. Isto significa não só

que o Estado assume a segurança como o seu eixo operacional, mas, ainda mais radicalmente, quer dizer que a segurança determina as funções do Estado. A segurança reconfigura o espaço político, nacional e internacional: um dispositivo complexo que se move entre o público e o privado, que desconstrói e hibridiza as fronteiras do direito, da política e da economia e que se espalha num espaço ora tornado global. A segurança, em outras palavras, se configura como um complexo de técnicas transnacionais de gestão e governo da população nos seus fluxos e movimentos num espaço ao qual cada vez menos pessoas pertencem, e cujo não pertencimento se configura politicamente como excedente. Um excesso que, não pode ser simplesmente excluído, expulso para fora, porque não existe mais *Um* fora.

A guerra também é "securitizada". Torna-se uma guerra governamental, no sentido de que a governamentalidade integra a guerra como mecanismo específico de intervenção sobre a população. Alliez e Lazzarato explicam muito bem essa interação mútua entre governamentalidade e guerra através das palavras do general francês Vincent Desportes, o qual chama a guerra de segurança que caracteriza o nosso presente de "guerra provável". Esta guerra provável, ao contrário das assim chamadas guerras industriais do século passado, não possui frentes, mas coincide com a população, em face da qual se mantém sempre em alerta em face da iminência de um "adversário provável":

A guerra provável não se dá entre as sociedades, mas dentro delas. A população torna-se o ator preponderante [...]. Passando de um modo em que a população constitui a retroguarda, as forças armadas atuam em seu seio e em referência a ela. As forças armadas entraram na era da guerra no seio da população (DESportes, 2007: 58; ALLIEZ, LAZZARATO, 2016: 341-342).

A governamentalidade da guerra é uma guerra híbrida que lembra as guerras coloniais dos séculos XIX e XX. Mas, diferentemente daquelas, a guerra agora não se limita às periferias, e sim investe também os centros do sistema-mundo (Mezzadra, Hardt, 2024). A guerra securitária, combinando a lógica da defesa e a lógica da segurança, implica várias consequências, mas indico apenas algumas. A partir do momento em que o inimigo criminoso destas guerras fractais é "por definição irregular, o único modo de intervir é controlar o meio, controlar o ambiente em que a população vive e no interior do qual o irregular cria um nicho" (ALLIEZ, LAZZARATO, 2016: 345). A população e a cidade se tornam os alvos principais das novas guerras. Aquelas que são combatidas todo dia nos bairros periféricos das cidades globais, além daquelas aparentemente mais "clássicas", como na Palestina e na Ucrânia.

Outra consequência é que as novas guerras podem ser, mas não necessariamente são, militarizadas. Pelo menos no sentido clássico, de guerras de exércitos. Desse ponto de vista, a

afirmação de Foucault segundo a qual a política é a continuação da guerra por outros meios torna-se particularmente atual. De fato, na medida em que a guerra se transforma em uma tecnologia governamental e a governamentalidade é colonizada pelas técnicas de guerra, a guerra coloniza a política, a economia, o direito e, ao mesmo tempo, se transforma em uma tecnologia política, econômica e jurídica, através da qual a política, a economia ou o direito reconfiguram seus próprios códigos de funcionamento, orientando seletivamente suas operações. *Lawfare* e *warfare* funcionam conjuntamente.

Enfim, uma outra consequência, estritamente correlata. A sequência "clássica" entre *ordem/paz – crise – emergência/guerra – restauração da ordem/paz* é alterada completamente. Nas guerras no seio das populações não há sequência predefinida, mas passagem contínua de um ao outro desses momentos. Neste sentido a guerra contemporânea é indefinida, não tem um fim em vista. Uma lógica que se baseia, como escrevem Alliez e Lazzarato (2019: 354), na "manutenção, gestão e controle de uma situação de insegurança generalizada, medo generalizado e degradação progressiva das condições socioeconômicas da população".

Neste cenário, é evidente que a normalização do estado de emergência e a internalização da guerra como mecanismo de governo dos excedentes não poderiam funcionar sem uma reconfiguração das formas de obtenção de consensos e de legitimação das decisões políticas. O problema é, mais uma vez, a gestão e distribuição desigual dos riscos sociais através de práticas discursivas que utilizam a referência à segurança para tornar assimétricos conceitos simétricos e para articular, a partir da produção de assimetrias, novas formas de legitimação e consenso.

O populismo é um dos diversos dos elementos que compõem o dispositivo securitário (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, GIRALDES: 2021). Neste sentido, mais do que uma ideologia, configura-se como uma técnica de construção e inferiorização da diferença. Um dispositivo para gerenciar e produzir insegurança. Um conjunto de discursos e práticas que constroem seletivamente identidade e diferença, amigos e inimigos, corpos que importam e corpos excedentes, que podem ser excluídos, marginalizados, mortos. O populismo transforma a simetria entre identidade e diferença, entre inclusão e exclusão em uma diferença assimétrica. A sua função é reintroduzir a hierarquia na heterarquia de cada sistema. Ele torna assimétricas as diferenças produzidas pelos sistemas, permitindo, dessa forma, a cada sistema fazer referência àquelas diferenças e tratá-las de modo assimétrico.

Conceitos simétricos se transformam naquilo que Koselleck (1986) chamava de conceitos antitéticos assimétricos. Trata-se de conceitos que incluem em si autodescrições que excluem qualquer forma de reciprocidade. Trata-se, em outros termos, de autodefinições

construídas com base em determinados pressupostos, cuja ausência põe o outro em condição de inferioridade. Escreve Koselleck: "a história conhece numerosos conceitos opostos que são aplicados de um modo que o reconhecimento mútuo fica excluído" (KOSELLECK, 1986: 187)<sup>11</sup>.

Conceitos hierárquicos que permitem estabilizar uma arquitetura do mundo, apesar da sua crescente complexidade. Luhmann, retomando a ideia de Koselleck, afirma:

Formalmente, trata-se de oposições, ou, em um nível mais alto de abstração, trata-se de distinções, para as quais a superior avaliação de uma parte, não só confirma a sua contraposição, como confirma, concomitantemente, o pertencimento daquilo que é distinto a uma ordem hierárquica (LUHMANN, 1995: 150)<sup>12</sup>.

Dessa forma, torna-se possível a reintrodução da diferença na diferença. E, portanto, também se faz viável construir hierarquias de diferenças. Por meio da referência a tais hierarquias de diferenças, é possível construir identidade, ou seja, inventar artificialidade e tratar as artificialidades como dados ontológicos. Pode-se inventar a identidade e a homogeneidade do povo através da exclusão do outro e tratá-la como relevante para justificar, juridicamente, medidas emergenciais de confinamento e limitação dos direitos.

O populismo, entendido nesse sentido, funciona conjuntamente à normalização do estado de emergência e às guerras fractais, neocoloniais, que constroem e desconstroem o espaço do nosso presente. Ele intervém operativamente sobre o corpo social da população, introduzindo tratamento diferenciados, isto é, estabelecendo pré-condições que permitem ou não o acesso às condições de inclusão em cada sistema social. Essa função da seleção age a partir do reenvio a diferenças que concernem ao estatuto social, o gênero, a relação com a apropriação e com o idioma. Deste modo, o universalismo dos direitos pode conviver com formas de exclusão da subjetividade jurídica sem a necessidade de uma declaração do estado de exceção ou de guerra (NUZZO, 2008: 123-132).

## **5 CONCLUSÃO. A CRÍTICA COMO PENSAMENTO DO LIMITE**

A lógica imunológica da razão e das instituições modernas parece ter-se voltado contra si mesma, desencadeando um processo autoimune, uma reação tão intensa que se volta contra

---

<sup>11</sup> Tradução nossa.

<sup>12</sup> Tradução nossa.

o corpo que deveria proteger, devastando-o. Tanto o estado de emergência como tecnologia de normalização da guerra, quanto as táticas discursivas de securitização e de construção do inimigo, nos falam das fronteiras das democracias contemporâneas. Fronteiras que se tornaram trincheiras. No espaço liminar da fronteira, ressoa o estrondo surdo da batalha; as forças se agregam e se desagregam, produzindo composições inéditas. Na fronteira, o próprio pensamento, ao refletir sobre si mesmo, sobre seu lugar, sobre suas possibilidades, descobre-se parte da realidade que gostaria de representar e, assim, abre-se ao evento, às possibilidades que o evento revela de "pensar e ser de outro modo" (NUZZO, 2018: 56). O processo de racionalização não apenas se mostra aliado ao furor do poder (FOUCAULT [1978] 1988), mas o próprio modelo de racionalidade e as instituições de governo que foram construídas e permeadas por esse modelo aparecem comprometidas.

Em 1919, numa conferência na Universidade de Mônaco, *O trabalho intelectual como profissão*, Max Weber diz que é o destino da nossa época, a racionalização e intelectualização, e sobretudo o desencanto do mundo (WEBER [1919] 1971). Poucos anos antes de a Europa ser transformada em uma única grande trincheira, em 1905, o sociólogo alemão concluía o seu texto sobre a *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, com as seguintes palavras:

Esta ordem está hoje ligada às condições técnica e econômica da produção pelas máquinas, que determina a vida de todos os indivíduos nascidos sob este regime com força irresistível, não apenas os envolvidos diretamente com a aquisição econômica. E talvez assim a determine até que seja queimada a última tonelada de carvão fóssil. [...] Ninguém sabe quem viverá, no futuro, nesta prisão ou se, no final deste tremendo desenvolvimento surgirão profetas inteiramente novos, ou se haverá um grande ressurgimento de velhas ideias (WEBER [1905] 2002: 135-136).

Weber intuiu duas coisas muito interessantes. A primeira diz respeito à racionalização como elemento que caracteriza a modernidade da sociedade moderna. A razão moderna é a razão formal e instrumental. Essa razão aumenta a complexidade e a contingência, universalizando as condições de possibilidade da ação social. Ao mesmo tempo, a razão revela-se infundada e injustificada. Não pode justificar-se. Não pode pregar sua racionalidade a não ser ao preço de negar-se a si mesma. O desencanto é o seu pressuposto e a sua consequência. A palavra que ele usa é *Entzauberung*. Como teria escrito Nietzsche, poucos anos antes de Weber, o niilismo é o novo *tremor* com que o século XIX se fecha e o século XX se abre. Mas, agora, com a consciência de que o moderno dispositivo onto-teológico-político, da racionalização e das suas instituições, não funciona. Ou melhor, é um mecanismo que pode funcionar só ocultando a própria falta de fundamento, a própria falta de racionalidade. É *Abgrund*. É aberto inevitavelmente sobre o próprio abismo.

Naquela citação de Weber, no entanto, podemos ver algo mais. Ou melhor, podemos ler o texto de Weber a contrapelo. Weber, parece dizer que a racionalidade ocidental não só produz o seu outro, mas é ontologicamente habitada pelo seu outro, o irracional. A prisão de ferro da racionalidade contém uma zona de irracionalidade. O carisma, o poder carismático é imprevisível, é uma força demolidora que leva a consequências indetermináveis. Ao mesmo tempo, e aqui é ainda mais inquietante, *umheimlich*, o irracional não é apenas um acidente, uma possibilidade entre muitas possibilidades, mas o outro lado, o lado sombrio, dessa mesma racionalidade (FOUCAULT [1978] 1997: p. 47-48). Nesse sentido, a razão ocidental como razão imunológica é inseparável do risco de desenvolver uma doença autoimune. A razão moderna, assim como a democracia, está ontologicamente em crise.

Será necessário que o fascismo se manifeste em toda a sua violência para que os intelectuais compreendessem que a *Entzauberung* já não é a origem de uma nova verdade filosófica; e que o próprio sujeito filosófico não é o supervisor do universal, e que tanto o sujeito quanto o universal estão comprometido com a fúria do poder. O fim do sonho assume o carácter de um trauma coletivo. Walter Benjamin, nas suas *Teses sobre a filosofia da história* escreve que "O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no séculos XX "ainda" sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável" (BENJAMIN [1940] 1996: 226). Estamos além da *Entzauberung* do que falava Weber. O assombro não é mais filosófico, não é mais a origem de algum conhecimento. Para Benjamin, diante da crise do estado constitucional de direito, diante da afirmação do estado totalitário, diante da barbárie do nazifascismo, não se trata mais, de recuperar o sentido originário da razão ocidental, mas de se libertar definitivamente de uma ideia que era comprometida com um projeto violento de civilização. Para Benjamin as velhas categorias filosóficas não só não permitem algum conhecimento das contradições sociais, mas contribuem a ocultá-las. Nesse sentido Benjamin é muito claro: "*Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie*" (BENJAMIN [1940] 1996: 225). Diante da barbárie, diante da violência do imperialismo e do fascismo, a crítica deve ser radical. Deve estar na altura do desafio que tem pela frente. Não pode a crítica pensar que o fascismo e o nazismo são uma exceção, um acidente no percurso triunfal da razão e do processo de racionalização moderno. O fascismo e o nazismo são produtos da modernidade, da racionalização moderna. Não são negações da modernidade, mas o outro lado da mesma modernidade.

Provavelmente, aqui a minha sugestão, podemos ler a tese de Benjamin como um convite a desertar. Desertar à lógica binária, às oposições "orientalistas" entre civilização e barbárie, e àquelas teológico-políticas entre amigo e inimigo. Um convite a desertar à lógica dos Estados nacionais, ao apelo a unidades, da nação, do povo, do interesse, dos valores, da razão. Mas também um convite a dissertar e denunciar o novo regime da guerra, segundo o qual o inimigo do meu inimigo é necessariamente meu amigo, com o risco de não ver as diferenças, com o risco de ceder ao cinismo da geopolítica. E, mais radicalmente, com o risco de não conseguir perceber os movimentos dos sem partes que quebram as fronteiras geopolíticas dos blocos, dos estados nacionais e que nos convidam para outras alianças, outros compostos. Em outras palavras, a sugestão de Benjamin pode ser lida como uma tarefa, um *ethos*. Um *ethos* capaz de assumir a contingência e o risco como elementos estruturais do presente, do presente da sociedade do mundo. Um *ethos* crítico que nos permita pensar uma outra dimensão da fronteira e, portanto, dos limites da democracia.

Em 1984, Michel Foucault pubblica due articoli, uno in francese e l'altro in inglese, che affrontano la questione dell' *Aufklärung*. Il riferimento è chiaro, sin dal titolo. Si tratta non solo di rileggere, ma di ripartire, in qualche misura, dal testo di Kant, pubblicato nel 1784 s per la *Berlinische Monatsschrift* e intitolato *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (KANT [1784] 2022).

Não se trata, segundo Foucault, de ser a favor ou contra o iluminismo, nem se trata de reproduzir, mais ou menos ingenuamente, a dialética, entre civilização e barbárie. Uma distinção, que constantemente retorna a si mesma, determinando resultados paradoxais: a razão só pode se reconhecer se a mesma como razão, em um mundo que deve ser iluminado, excluindo todo o resto, como irracional, A razão pode funcionar como razão só a única condição de sua própria cegueira. Mas, para Foucault, não se trata apenas disso, de aceitar ou recusar a "chantagem" do Iluminismo, de ser a favor ou contra o Iluminismo. A questão é diferente. Trata-se de pensar o Iluminismo como um *ethos* em relação ao presente, que se apresenta como acontecimento e diferença. Se trata em outros termos de pensar o Iluminismo como uma atitude, uma atitude crítica diante o presente. Segundo Foucault, o *ethos* do Iluminismo nos leva ao terreno do limite, nos leva a experimentar o limite, a nos situar *aux frontières* (CHIGNOLA, 2014: 11).

A experiência do limite, ao qual essa atitude crítica nos remete, está inevitavelmente entrelaçada com a experiência do presente (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2020). O presente é o tempo do possível, é o tempo em que o pensamento, refletindo sobre si mesmo, sobre o seu lugar, sobre as suas possibilidades, se abre ao que se apresenta, na simultaneidade

do presente, como evento e portanto como possibilidade que o evento permite de pensar, agir e ser de uma forma diferente de como pensamos, agimos e somos. O presente é o momento da contingência e da diferença. E é precisamente este enraizamento no presente que torna a prática do pensamento que aceita o presente como próprio fundamento contingente um *ethos*, um exercício reflexivo de liberdade.

Mas há mais. Se é verdade que a modernidade da sociedade moderna consiste em haver um excesso do possível e que o espaço do possível é dado na simultaneidade do acontecimento, isso significa que o presente pode ser mobilizado como um conjunto de possibilidades e linhas de força (FOUCAULT [1984] 1998a).

Se o presente se manifesta como uma seleção determinada de possibilidades que poderia ter sido diferente, então a tarefa da crítica, como *ethos*, é dizer o que não é, na medida em que o é. Tal crítica é uma reflexão sobre o limite, porque nos permite experimentar o limite, antes de mais nada o limite que separa o presente como resultado de um determinado mecanismo de seleção e as possibilidades latentes que tornam o mesmo presente um campo aberto, disponível para ser diferente do que é. Pensamento de contingência e diferença e por esta razão pensamento ético e político, que descentraliza e transforma.

Diante das guerras contemporâneas, do uso governamental da emergência, diante o microfascismo (BRATICH, 2024), para Foucault é necessário assumir o iluminismo como *ethos* crítico: uma prática de pensamento que desativa o dispositivo onto- teológico-político moderno e, no limite e a partir do limite do nosso presente, nos encoraja a experimentar a diferença, a diferença que nos atravessa e constitui, libertando-a da metafísica da negação, da política da inimizade, da lógica da exclusão.

O convite é pensar para além da lógica oposicionista e binária da velha e da nova teologia política, a abandonar a dimensão do negativo e da negação, para explorar, ao contrário, a dimensão afirmativa e construtiva das fronteiras. Pensar e praticar a fronteira como diferença, continuamente atravessada e constituída por movimentos de forças que abrem espaços, forçam partições, reativam possibilidades que permaneceram latentes. A fronteira não é fixa, homogênea, necessária. Ao contrário, é material, móvel, animada por confrontos, resistências e linhas de fuga. Implica uma abertura constante às forças de fora.

Enfim, o mesmo processo autoimune que habita a democracia contemporânea pode ser pensado afirmativamente, porque produz um espaço que se abre e remete a democracia para algo diferente. Os processos autoimunes revelam a contingência da democracia, desestabilizando suas próprias estruturas e delineando outras possibilidades (DERRIDA, 1995: 56; ESPOSITO, 2022: 140-142). Aqui é possível pensar uma política da amizade contra a

política da inimizade e da guerra, uma ontologia das múltiplas diferenças, contra a lógica do Uno e do Idêntico.

O que resta é a diferença, uma zona fronteira frágil, em constante transformação. E talvez seja a partir daqui, desta diferença, que é necessário começar, não para salvar novamente a racionalidade, para renovar o sonho, mas para enfrentar o trauma e, a partir daí, pensar e praticar outras formas de racionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Minima Moralia**. Reflexões a partir da vida lesada. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione**. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

\_\_\_\_\_. **Stasis**. La guerra civile come paradigma politico. Torino: Bollati Boringhieri, 2015.

Alliez, Eric; Lazzarato, Maurizio. **Guerras e Capital**. São Paulo: Ubu Editora, 2016.

BATRICH, Jack Z. **Microfascismo**. Genere, guerra, morte. Roma: Castelvecchi, 2024.

BENJAMIN, Walter. **Sobre o conceito da História**. In: Benjamin, Walter. Obras Escolhidas. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.

CHAMAYOU, Grégore. **A sociedade ingovernável**. Uma genealogia do liberalismo autoritário. São Paulo: Ubu, 2020.

CREPON, Marc. L'avvenire (o la confisca) della democrazia. In: Garritano, Francesco; Sergio, Emilio. **Luoghi dell'indecidibile**: Jacques Derrida. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2012, p. 59-75.

CHIGNOLA, Sandro. **Foucault oltre Foucault**. Una politica della filosofia. Roma: Derve Approdi, 2014.

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

DERRIDA, Jacques, **Stati canaglia**. Milano, Raffaello Cortina, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. **Temi di filosofia del diritto III**. Lecce: Pensa Multimedia, 2024.

\_\_\_\_\_. **Temi di Filosofia del diritto II**. Lecce: Pensa Multimedia, 2015.

\_\_\_\_\_. Othering. La costruzione giuridico-politica di un futuro che non può cominciare. In: De Giorgi, Raffaele *et. al* (coords.). **Direito, Democracia, Futuro e Risco**. Belo Horizonte: D'Placido, 2022.

\_\_\_\_\_. O Direito na sociedade do risco. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 383–394, 2005.

DI CESARE, Donatella. **Democrazia e anarchia**. Il potere nella polis. Torino: Einaudi 2024.

ESPOSITO, Roberto. **Immunità comune**. Biopolitica all'epoca della pandemia. Torino: Einaudi, 2022.

\_\_\_\_\_. **Politica e negazione**. Per una filosofia affermativa. Torino: Einaudi, 2018.

\_\_\_\_\_. **Da fuori**. Una filosofia per l'Europa. Torino: Einaudi, 2016.

\_\_\_\_\_. **Immunitas**. Protezione e negazione della vita. Torino: Einaudi, 2002.

\_\_\_\_\_. **Communitas**. Origine e destino della comunità. Torino: Einaudi, 1998.

FEDERICI, Silvia. **Calibano e la strega**. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria. Milano: Mimesis, 2020.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. Curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Martins Fontes, 2018.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2018.

\_\_\_\_\_. **Segurança, território, população**. Curso al Collège de France (1978-1979). Paulo: Martins Fontes, 2023.

\_\_\_\_\_. **O nascimento da biopolítica**. Curso no Collège de France (1978-1979). Lisboa: Edições 70, 2021.

\_\_\_\_\_. **Iluminismo e critica**. Roma: Donzelli, 1997.

\_\_\_\_\_. Che cos'è l'illuminismo? In: Pandolfi, Alessandro (org.). **Archivio Foucault 3**. Milano: Feltrinelli, 1998 (a), p. 32-50

\_\_\_\_\_. Che cos'è l'illuminismo?. In: Pandolfi, Alessandro (org.). **Archivio Foucault 3**. Milano: Feltrinelli, 1998 (b), p. 253-261.

GAGO, Veronica. **A potência feminista ou o desejo feminista de transformar tudo**. São Paulo: Editora Elefante, 2020.

GALLI, Carlo. **Lo sguardo di Giano**. Saggi su Carl Schmitt. Bologna: Il Mulino, 2008.

\_\_\_\_\_. **Genealogia della politica**. Bologna: Il Mulino, 1996.

GOUPY, Marie. **O estado de exceção ou a impotência do Estado na era do liberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2023.

GRAHAM, Stephen. **Cities under Siege**. The New Military Urbanism. London: Verso, 2020.

HARDT, Michael; MEZZADRA, Sandro. A Global War Regime. **New Left Review**, Sidecar, 9 mai. 2024. Disponível em: <<https://newleftreview.org/sidecar/posts/a-global-war-regime>>. Acesso em: 13 nov. 2024.

HIRATA VELOSO, Daniel; GRILLO CRISTOPH, Caroline; TELLES DA SILVA, Vera. Guerras urbanas e expansão de mercados no Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 38, n. 111, p. 1-17.

KANT, Immanuel. *À Pergunta: O que é o Esclarecimento?* Peguin Companhia das Letras

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passato**. Per una semantica dei tempi storici. Genova: Marietti 1986.

\_\_\_\_\_. **Histórias de Conceitos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020.

LOWITH, Karl. Max Weber und seine Nachfolger. **Mass und Wert**, v. 3, 1939/1940, p. 160-180.

LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Bologna: Il Mulino, 1984.

\_\_\_\_\_. Jenseits Barberei. In: Id., **Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der Modernen Gesellschaft**, Band 4. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 138-150.

\_\_\_\_\_. **Rechts der Gesellschaft**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1993.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana; GIRALDES, Marcus. Democracy without People. The new right Populism in Brazil and the Paradox of Democracy. In: Kirste, Stephan; Paulo, Norbert (coords.), **Populism perspectives from Legal Philosophy**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021, p. 211-232.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. **Globalización, Presentismo y Corrosión de la Soberanía Popular em Brasil**. In: Gontijo, Lucas; Godoi, Marciano; Bicalho, Mariana *et al* (coords.), **Cuba Brasil: diálogos sobre democracia, soberania popular e direitos sociais**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2020, v. III, p. 185-200.

NUZZO, Luciano. **Le anticamere del diritto**. Ordine politico ed eclissi della forma giuridica. Lecce: Pensa Multimedia, 2008.

\_\_\_\_\_. A exceção como dispositivo de governo. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 306-323, 2017.

\_\_\_\_\_. **Il mostro di Foucault**. Limite, legge, eccedenza. Milano: Meltemi, 2018.

RANCIÈRE, Jacques. **Ai bordi del politico**. Napoli: Cronopio, 2011.

\_\_\_\_\_. **Il disaccordo**. Politica e Filosofia. Roma: Meltemi, 2007.

\_\_\_\_\_. **L'odio per la democrazia**. Napoli: cronopio, 2005.

SCHMITT, Carl. Teologia política I. In: Id. **Le categorie del politico**. Bologna: Il Mulino, 1998.

\_\_\_\_\_. **O conceito do Político**. Lisboa: Edições 70, 2019.

\_\_\_\_\_. Stato, movimento e popolo. In: Agamben, Giorgio (org.). **Carl Schmitt**. Un giurista davanti a sé stesso. Vicenza: Neri Pozza, 2005, p. 255- 312.

WEBER, Max. **Il lavoro intellettuale come professione**. Torino: Einaudi, 1971.

\_\_\_\_\_. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

**Submissão: 15/11/2024. Aprovação: 17/11/2024.**

## DIFERENCIA Y APLAZAMIENTO, ESTUDIOS SOBRE EL PRESENTE: LA INCLUSIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

### *DIFERENÇA E DIFERIMENTO, ESTUDOS SOBRE O PRESENTE: A INCLUSÃO E REPRESENTAÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL NO ENSINO UNIVERSITÁRIO*

**Yamil Carlos Jalil<sup>1</sup>**

*Universidad Nacional del Comahue*

#### **Resumen:**

Inicio este recorrido presentando algunas premisas básicas que nos llevan a posicionarnos sin duda en el paradigma educativo actual: la educación es un derecho de los sujetos y, desde esta perspectiva, se plantean diversos desafíos que las instituciones educativas y los docentes debemos asumir para actuar como responsables político-pedagógicos en la garantía de esos derechos. Son desafíos que iré trayendo a escena en las presentes líneas, no solo desde los enunciados sino también mediante la propuesta de algunas acciones específicas en cada uno de los escenarios.

#### **Palabras claves:**

Derecho. Política. Alteridad. Diversidad cultural.

#### **Resumo:**

Começo este percurso apresentando algumas premissas básicas que nos levam a posicionar-nos sem dúvida no atual paradigma educativo: a educação é um direito dos sujeitos e, nesta perspectiva, surgem vários desafios que as instituições educativas e os professores devem assumir para atuarem como responsáveis político pedagógicos na garantia desses direitos. São desafios que trarei à cena nestas falas, não apenas a partir dos depoimentos, mas também através da proposta de algumas ações específicas em cada um dos cenários.

#### **Palavras-chave:**

Direito. Política. Alteridade. Diversidade cultural.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al pensar en las diversidades en la enseñanza universitaria, implica un proceso que de por sí nos conduce a una revisión profunda al paradigma vigente, nuestro gran desafío reside en la problemática social continua, individual y colectiva, para dejar de ser espectadores y comprometernos con la causa. En otras palabras, en procurar en cambiar grandes relatos y conceptos, por acciones pedagógicas que reescriban los guiones existentes acerca de las diversidades.

---

<sup>1</sup> Abogado. Egresado la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ayudante de Primera Regular de Teoría General del Derecho I y II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Investigador del CONICET en la disciplina Derecho y Jurisprudencia, "Categoría V", Resolución N° 52 de la Comisión Regional de Categorización. Proyecto 04-D110 de la Universidad Nacional del Comahue. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Digesto Federal de Derechos Humanos-Parte I (2017/2020).

Esto implica, no solo asociar a la educación como una práctica que debe garantizarse a todo individuo por el solo hecho de ser, sino por la categorización del mismo como sujeto de derecho, porque esta idea engloba nada menos que de la subjetividad. Esta se compone por las características distintivas que definen a cada uno de esos individuos desde su propia historicidad y pautas culturales, lo que en definitiva, lleva a la comprensión de la existencia de las diversidades como condición fundamental en el desarrollo de la complejidad de los procesos educativos.

Considerando los cambios que han operado en la estructura social en las últimas décadas, como los migratorios, la incorporación de la mujer al mercado laboral, el impulso de grupos diferenciados en riesgo de exclusión hacia una vida autónoma, la apertura internacional de la oferta académica, son sólo algunos ejemplos de las casuísticas que han motivado el cambio en el perfil humano que compone las universidades, dando lugar a la necesidad de atender a sus particularidades específicas y sus características idiosincráticas, no ya como grupo sino como individuos.

Teniendo presente dichas características individuales es preciso atender su diversidad humana, que aportará las diferentes características que conforman al grupo, bien sean estas de género, de identidad sexual, religiosas, de etnia, culturales, de discapacidad o de edad, entre otras.

El concepto de diversidad, puede resultar algo confuso al poder adoptar un amplio abanico de realidades, pero únicamente deberíamos entenderlo como concepto tomado de la mano del “inclusión”.

La inclusión debe ser considerada como la actitud que, integrada dentro del sistema de creencias y valores, guíe y oriente nuestra forma de ser, de hacer y de sentir en nuestro día a día. Para ello es preciso comprender la diversidad, aceptando y dando valor a la inmensa riqueza que ésta aporta, lo cual implica el reconocimiento y respeto de todas las áreas que conforman el desarrollo de las personas en sus diferentes vertientes y esferas (funcional, social, étnica, cultural, de género, espiritual, etcétera).

Así, la inclusión debe ser concebida como algo más que una cuestión de derechos humanos: ha de convertirse en un camino hacia la equidad y hacia la igualdad de oportunidades. Para ello, la Universidad debe conformarse como un entorno saludable, en el cual el universitario o la universitaria, independientemente de las características que presente, pueda desarrollarse, adquirir conocimientos y habilidades, y participar en las actividades y espacios que conforman el contexto sociocultural del que forma parte, sintiéndose parte activa del entorno y disfrutando de una cierta sensación de control del mismo.

## 2. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA COMO EJE DE LAS DIVERSIDADES

Hay que considerar que el acceso a la educación es un derecho de los sujetos, y desde esta perspectiva, se plantean diversos desafíos que las instituciones educativas y los docentes debemos asumir para actuar como responsables político-pedagógicos en la garantía de esos derechos.

La concepción de derechos va de la mano del reconocimiento de las personas como sujetos de derechos, al percibir al otro como “sujeto”, se lo reconoce y valora desde las diversidades que lo constituyen.

El desarrollo de la educación latinoamericana fue marcado por un simultáneo proceso de inclusión y exclusión. El aumento de las oportunidades y la extensión de la cobertura a nuevos grupos sociales se dieron junto a diversas formas de discriminación cuantitativa o cualitativa que dejaron atrás a numerosos niños y jóvenes, cada vez las instituciones educativas fueron un transmisor de las desigualdades propias de cada época (Rivero, 2010)

Uno de los problemas reconocidos fue que los sistemas educativos enfrentaban la expansión de la matrícula pero no pudieron hacer frente a las dificultades de aprendizaje, manifestadas en altas tasas de deserción.

En este sentido, adquiere importancia el planteo de “que propone revisar la necesidad de superar la “ficción de estar juntos” para ocuparnos y preocuparnos por la existencia del otro, más allá de su presencia” (Skliar, 2010).

Estas dificultades, tienen su origen en la tensión existente entre un sistema educativo creado y organizado en torno a un modelo homogeneizador por un lado y la necesaria atención y reconocimiento de las diversidades de los sujetos por otro parte, que requerirán diferentes formas de conectarlos con el conocimiento.

Frente a los nuevos y múltiples saberes a transmitir, son numerosos los actores que los producen y distribuyen. La velocidad de renovación y circulación por medios de las tecnologías problematiza el lugar que debe ocupar el Estado y las instituciones educativas como agentes exclusivos de transmisión de saberes.

Por este motivo, corresponde pensar en trayectorias educativas sin restringirse a las escolares, y avanzar en la necesaria configuración de espacios de educación formal y no formal a partir del aprendizaje entre todos, con el barrio, la calle, el kiosco, la plaza, el club, los medios de comunicación y también la escuela como escenarios culturales educativos. La obra va sumando nuevos actores y nuevos ámbitos, el teatro de la sala se enriquece con el ambulante,

el circo y los artistas callejeros.

En muchas ocasiones quien no encaja en los modelos arraigados no es bien recibido y sobrevienen múltiples y solapadas formas de exclusión. Estas situaciones son una herencia de la escuela de la Modernidad, en las que las prácticas se basaban en la homogeneización, el posicionamiento dentro del normalismo y el no reconocimiento claro de las diversidades.

A pesar que el discurso se refiere a la “atención a la diversidad”, en muchos casos aún persisten prácticas no inclusivas, precisamente porque los actores docentes, en tanto sujetos históricos, estamos condicionados por nuestra propia experiencia como estudiantes y como profesionales. Es indispensable hacer explícitas estas concepciones para poder generar intervenciones que superen lo políticamente correcto y modifiquen acciones concretas cotidianas.

En la educación coexisten la transformación y la conversación, la educación en y para la diversidad se propone potenciar el aspecto transformador, en el sentido de hacer efectiva la igualdad de oportunidades, reconociendo las características en las que cada uno de los sujetos se vincula con la construcción de conocimientos, con un fuerte anclaje en la justicia curricular y poniendo en práctica estrategias de equidad.

El concepto de diversidad cultural debe diferenciarse claramente del de desigualdad. Este último se vincula de manera directa con variables socioeconómicas que en un paradigma de derechos, dan origen a políticas compensadoras a cargo del Estado, que procuran su universalización. Bajo ningún concepto debe compararse la búsqueda de la igualdad de oportunidades con la promoción de la atención a las diversidades como forma de respeto por el bagaje cultural propio de cada individuo, que valora las distintas formas de leer el mundo.

En las sociedades modernas existen diferentes grupos sociales que tienen diferentes necesidades, culturas, experiencias, historias y percepciones de las realidades sociales que influyen en su interpretación del significado y consecuencias de propuestas políticas, así como en su forma de razonar políticamente. Estas diferencias en la interpretación política no son meramente, ni siquiera básicamente, un resultado de intereses o conflictos, puesto que los grupos tienen interpretaciones diferentes aun cuando buscan promover la justicia y no solo la satisfacción de sus propios fines interesados.

En una sociedad donde algunos grupos son privilegiados mientras otros están oprimidos, insistir en que las personas, deberían omitir sus experiencias y afiliaciones particulares para adoptar un punto de vista general, solo sirve para reforzar ese privilegio, puesto que las perspectivas e intereses de los privilegiados tenderán a dominar imponiendo un punto de vista unificado, marginando o silenciando a los grupos restantes.

Ese deseo de unidad suprime pero no elimina las diferencias y tiende a excluir algunas perspectivas del ámbito público. Por lo tanto, allí donde existan diferencias grupales de capacidades, socialización, valores o estilos cognitivos y culturales, “solo atendiendo a dichas diferencias se podrá lograr la inclusión y participación de todos los grupos en las instituciones públicas, esto presupone que en lugar de formular siempre derechos y reglas en términos universales, ciegos a la diferencia, algunos grupos gozan a veces de derechos especiales” (Young, 1996, pág. 102)

Si volvemos al paradigma de la educación como derecho, la inclusión de todos y todas en las Universidades no admite ninguna discusión. Pero no podemos confundir inclusión con “hacer físicamente un lugar”. “La inclusión verdadera lleva claramente implícita la tarea de garantizar el ámbito para lograr los aprendizajes planificados, en los tiempos estipulados, respetando que la diversidad puede tener también distintos ritmos, es decir tener distintas cronologías de aprendizaje” (Teregi, 2010).

No debe confundirse la contención asistencial con la verdadera inclusión educativa, que reconoce que cada sujeto tiene el indiscutible derecho a aprender, y en ese proceso, sumamente complejo, es siempre personal e idiosincrásico y por ello diverso.

### **3. EXPANSIÓN Y EDUCACIÓN INCLUSIVA**

La expansión educativa, entendida como un procedimiento o mecanismo para alcanzar la educación inclusiva, plantea la cuestión es que si la misma reduce la desigualdad al proveer más oportunidades a personas de estratos sociales en desventaja, o si la magnifica al ampliar de modo desproporcionado las oportunidades de aquellos que ya son privilegiados.

En primer término, el problema se refiere al ingreso al ciclo, es decir, la masificación, ¿se reducen las brechas sociales con el ingreso a la educación superior?

“Al respecto, hay que tener presente que la masificación sí abre el ingreso a franjas antes excluidas, de posición social en desventaja en la distribución de capital económico, cultural y social” (Wacquan & Bourdieu, 2005).

Por lo tanto, en ese sentido de ingreso, podemos deducir que la masificación genera inclusión social, creando una tendencia estructural global. Ante ello, también podemos advertir que el alza de oportunidades educativas suele elevar la matriculación entre alumnos de segmentos en desventaja, sin aminorar desigualdades en el ingreso por diferentes causas que seguidamente explicaré.

La disparidad entre estratos sociales en la chance de entrar a un ciclo educativo

determinado continua hasta que la clase social aventajada alcanza el punto de saturación. Y la saturación es definida como la fase en que prácticamente todos los hijos e hijas de origen privilegiado acceden al nivel en cuestión. “Hasta ese punto, los grupos favorecidos se hallarían mejor equipados para usar las nuevas plazas, y las diferencias de clase subsistirán o incluso se amplificaron mientras la expansión tiene lugar” (Ezcurra A. M., 2019).

En suma, la expansión educativa y una mayor inclusión no entrañan por sí mismas, necesariamente, una merma de desigualdades. En ese marco, la expansión educativa, y la inclusión social, simultáneamente comportan una desigualdad continua y a la vez diversa en el acceso (ingreso, permanencia y graduación). Es decir, se crean nuevas formas de desigualdad, otra tendencia estructural global.

¿Cuáles serían esas desigualdades? En primer término, una inclusión estratificada. ¿En qué consiste? Se trata de la diversificación del ciclo en circuitos institucionales de estatus dispar según posición social, presentándose segmentos de élite y segmentos de masas. Lucas propone que más allá de las brechas cuantitativas (en el ingreso), afloran disparidades cualitativas de fuste. ¿Cuáles? Sobre todo, una estratificación institucional.

Para contrarrestar esta circunstancia, actores en terreno (por ejemplo, ministerios de educación y sistemas universitarios) tienden a activar una división en más segmentos menos accesibles. Y podemos agregar que esa diversificación gesta un escenario en el que la educación es por cierto más asequible, pero los grupos acomodados retienen su hegemonía en los circuitos más valorados. Incluso, una vez que un ciclo se diferenció, la franja menos selectiva se puede abrir aún más, dejando el rol de selección social al estrato más hermético

Así, se crea o ensancha un sector de segundo nivel que absorbe una porción considerable del alza de la matrícula, sobre todo en esa población de posición en desventaja antes excluida.

De este modo, al mismo tiempo que miembros de clases desfavorecidas hallan nuevas posibilidades de inscripción, el sistema genera una diferenciación jerárquica, que en definitiva, adviene una expansión estratificada. Un sistema jerárquico, posiciones heterogéneas en recursos, prestigio y selectividad de alumnos y docentes, una estratificación institucional que es a la vez social.

Así, la desigualdad en el ingreso al ciclo, vertical, puede permanecer estable e inclusive disminuir, mientras sube la partición social por circuito, horizontal, un tipo de desigualdad creciente, generando que en este patrón expansivo más que inclusión hay desvío.

Un proceso por el que sujetos de clases en desventaja son apartados de los espacios de élite y canalizados a esos trayectos de menor estatus: la esfera de masas, se abocan a

establecimientos de ciclo corto e instituciones educativas de rango inferior.

En suma, mientras el tramo superior se dilata y caen las distancias sociales en el ingreso, las brechas se agrandan en el tipo de educación a la que se llega, creando un desvío y no inclusión.

Por lo tanto, la masificación incluye y desiguala. Así, entraña una inclusión estratificada: mayor entrada de franjas de posición desfavorecida, y alejamiento de una cúspide de élite cada vez más inaccesible. Una nueva desigualdad que se origina, que por añadidura aumenta. Una reproducción cambiante y en alza de la desigualdad, otra tendencia estructural.

Así germinan nuevas formas de desigualdad. Por un lado, una inclusión estratificada. Además, una inclusión excluyente. ¿De qué se trata?. Cabe mencionar, que esa fase extraordinaria de masificación y su inclusión social desencadenan otro impacto de envergadura: altas tasas de deserción, otra tendencia estructural global y crítica. ¿Por qué? Es que afecta precisamente a esas franjas antes excluidas y en desventaja en la distribución de diversas formas de capital. “Por eso la idea es que se da una inclusión excluyente, una selección social, en la permanencia, más que en estratos institucionales” (Ezcurra A. M., “Educación universitaria. Una inclusión excluyente”, 2010).

Existe una inclusión, sí, pero centrífuga, que tiende a expulsar a los incluidos. Una situación paradójica, siendo otra tendencia estructural global, típica de la masificación del nivel.

“Desde hace años que la presunta puerta abierta en educación superior para esas capas sociales no es tal, sino que se monta una puerta giratoria: así como entran, salen” (Engstrom & Tinto, 2008).

Así, nace y se expande una inclusión excluyente. Ante ello, cabe plantearnos un interrogante explicativo, de condición causal. ¿Por qué? ¿Cuáles son las determinaciones dominantes? Por un lado, la posición social desfavorable suele ser desagregada en un grupo acotado de variables, pocas pero críticas, comúnmente calificadas como factores de riesgo. Entre otras barreras, se identifican: dedicación parcial al estudio; condición de actividad: trabajo, sobre todo de tiempo completo; estatus de primera generación en educación superior; ingresos monetarios escasos; dependientes a cargo.

“En ese marco, siendo el capital cultural el punto de partida, podemos individualizar un conjunto de componentes que lo definen, socialmente condicionado y desigualmente distribuido, haciendo referencia como capital cultural a un conjunto de habilidades, hábitos y expectativas claves” (Ezcurra A. M., Igualdad en educación superior. Un desafío mundial., 2011).

Entre el capital cultural podemos hacer mención: las aptitudes cognitivas, ligadas al

saber estudiar, aprender y pensar; capacidades de comprensión lectora y expresión escrita; competencias metacognitivas, el monitoreo de los propios aprendizajes (saber si se aprendió o no); “implicación”, tiempo y esfuerzo dedicados al estudio y otras actividades académicas; planificación, organización y aprovechamiento de ese tiempo; dominio del rol: idoneidad para detectar y responder a las expectativas docentes en materia de desempeños, normalmente implícitas.

“Entonces, esa población en déficit distributivo sufre escollos de capital cultural en el ingreso al ciclo, y que ello sitúa una traba crítica para la permanencia y la graduación” (Ezcurra A. M., “Educación universitaria. Una inclusión excluyente”, 2010)

“En definitiva, arrecian desigualdades iniciales, obstáculos culturales, se aviva una desigualdad cultural socialmente condicionada, en palabras, una desventaja desde la línea de largada” ( Passeron & Bourdieu, 2003).

Además esa inequidad redoblada exagera el rol de las instituciones como condicionante primordial de desempeño académico y persistencia. Entonces, el paradigma organizacional se reafirma, creando un proceso de inculpación, muy difundido a escala mundial. “Una visión que recae en los alumnos: fallan los estudiantes, no las instituciones, que por lo tanto son desestimadas como condicionantes de envergadura” (Ezcurra A. M., “Educación universitaria. Una inclusión excluyente”, 2010).

Por lo tanto la educación inclusiva debe considerar las características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizajes diferentes y deben ser los sistemas educativos al momento de diseñar formatos curriculares, atender la amplia diversidad de estudiantes y sus trayectorias.

#### **4. MODALIDADES Y FORMATOS EN EL CURRÍCULO UNIVERSITARIO**

Las cuestiones curriculares son siempre complejas y requieren tener en cuenta, de manera integrada, ideas, dimensiones, aspectos, factores y fuerzas diferentes que, en la teoría y la práctica, se combinan al tomar decisiones sobre el currículo como proyecto de acción de capacitación y educación.

Los formatos curriculares que se acuerdan tienen, sin duda, estrecha relación con consideraciones centradas en principios que están fundados en teorías sobre los diversos objetos de conocimiento que conducen a sustentar la adopción de decisiones respecto de las secuencias, continuidades y rupturas de los contenidos, las modalidades de la enseñanza y la distribución del poder en la construcción arquitectónica del tiempo asignado al proceso de formación de los

estudiantes.

“La expansión cuantitativa del sistema de educación superior, que explica el paso de las universidades de elite a instituciones de educación superior de masas, ha producido ineludiblemente transformaciones de tipo cualitativo en la currícula, en el gobierno y en el nivel de diversificación interna de las organizaciones” (García de Fanelli, 2002).

Estas transformaciones tornan cada vez más compleja a la institución universitaria, particularmente si tenemos presente “aquellos elementos que permiten visualizar la complejidad de una organización: la diferenciación horizontal, la diferenciación vertical o jerárquica y la dispersión espacial” (Hall, 1996).

La masificación obró en la década del sesenta como el motor de los cambios de amplio alcance que afectaron la estructura de los sistemas de educación superior en los países industrializados de Europa occidental y, desde principios de siglo, en los Estados Unidos.

Para algunos países, una opción a la ampliación de la demanda fue crear alternativas de educación superior no universitaria. El proceso de reforma curricular tomó dos caminos básicos. Uno de ellos, el más transitado, consistió en producir una diferenciación institucional dentro del sistema de educación superior; el otro, en promover reformas dentro de las mismas universidades.

En el primer caso, las instituciones no universitarias dieron cabida a las nuevas carreras; en el segundo, las universidades tradicionales fueron las encargadas de ofrecer dichas carreras, cortas y orientadas hacia el dominio de una técnica profesional específica. Alemania, Australia, Francia, Reino Unido y con anterioridad Estados Unidos, optaron por la primera alternativa; España y Suecia son ejemplos de la segunda.

Asimismo, otro camino para ampliar las plazas ofrecidas fue la creación de instituciones de educación superior privadas. Esta vía, recorrida por Estados Unidos, Japón y varios países asiáticos, fue también la que tendió a prevalecer en varios países de América latina, siendo los ejemplos más notables los casos de Colombia, Chile y Brasil, donde aproximadamente el 60 por ciento de la matrícula corresponde a establecimientos de gestión privada (García de Fanelli, 2002).

A la par que el sistema daba cabida a sectores socioeconómicos antes excluidos, esta diferenciación horizontal del sistema supuso también la segmentación del mismo en términos funcionales y de calidad. “Típicamente, los establecimientos de educación superior no universitaria y las instituciones de educación superior privada se han especializado más en la función de enseñanza que en la tarea de investigación, concentrando sus actividades en la formación de profesionales y técnicos para el mercado laboral” (Arocena & Sutz, 2001).

En algunos países existe, además, una diferenciación vertical entre instituciones sobre la base de la reputación. Éste es un nuevo elemento que, junto con la diversidad funcional,

contribuye a estratificar el sistema. Una pregunta crucial en relación con esto es qué instituciones formarán a los futuros líderes del campo político, científico y empresario.

Entre las cuestiones centrales a tener en cuenta, es preciso señalar que los estudiantes matriculados en las universidades no pertenecen ya únicamente a la característica y tradicional franja etaria 18–24 años. Tampoco son todos estudiantes recién egresados de la escuela secundaria ni están enfocados con claridad en la obtención de un determinado título profesional. Muchos estudiantes jóvenes inician estudios sin estar plenamente convencidos de que una determinada carrera será la que mejor satisfará sus aspiraciones, ni si estarán en condiciones de responder a las exigencias que les serán impuestas por la naturaleza o la dificultad de los estudios que ella comporta. De la misma manera, no solo se observa que se han ido incorporando estudiantes jóvenes sin clara orientación y estudiantes de mayor edad, sino que sus expectativas son notoriamente diversas (Camilloni, 2016).

Se integran personas que habían comenzado una carrera pero no la habían completado y que ahora necesitan poseer el diploma para continuar trabajando. Ingresan personas con discapacidad, se suman otras personas que habían finalizado una carrera y a las que para seguir desempeñándose en su trabajo se les requiere un título nuevo que antes no existía. Se incorporan, igualmente, personas que nunca habían estudiado y que encuentran que la posesión de un título universitario mejoraría sus posibilidades de hallar trabajo o de mejorar su posición en el mercado laboral. E, igualmente, se suman personas que se interesan por hacer nuevos estudios, por conocer nuevas áreas diferentes de aquellas en las que se formaron anteriormente, de ampliar sus campos de saber, de plasmar un deseo de conocimiento.

Nos preguntamos si los currículos universitarios son, efectivamente, inclusivos. ¿O se está ocultando la desigualdad? Para el público en general, si se otorgan los mismos diplomas con un mismo título y se sostiene que responde a determinados estándares, se concluye que esos títulos son semejantes. Aquellos que conocen desde el interior el sistema universitario, es probable que reconozcan las diferencias. Pero para quienes son ajenos a los sistemas, la diversidad se opaca. Las desigualdades no se advierten. Es un problema mundial. ¿La igualdad, por la vía de la estandarización, se garantiza, en realidad, en los papeles aunque en la práctica los resultados no sean uniformes? Es esta una gran discusión que nos remite a otra fuerte tendencia que impacta sobre los currículos universitarios: los llamados procesos de internacionalización (Camilloni, 2016).

Una de las condiciones para que se haga posible la movilidad de los estudiantes y de esa forma hacer posible que puedan cursar parte de su carrera en una universidad de otro país, es que esos estudios les sean reconocidos a su regreso.

La estandarización de los planes de estudio facilita, sin duda, esta equiparación. Hay, ciertamente, distintos procedimientos por los cuales se internacionaliza la actividad universitaria, incluidos los componentes curriculares y la movilidad estudiantil.

Si se produce el ajuste a estándares externos, los planes de estudio se uniformizan y

los títulos y asignaturas son reconocidos como equivalentes. También existe presión creciente para que la estandarización responda a pautas internacionales sobre la base de estándares fijados por universidades extranjeras u organizaciones regionales.

Como contrapartida, en los sistemas universitarios, en particular, con fines manifiestos de responder a políticas de equidad y de mejoramiento de la relación de la universidad con la comunidad, se desarrolla una fuerte tendencia hacia la territorialización. Es un tema muy interesante, que se asocia a la perspectiva de la democratización de la universidad en la medida en que se crean cantidad de nuevas universidades que, efectivamente, permiten incorporar a poblaciones que antes estaban muy alejadas social y geográficamente de las universidades. Esta política supone que la universidad, al construir su identidad a partir de la vinculación con el territorio, asume el papel de agente del desarrollo local. Es importante señalar, sin embargo, que este concepto de territorialización no implica, de ninguna manera, que se limite la proyección de la formación y del trabajo del graduado universitario a un ámbito territorial único, estrecho, pequeño, que es aquel en el cual está ubicada la universidad.

## **5. LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA EN ARGENTINA**

Durante las últimas décadas, con la democratización de la universidad en la mayoría de los países latinoamericanos se observaron transformaciones que modificaron la organización y la gestión de los sistemas educativos, incluido el argentino.

Dichos cambios simbolizaron una redefinición de los roles que durante tanto tiempo habían desarrollado los actores (individuales o colectivos, estatales o sociales) involucrados en la gestión, provisión y regulación de los servicios educativos.

En materia educativa, uno de los principales cambios puede observarse en el rol que antes desempeñaban los estados nacionales en la coordinación e implementación de las políticas públicas nacionales.

La República Argentina regula el derecho a la educación en el artículo 14 de la Constitución Nacional, donde se reconoce el derecho a enseñar y aprender de todos los habitantes, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio.

Con la reforma constitucional de 1994, y con el objetivo de garantizar una educación inclusiva, se brindó una protección legal más intensa, por medio de las medidas de acción positiva, que están prescriptas en el inciso 23 del artículo 75 y que promueven la igualdad real de oportunidades. En la reforma constitucional de 1994 se agregaron principios un poco más detallados al ya reconocido derecho a la educación. Ahora se consagraron principios como de

gratuidad y equidad en las instituciones estatales del nivel superior.

El ingreso a las universidades estatales en Argentina es abierto y masivo, en la carrera que cada uno desee. Las medidas de acción positiva han sido pensadas para varios grupos de la población, que así goza de una especie de estatuto legal diferenciado. Tanto en los casos de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, se han aprobado tratados internacionales de derechos humanos específicos para cada uno de estos colectivos. Tal discriminación inversa apunta a que se produzca una efectiva igualdad de oportunidades, aplicando una perspectiva distributiva que reconozca las situaciones fácticas que sufren las personas.

Además, la Constitución Nacional argentina asegura la autonomía de las universidades públicas, lo cual consiste en la aptitud legal de una entidad estatal para dictar sus propios reglamentos y elegir a sus autoridades.

La autonomía en la enseñanza universitaria es un concepto clave porque permite la libertad de cátedra, que cada docente e investigador trabaje y se exprese sin presiones por parte de las autoridades políticas de turno

Cabe agregar que con la sanción de Ley N° 24.521 en el año 1995 (Ley de Educación Superior) definió al nivel como un sistema binario, compuesto por instituciones universitarias y no universitarias, públicas y privadas, y por primera vez comenzó a regularse el funcionamiento de ambos tipos de oferta dentro de una misma normativa.

Además, se planteó un nuevo esquema de poder con la creación de nuevas instituciones (Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, Consejos Regionales de Planificación de la Educación Superior) y la redefinición de misiones para los organismos ya existentes. Desde entonces, compete al Ministerio de Capital Humano de la Nación, a través de la Secretaria de Políticas Universitarias, la formulación de políticas generales en materia universitaria, asegurando la participación de los órganos de coordinación y consulta previstos en la propia ley y respetando el régimen de autonomía establecido para las instituciones universitarias.

Entre los años 1995 y 2015, se originó un movimiento de nuevas instituciones de educación superior públicas para estar ligado al rol social de la universidad: el acceso a la educación superior de los sectores socialmente desfavorecidos.

En los hechos, “la expansión institucional de las últimas décadas favoreció acercar la oferta a territorios donde era inexistente, logrando una cobertura institucional pública total a nivel país”. (Gonzalez & Claverie, 2017)

En la Argentina la gestión de la masificación en la enseñanza superior se planteó como un verdadero problema a partir de los mediados de los años ochenta del siglo pasado.

Comenzaron a elaborarse las primeras propuestas de reforma que se consolidaron con la sanción de la Ley de Educación Superior 24.521/95. Uno de los ejes centrales de la política universitaria argentina, fue la creación de organismos de regulación y mecanismos de responsabilidad.

En este marco, “se buscaron cambios en la distribución de poder y autoridad entre el Estado y las universidades a partir de la creación de organismos de evaluación, regulación y coordinación sistémica” (Gonzalez & Claverie, 2017)

Por lo que en el sistema educativo superior argentino, con el propósito de alta participación en el ingreso, usualmente la masificación no solo abre las puertas a alumnos de clases desfavorecidas, sino que estos ganan una mayor participación relativa.

Así, la inclusión es progresiva, las distinciones de clase en la admisión con frecuencia se abaten, en tal sentido, la democratización se ahonda, el ingreso se acrecienta en todos los estratos, pero fue mayor en capas en desventaja, que así acrecentaron su peso relativo. No obstante, a pesar de ello, “perviven disparidades sociales de fuste, el acceso a la educación superior muestra reiteradamente que las poblaciones en desventaja tienen menos probabilidad de continuar hasta la graduación. Por eso, añaden que la expansión de la matrícula, tan notable, no ha resuelto desigualdades sociales persistentes” (Ezcurra A. , 2011, pág. 22).

## **6. DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR**

Sea que estemos conformes o no con la sociedad en la que vivimos, y estando tan lejos de estarlo por demás, la educación no puede ser aséptica a lo que pasa en el mundo, precisamos tomar acción para establecer nuevos horizontes. Esto quiere decir, tomar posición frente a los hechos que ocurren: “la neutralidad de la educación, de la cual resulta el entenderla como quehacer puro, al servicio de la formación de un tipo ideal de ser humano, desencarnado de lo real, virtuoso y bueno, es una de las connotaciones fundamentales de la visión ingenua de la educación” (Freire P. , 2011, pág. 115).

Como educadores estamos influyendo en la concreción de un cierto modelo de sociedad, ya sea que fomentemos la indiferencia, irradiemos apatía, que transmitamos pasión por lo que hacemos, o bien que despertemos en nuestros estudiantes el deseo de ser protagonistas de un cambio.

El aula de clase es uno de los escenarios de mayor activismo político, es política en acción o inacción, en donde la concientización adquiere un valor fundamental y necesario para comprender que como seres humanos, condicionados pero no determinados, somos agentes de

transformación, somos posibilidad y presente. “Lo importante es que cualquiera sea la situación del contexto que se lleve al aula, debe existir una adaptación que permita la maduración del pensamiento en relación con el uso y la comprensión de un nuevo lenguaje” (Freire P. , 2011).

Adoptando otra mirada, nos permite observar que la realidad demanda la apertura a la interculturalidad desde una “ecología de saberes”, por lo que “tal interacción importante de culturas, creencias, conocimientos y visiones, al contrario de los hechos habituales normalizados, debiera constituirse en una gran oportunidad para hacer efectivo el diálogo de saberes” .

Esto implica el respeto por la diversidad epistemológica de estos sectores y culturas y por la pluralidad de conocimientos, bien lo aclara el autor cuando expresa: hay diversas formas de conocimiento de la materia, la sociedad, la vida y el espíritu (De Souza , 2010).

Dentro de esta perspectiva, hay que señalar que las formas de clasificación, transmisión y evaluación del conocimiento educativo, reflejan el poder y su distribución, así como los principios de control dados. La acción pedagógica que favorece los intereses de las clases dominantes, se transmuta en mecanismo de dominación y violencia simbólica, imponiendo arbitrarios patrones culturales que favorecen a los intereses de clase.

La capacidad de multiplicación de este haber simbólico y sistémico, también opera en las maneras cómo se comunica el currículum. Los docentes son fieles reproductores del mismo, sin lugar ni tiempo para ejercer la reflexión crítica compartida. En este proceso perverso e inadvertido, hace presencia un sentimiento sobresaliente en este camino de violencia: es el temor, el miedo a discrepar. De esta manera, con la conciencia sujeta, los temores se apoderan de los docentes como si se tratara de un estado de sitio a la inteligencia que acaba por robarles la aptitud crítica.

En particular, “el currículum de formación docente nunca es un mero agregado neutral. Hay un grupo tecnocrático que decide qué tipo de conocimientos y de cultura se deben considerar legítimos” (Apple, 1996). Escudriñar qué se acepta como conocimiento, cómo se organiza, quién está capacitado para enseñarlo, quién tiene la potestad de preguntar y responder todas estas cuestiones, son aspectos de cómo la dominación y la subordinación, se reproducen y alternan en esta sociedad. En el fondo, siempre puede desentrañarse la decisión de una política de conocimiento oficial que lleva consigo el conflicto, convirtiendo a los trabajadores docentes en fieles obedientes, sin juicio crítico, reflejo del “mercado de las ideas” de la escuela y esto lo reproducen con sus estudiantes. A ellos se les enseñan rasgos característicos que necesitarán después, cuando se incorporen al mercado laboral.

Sabemos, que los actores sociales no son portadores pasivos de ideología, sino receptores activos reproductores de las estructuras existentes. “Sabemos, de hecho, que su rechazo

del contenido y la estructura de la cotidianidad de la escuela, se relaciona con la idea de que, como clase social, la educación no les capacitará para ir más allá de donde están” (Apple, 1996).

“Esto guarda también relación con el discurso sobre el capital cultural que se emplea en las escuelas, y que asegura el éxito de la niñez perteneciente a los grupos hegemónicos de la sociedad, pero no a aquellos que pertenecen a las culturas subalterna” (Bernstein, Poder, educación y conciencia., 1988).

Los docentes son adiestrados por el sistema para ejercer la formación desde patrones impuestos, con una violencia simbólica normalizada por la tradición, ello conlleva la enseñanza de contenidos forzados sin lugar a la comprensión y construcción de significados compartidos. El mito del poder del profesorado disminuye las posibilidades del diálogo pedagógico del aula y de la práctica de una ecología de saberes desde una perspectiva intercultural decolonial. “Esto hace prevalecer códigos lingüísticos elaborados, incomprensibles para estudiantes de sectores más pobres y de otras culturas, favoreciendo la exclusión, el fracaso y el abandono escolar” (Bernstein, Poder, educación y conciencia., 1988).

De esta forma, el currículum de formación se convierte en un núcleo emisor de violencia simbólica. Esta violencia se ejerce en docentes en formación, con el fin de que vayan acomodando a los estudiantes más pobres en ciertos papeles y estructuras de campo y de habitus, con unas disposiciones para actuar, sentir y pensar de una determinada manera, interiorizadas e incorporadas por los actores, por lo general, poco conscientemente. Frente a este panorama educativo y de formación, que se enmascara de normalidad y naturalidad, se tratan de identificar rutas de salida efectivas.

Freire nos “traza una pista crítica de tránsito para la educación, particularmente de sus actores productores y reproductores. Se refiere al miedo al cambio de los educadores, que acaba siendo inductor de la comodidad que resulta, al resignarse cómodamente a su papel de opresores también” (Freire P. , 1972).

A partir de este pensamiento freiriano, es aquí donde deben interactuar críticamente, tanto los contenidos y filosofía del currículum de formación y del estudiantado, como los métodos congruentes, estableciendo una corriente sinérgica de canales de comunicación, capaces de contribuir, entre las partes, a su superación y replanteamientos epistemológicos y metodológicos.

Lograr transformar tanto la formación docente como la educación misma, en un acto de liberación, con una pedagogía del oprimido que les compromete a ambas partes a buscar la liberación. Esta nueva pedagogía, será capaz de buscar la restauración de la intersubjetividad, lo que implica también, disponer del poder político.

Por tanto, insistir en que el currículum de la educación y de la formación docente, es el corazón y centro de gravedad desde el cual se desarrolla una red eficaz de concepciones, contenidos, normativas y métodos de enseñanza-aprendizaje y evaluación.

Resulta ser invisible pero es el principal y más efectivo mecanismo de poder por ser normalizado y no percibido por los países. En este sentido, la filosofía y principios epistemológicos que dan vida a un currículum nacional, desde las concepciones del equipo tecnocrático que lo elabora, se traducen en la principal salvaguarda y paraguas de quienes gobiernan. El currículum entonces se encarga de asegurar un “pensamiento único” que termina cosificando las conciencias y el espíritu.

Las formas de clasificación, transmisión y evaluación del conocimiento educativo, reflejan el poder y su distribución, así como los principios de control dados. La acción pedagógica que favorece los intereses de las clases dominantes, se transmuta en mecanismo de dominación y violencia simbólica, impone arbitrarios patrones culturales que favorecen los intereses de clase” (Bernstein, Clases, códigos y control: la estructura del discurso pedagógico, 1990).

En este orden, el sistema educativo desempeña el rol de inculcar un arbitrario patrón cultural, el currículum, que es definido por los grupos dominantes de la sociedad, y opera a través de la también arbitraria autoridad pedagógica

Por lo tanto, resulta indispensable transformar el currículum de formación, inspirado en un paradigma de reflexión crítica, de corte hermenéutico y de transformación social. Lo dicho nos plantea la necesidad de pensar en otro tipo de currículum, centrado en capacidades, contenidos y competencias y, a su vez, basado en la realidad social, económica y axiológica de los contextos de vida.

Es condición traspasar los muros actuales, para pensar modelos de formación y capacitación docente diferentes, concertados y situados, comprometidos con la transformación social. La educación puede contribuir a develar, a descubrir las desigualdades educativas, de sexo, de género, económicas, sociales, culturales, que cotidianamente afloran en nuestras sociedades.

Educar en y para la diversidad pero valorando nuestras identidades; difundir la cultura nacional, regional y mundial, en una frase, permitir la diversidad socio educativa. Las personas involucradas en este trabajo nos hemos de comprometer con ello, es un reto por construir.

Poner en práctica la inclusión implica reconocer, por ejemplo que, aún en la actualidad, transcurre la contradicción entre los cambios concretos y las nuevas oportunidades que ofrece el tránsito a la modernidad y el sostenimiento de concepciones tradicionales acerca de la

familia, y los roles socioculturales asignados a lo femenino y a lo masculino.

En efecto, las mujeres siguen sufriendo las consecuencias de la división sexual del trabajo, no pudiendo hacer uso de las trayectorias laborales abiertas con la modernización, seguimos sosteniendo el mandato sociocultural que el cuidado de los niños o de las niñas están a cargo de la mujer.

El sistema educativo reproduce la discriminación genérica que otorga a la mujer una posición subordinada en la familia y el trabajo, y se desvaloriza su aporte en los distintos espacios públicos en los que interviene. Su inserción en el mercado de trabajo y en la actividad pública tampoco la exime de la responsabilidad con el núcleo familiar, lo que conlleva a una sobrecarga de trabajo y la expone a situaciones de tensión permanente, derivadas de las múltiples y a veces contradictorias exigencias que debe abordar.

El punto de partida de cualquier transformación, debe consistir en la consciencia que se tenga de la existencia del otro. Previo a la toma de decisiones didácticas, resulta esencial identificar lo que el otro sabe y la forma en la que lo aprendió. Este comportamiento implica el logro de un alto nivel de respeto por la alteridad, singularidad e historicidad del otro.

Este reconocimiento va más allá de pretender vincular los saberes de los educandos, con los nuevos conocimientos que se gestarán en el marco de la relación; implica desmontar los propios esquemas frente a explicaciones absolutistas y sentir profundamente que la mirada del otro encierra su cultura; por lo tanto, no es un formalismo sino el convencimiento de la existencia del otro y de la diversidad de su pensamiento.

## **6. CONCLUSIÓN**

Incluir, entonces, es identificar y minimizar barreras ya sean materiales, simbólicas, comunicacionales, buscando maximizar recursos que apoyen y promuevan los aprendizajes y la participación. O como afirman los marcos normativos “generar las condiciones que permitan a todos que se cumpla a todos el derecho a la educación”.

Este compromiso es asumido por el Estado y aquí conviene recordar la dimensión política del rol docente, cualquiera sea el cargo ocupado, como referente educativo del mismo en ese compromiso ético-político y pedagógico. Un compromiso que nos convoca a participar en pos de mejorar y modificar las culturas de las instituciones a las que pertenecemos y, de ese modo, a reconfigurar nuestras prácticas.

**BIBLIOGRAFÍA**

Hall, R. (1996). *Estructuras, procesos y resultados*. México: PHI.

Passeron, J.-C., & Bourdieu, P. (2003). *Los herederos. Los estudiantes y la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Apple, M. (1996). *Política cultural y educación*. Madrid: Ediciones Morata.

Arocena, R., & Sutz, J. (2001). *La universidad latinoamericana del futuro*. . Buenos Aires: UDUAL.

Bernstein, B. (1988). *Poder, educación y conciencia*. Santiago: CIDE.

Bernstein, B. (1990). *Clases, códigos y control: la estructura del discurso pedagógico*. Madrid: Morata, Fundación Paideia.

Camilloni, A. (2016). Ensayos: Tendencias y formatos en el currículo universitario. . *Itinerarios educativos*, 59-87.

De Souza , B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce.

Engstrom, , C., & Tinto, , V. (2008). El acceso sin apoyo no es una oportunidad. *Revista de educación superior*, 40, 46-50.

Ezcurra, A. (2011). *Igualdad en educación superior. Un desafío mundial*. Los Polvorines, Prov. De Buenos Aires, Argentina: .Universidad Nacional de General Sarmiento.

Ezcurra, A. M. (2010). “Educación universitaria. Una inclusión excluyente”. En G. y En Vélez, *Encuentros y desencuentros en el ingreso a las universidades públicas*. Río Cuarto: Universidad Nacional de Río Cuarto.

Ezcurra, A. M. (2011). *Igualdad en educación superior. Un desafío mundial*. Buenos Aires: Universidad Nacional de General Sarmiento - Instituto de Estudios y Capacitación.

Ezcurra, A. M. (2019). Educación superior: una masificación que incluye y desiguala. Derecho a la educación. . *Expansión y desigualdad: tendencias y políticas en Argentina y América Latina* , 21-52.

Freire, P. (1972). *La pedagogía del oprimido*. . Buenos Aires: Siglo XXI.

Freire, P. (2011). *La importancia de leer y el proceso de liberación*. . México: Siglo XXI.

García de Fanelli, A. (2002). Universidad pública y asignación de fondos, los desafíos de la complejidad organizacional y productiva. *Tesis Doctoral*. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires.

Gonzalez , G., & Claverie, J. (2017). Planeamiento de la educación superior en Argentina: Entre las políticas de regionalización y los procesos de innovación universitaria (1995-2015). . *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 25.

Rivero, J. (2010). *Expansión de la escolaridad latinoamericana desde mediados del siglo XX: entre la inclusión y exclusión. Comentario al capítulo II del Atlas de las desigualdades educativas en América Latina*. Obtenido de SITEAL.: [http://atlas.siteal.org/sites/default/files/SITEAL\\_Atlascap2\\_20110113\\_Munoz\\_Izquierdo.pdf](http://atlas.siteal.org/sites/default/files/SITEAL_Atlascap2_20110113_Munoz_Izquierdo.pdf).

Skliar, C. (2010). Estar juntos. Proyecto de fortalecimiento de equipos departamentales. . *Conferencia. Dirección de Educación Primaria del CGD*. Paraná.

Teregi, F. (2010). Las cronologías del aprendizaje en concepto para pensar las trayectorias escolares. *Conferencia*. Santa Rosa, La Pampa.

Wacquan, L., & Bourdieu, P. (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Young, M. (1996). Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal. . En *Perspectivas feministas en teoría política* (págs. 99-126). Barcelona: Paidós Iberica.

**Submissão: 29/09/2024. Aprovação: 26/11/2024.**

# NEOLIBERALISMO E ASSISTÊNCIA SOCIAL: EXPANSÃO DA COBERTURA DOS RISCOS SOCIAIS COMO FORMA DE PROTEÇÃO ÀS MATERIALIDADES DAS VIDAS<sup>1</sup>

## NEOLIBERALISM AND SOCIAL ASSISTANCE: EXPANSION OF SOCIAL RISK COVERAGE AS A WAY TO PROTECT LIFE'S MATERIALITIES

Rainer Bomfim<sup>2</sup>  
Universidade Federal de Lavras

### Resumo:

Esta pesquisa objetiva investigar a possibilidade da ampliação da proteção dos riscos sociais pela assistência social como política de combate ao avanço neoliberal. Tem-se como hipótese que a assistência social se trata do campo de proteção por excelência das hipossuficiências dentro da sociedade contemporânea e pode ser expandido por ações governamentais. O texto se justifica pela necessidade da proteção das materialidades de vidas dentro do sistema contemporâneo daquelas/es que são afetadas/os pelos riscos sociais. A vertente metodológica adotada é a jurídico sociológica. Conclui-se pela necessidade de medidas sociais a fim de conter o avanço de políticas de governo neoliberais.

### Palavras-Chave:

Direito Previdenciário. Seguridade Social. Assistência Social. Neoliberalismo. Materialidade de vida.

### Abstract:

This research aims to investigate the possibility of expanding the protection of social risks by social assistance as a policy to combat neoliberal advances. It is hypothesized that social assistance is the field of protection par excellence of hypo-sufficiency within contemporary society and can be expanded by government actions. The text is justified by the need to protect the materialities of lives within the contemporary system of those who are affected by social risks. The methodological aspect adopted is the sociological legal one. It concludes by the need for social measures in order to contain the advance of neoliberal government policies.

### Keywords:

Social Security Law. Social Security. Social assistance. Neoliberalism. Materiality of lives.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> O autor agradece a constante e afetuosa troca de conhecimento com a pesquisadora e professora Dra. Flávia Máximo (UFOP). Agradece-se, ainda, a Ms. Jessica Santos Pereira pela revisão e discussão do texto.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela UFOP. Professor Adjunto de Direito Previdenciário na Universidade Federal de Lavras. Pesquisador do Grupo RESSABER- UFOP. Coordenador do Núcleo de Estudos Direito, Epistemologias e Vulnerabilidade.

A pandemia escarna a miserabilidade humana, as grandes desigualdades socioeconômicas e a necessidade do trabalho<sup>3</sup> pelas/os<sup>4</sup> cidadã/os brasileiros. Contudo, na contemporaneidade, a protoforma de proteção do trabalho pela relação de emprego já não chega a todas/os trabalhadoras/es (ANTUNES, 2009) e continua em constante precarização<sup>5</sup>.

Observa-se que pelas políticas de Reformas Trabalhistas e Reforma Previdenciária, existe uma governamentalidade neoliberal que toma conta dos aparatos institucionais precarizando as formas de existência contemporânea e mostrando a existência de um discurso de reforma em processo de efetivação (DARTOT, LAVAL, 2016). Assim, as ações propositivas pelo Estado se mostram cada vez mais urgentes no atual panorama, seja para conter o avanço neoliberal, para recompor as perdas institucionais ou mesmo aumentar a proteção do risco social presente da vida em sociedade.

Ressalta-se que políticas assistenciais não são as únicas e a solução para as políticas de austeridade perpetradas pelo neoliberalismo e tem-se ciência que são micro concessões por parte do capital. Contudo, faz-se necessário proteger as materialidades da vida, ou seja, aquelas/es que estão experimentando na pele os efeitos e os riscos causados pela retirada de direitos sociais que são vivendo na contemporaneidade. A ideia de materialidade de vidas<sup>6</sup> é pensada em contraste às abstrações do sujeito de Direito. Trata-se, então, de a partir do diagnóstico de um cenário de recessão e supressão de direitos, que se apresente políticas pelo Estado que protejam as/os mais vulneráveis.

Neste sentido, sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, apresenta-se a governamentalidade neoliberal dentro da sociedade contemporânea como propulsor de

---

<sup>3</sup> Este período pandêmico é marcado pelo aumento nas sobrecargas de trabalho não remunerado no âmbito do lar (doméstico e de cuidado) que continuam sem proteção específica e foi suportado majoritariamente por mulheres (HIRATA, KERGOAT, 2007).

<sup>4</sup> Em termos de desobediência epistêmica, utiliza-se o feminino na frente para demonstrar que o padrão neutro é uma escolha política.

<sup>5</sup> Fato que relevam essas tentativas de precarização são: a) a Medida Provisória n° 1045 (já revogada) que permitia a contratação de jovens sem vínculo trabalhista, sem férias, fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) ou mesmo 13° salário; b) o relatório do Grupo do Tempo de Serviço (Gaet) que propõe o fim do pagamento da multa de 40 % do falar do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou mesmo o repasse desse valor para o Governo; c) no contexto do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao longo dos anos, vem, paulatinamente, conferindo constitucionalidade às leis e emendas à constituição que balizam essas políticas reformistas, como o julgamento das Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 5735, 5695, 5687, 5686 e 5685 que conferiu legalidade à Lei n° 13.429/2017, conhecida como Lei da Terceirização, e o julgamento da ADI 57894 e em mais outras 18 ações (em 2018) que conferiu constitucionalidade ao dispositivo que versava sobre o fim da contribuição sindical obrigatória.

<sup>6</sup> Pensar em materialidade de vidas é construir proposições além das abstrações de proteções jurídicas abstratas em direitos ou interpretação de princípios ou normas. Não é fazer apenas uma bibliometria de legislações espartas e afirmar que existe direitos a partir disso, como é feito em construções rasas e de reafirmação da estrutura do direito como um mecanismo justo. Trata-se de construir propostas de políticas de proteção que atinjam real e necessária das pessoas e daquele grupo estudado. Mostra-se como uma construção e proposição situada e que tem compromisso com a *práxis*.

precariedades. A questão problema desta investigação é se a assistência social, enquanto um instrumento jurídico-securitário de proteção das/os hipossuficientes, pode ser utilizado na expansão da proteção oferecida pelo Estado.

A hipótese apresentada é que a assistência social se trata do campo de proteção por excelência das hipossuficiências dentro da sociedade contemporânea e pode ser expandido a partir de ações governamentais a grupos até então não abarcados, entretanto essa expansão precisa ser pensada além daquela proteção padronizada do risco social concebido a partir de um mesmo sujeito abstrato da modernidade.

Para a comprovação desta hipótese, o trabalho é dividido em três partes. A primeira delas é a apresentação do neoliberalismo como uma racionalidade científica que está inscrita na formação da subjetividade contemporânea e que acentua padrões existentes. Em seguida, discute-se a seguridade social e a assistência social conforme estão desenhadas e quais são os riscos sociais já protegidos. Por fim, apresenta-se propostas de renda garantida e proposições-outras dentro do aparato jurídico, como mecanismo de consolidação e expansão da proteção social.

## **2. NEOLIBERALISMO COMO FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE**

Michel Foucault no curso *Em defesa da Sociedade* conceitua racismo de Estado como aquele “desenvolvido, em primeiro lugar, com a colonização, isto é, com o genocídio colonizador” (FOUCAULT, 1999, p. 229), visto que “o racismo está ligado ao funcionamento de um Estado obrigado a se servir da raça, da eliminação das raças e da purificação da raça, para exercer seu poder soberano” (FOUCAULT, 1999, p. 230). Ainda sobre isso conceitua que:

O racismo é formado nesse âmbito (o racismo em sua forma moderna, estatal, biologizante): toda uma política da população, da família, do matrimônio, da educação, da hierarquização social e da propriedade, e uma longa série de intervenções permanentes ao nível do corpo, das condutas, da saúde e da vida cotidiana receberam então sua cor e sua justificação da preocupação mítica por proteger a pureza de sangue e de fazer triunfar a raça. (FOUCAULT, 1999, p. 197)

Nestes termos, existe uma biopolítica que está intimamente ligada com a gestão da vida e uma produção da morte, uma forma política de “deixar morrer” para aquelas/es que não são desejáveis na sociedade ou que ameaçam a saúde e à segurança da população (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 20). Por estas lentes, o racismo é uma política de exclusão daqueles que não são dignos de proteção naquela sociedade.

Essa ideia é retomada em *História de Sexualidade* para apresentar uma mudança do político e para que fenômenos da vida entrassem nos campos mediados por técnicas políticas (FOUCAULT, 1995). A política cuida da gestão das vidas chamada de biopolítica. Pensar essa ideia é estabelecer que a vida se torna uma forma de luta. A biopolítica é, assim, forma de abandono e negligência políticas.

Dentro dessa leitura foucaultina, tem-se no curso *Nascimento da biopolítica* a conceituação do autor sobre o que seria o neoliberalismo. Michel Foucault (2008, p. 437) afirma que o neoliberalismo é uma razão governamental e uma faceta do capitalismo contemporâneo<sup>7</sup>, sendo uma forma através das quais as condutas dos sujeitos são conduzidas pela administração do Estado. A razão neoliberal determina quem são as/os sujeitas/os que serão marginalizadas/os – ou seja, quais são as vidas que importam para o Estado e quais aquelas que estão autorizadas a morrer.

O autor afirma que esta proposta neoliberal está dentro dos debates político-econômicos passando a ocupar agenda dos debates políticos. É importante ressaltar que as leituras sobre o que seria o neoliberalismo de Michel Foucault acontecem antes da eleição de Margaret Thatcher e Ronald Regan (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 10), ou mesmo antes do Consenso de Washington. Isso sugere que a agenda política europeia já flertava com essa nova forma de governo e era observada pelos autores críticos da época.

Assim, afirma-se que existe uma governamentalidade neoliberal como forma de exercício de poder sobre a população, instrumentalizada a partir de técnicas, táticas, análises e proposições.

Nessa mesma linha, Pierre Bourdieu (2013) afirma que existe um panorama científico do conhecimento que foi convertido em programa político de ação, levando ao cabo a proposta de individualidade extrema. Afirma que se mostra um discurso de confiança, lealdade e que se deve “vestir a camisa da empresa”. Essa construção vem na formação da subjetividade para a

---

<sup>7</sup> Entende-se que o capitalismo contemporâneo se adapta mais facilmente a diferentes realidades, por ser um termo mais flexível, como o próprio capital, e que pode abarcar países de capitalismo central e periférico, bem como formas de produção agrária, manufatureiras, industrial, do setor de serviços, financeiro/especulativo e tecnologias da informação. Abrange, também, o trabalho formal, informal, “autônomo”, doméstico, de cuidado, entre outros, vez que todas as faces do capitalismo e de suas formas de produção se encontram entrelaçadas e são dependentes umas das outras, num mundo globalizado. A economia global depende dessas diferentes atuações do sistema capitalista. Por isso, esse termo procura não abordar o capitalismo como se fosse um sistema com uma única face, com uma única forma de exploração, vez que são diversos os seus modos de atuar, de explorar e oprimir. Busca-se trazer a contemporaneidade como algo híbrido, que envolve permanências e rupturas em relação ao capitalismo industrial/colonial. Assim, o capitalismo contemporâneo carrega um hibridismo: não se confunde com o capitalismo industrial, mas possui resquícios dessa fase do sistema, já que precisou se reformular, através de novas tecnologias, para manter a sua lei de autovalorização e de acumulação em um mundo globalizado (MÁXIMO PEREIRA, 2020).

realização de uma (suposta) realização humana (BOURDIEU, 2013; DARDOT, LAVAL, 2016). A construção dessa subjetividade visa formar um/a sujeita/o neoliberal, que é individual, um/a sujeita/o-empresa e que objetiva dispor dos seus direitos por não se reconhecer como trabalhador/a, mas sim um empresário/a (BOURDIEU, 2013; DARDOT, LAVAL, 2016). É uma desidentificação com uma classe coletiva (a trabalhadora) e uma proposição individual que tem como fundamento a competitividade e o lucro.

Já mais recentemente, em posse destes acontecimentos, Wendy Brown (2015) desenvolve as ideias articuladas pelo neoliberalismo no contexto norte-americano para pensar a razão governamental como uma expansão para toda a lógica de existência humana. Brown (2015) sustenta que existe um/a sujeita/o política/o que passa a ser interpretado como capital humano e existe um governo deste instrumento. O que existe é uma forma de utilizar aquelas/es sujeitas/os como mais um elemento do Estado e racionalizar a partir destes.

Essa expansão da razão neoliberal deve ser lida em todos os aspectos da vida cotidiana, ao passo que cada vez o Estado deve ser gerido como uma empresa e as/os sujeitas/os como pequenas empresas (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 10). Existe uma ideia da colonização das racionalidades próprias do mercado dentro do Estado e no interior dos indivíduos (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 10). É o privado sendo transferido para o público como se fosse a melhor (ou a única) lógica a ser seguida.

A racionalidade neoliberal não é a mesma propagada pelo liberalismo, mas sim um Estado regulador que age sistematicamente no ambiente, embora não realize ações diretamente no mercado (FOUCAULT, 2008; ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 10). Essa ótica cada vez mais é mitigada pela necessidade de aporte público em instituições privadas para garantir o funcionamento da economia neoliberal (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p. 10). A teoria e a prática das atividades do neoliberalismo escancaram a existência do constructo de uma racionalidade específica.

Existe um Estado interventor para garantir as liberdades e os direitos defendidos pela iniciativa privada e pelas elites econômicas. As ações consagradas em 1989 no Consenso de Washington mostraram que existe uma postura latente do Estado em desregular a economia com ações de desmonte de direitos sociais. O que se mostra nítido é que o Estado influenciado pela razão neoliberal deveria deixar de investir em ações para o social e focar apenas na manutenção do *status quo*. As formas de promoção do bem-estar e necessidades básicas seriam cada mais privatizadas para as famílias.

Assim, aquela/e sujeita/o econômica/o ativa/o é formada/o, produzida/o e pensada/o para proporcionar os seus próprios proventos futuros (ALVES, ALVES, PATENTE, 2021, p.

20). Existe uma racionalização da forma como a educação deve ser pensada, uma forma de acesso à direitos, todo um aparato institucional para domesticar o indivíduo como uma pequena máquina de produção burguesa. Então, esta se consubstancia na construção de uma subjetividade neoliberal. Nota-se uma imposição do Estado, da sociedade e dos seres humanos a um modo de ser (BROWN, 2015).

Foucault (2009), por sua vez, nos seus escritos, afirma que existe um *homo economicus*, uma primazia do mercado em relação ao Direito. Essa relação autorizaria a possibilidade de contrapor-se a direitos sociais já garantidos para retirá-los em nome de uma razão do mercado. Esse cenário é presente dentro do contexto brasileiro com as políticas de reforma (seja a Trabalhista em 2017<sup>8</sup> ou mesmo a Previdenciária em 2019). Afirma-se, então, que existe um discurso reformista em ação (DARDOT, LAVAL, 2016) dentro do Poder Executivo brasileiro que é legitimado pelo Legislativo e confirmado pelo Judiciário para seguir uma agenda neoliberal que sacrifica conquistas sociais (DARDOT, LAVAL, 2016).

Conjugando as ideias de Foucault (2008) e a interpretação de Wendy Brown (2015) de racionalidade neoliberal, que ressalta a generalização da/o sujeita/o-empresa, existem exclusões sistemáticas daquelas/es que não conseguem se inserir no mercado de trabalho e prover essa situação de padronização para o consumo. Mostram-se como necessários sujeitas/os que não atendem aos padrões e/ou sejam desempregadas/os para a máquina estatal funcionar. Repete-se, o ser humano passa a ser mais um elemento na engrenagem estatal.

Desta forma, recorre-se ao conceito de precariedade em Judith Butler para entender estes processos de exclusão e marginalização. No seu livro *Vidas Precárias*, apresenta-se discussões sobre os elementos que estabelecem relações entre os seres humanos, investigando a base para desenvolver uma tradição teórica que possa compreender a vulnerabilidade em termos de alteridade dentro dos meios de convívio social. A ideia aqui é contrapor esse exército de reserva com a precariedade latente de todos, mesmo que seus riscos sejam distribuídos de formas assimétricas.

No seu livro *Quadros de Guerra*, a autora (2020a, p. 19-25) desenvolve essa questão ligando-a às diferenças do conceito de precariedade e condição precária. Para Butler (2020a, p. 19-25), precariedade se traduz em uma questão política universal que se dá em virtude de toda

---

<sup>8</sup> Reforma Trabalhista – sem diálogo e debate com a comunidade acadêmica, especialistas e sociedade civil – se mostrou um ataque às estruturas dos sindicatos. Salienta-se neste ponto a Reforma Trabalhista provocou o enfraquecimento dos sindicatos, ao passo que possibilitou a negociação individual entre trabalhador e patrão em diversos pontos.

a sua vulnerabilidade em relação à/ao outra/o. Dessa maneira, todas/os estão expostas/os a contextos de violências, perigos, enfermidades ou migrações forçadas. Com traz:

[...] a precariedade só faz sentido quando somos capazes de identificar a dependência e a necessidade corporal; a fome e a necessidade de abrigo; a vulnerabilidade às agressões e à destruição; as formas de confiança social que nos permitem viver e prosperar; e as paixões ligadas à nossa persistência como questões claramente políticas. [...] a nossa **precariedade depende em grande medida da organização das relações econômicas e sociais, da presença ou ausência de infraestruturas e de instituições sociais e políticas de apoio.** (BUTLER, 2020a, p. 80, grifo nosso).

Esse conceito é construído por dois elementos: relacionalidade e finitude. A precariedade, em termos de relacionalidade, se dá pela exposição das pessoas ao mundo social e às suas possibilidades de contingência (BUTLER, 2020a, p. 19-25). A finitude se manifesta no fato de que todos os seres humanos estão expostos ao convívio social; sempre se encontram em uma relação de exposição, o que denota que a existência pode ser findada a qualquer momento e, como decorrência disso, todos os seres humanos são absolutamente substituíveis (BUTLER, 2020a, p. 19-25). Essa leitura deste segundo elemento deve ser feita dentro da lógica proposta pela autora de uma leitura não existencialista (BUTLER, 2020a, p. 19-26).

Neste sentido, todas/os estão expostas/os à condição precária, dada a vulnerabilidade e a contingência. Entretanto, existem graus assimétricos de exposição a esses riscos eminentemente sociais, o que a autora chama de condição precária (BUTLER, 2020a, p. 24-29). Esse conceito é desenvolvido no sentido de demonstrar que existe uma distribuição diferencial da precariedade pelos próprios marcadores sociais, amplificando as condições precárias de determinados indivíduos, que são escolhidos pela sociedade. Esta condição está inserida em certas populações que sofrem com redes sociais e econômicas de apoio diferenciado em relação às outras e ficam expostas de forma diferenciada às violações, às violências, aos riscos sociais e, conseqüentemente, à morte (BUTLER, 2020a, p. 45-47).

Assim, camadas privilegiadas estão inseridas ao mínimo de precariedade em relação às outras. Aquelas que se adequam a subjetividade neoliberal, ao seu padrão de consumo, que possuem assistência privatista-familiar, que estão dentro das relações de emprego ou concursos públicos estão expostas a um menor risco social. Estas leituras devem ser localizadas pelas inter-relacionalidades destas camadas de privilégio em termos de raça, gênero, sexualidade, condição social, nacionalidade, deficiência, identidade de gênero, entre tantos outros.

Grupos vivenciam condições de estruturas sociopolíticas que tornam sua existência mais precária em relação às outras, sendo que são mais vulneráveis em sua existência, o que inclui as condições de acesso a direitos. Discutir o valor diferenciado dado à vida humana pode

revelar uma percepção de que existem vidas que valem mais do que outras, ou que devem ser mais protegidas do que outras. Isso é denotado em nível de grupos que são excluídos da sociedade por meio da ação institucional do Estado. Percebe-se que esta relação se mostra como uma semântica política e jurídica (específica) é capaz de conferir proteção a partir da sua relação de adequação ao padrão burguês do Estado<sup>9</sup>. É a manutenção de organizações sociais (violentas) a partir da adequabilidade com as delimitações estatais.

A autora também trabalha o conceito de interdependência: todas as pessoas são dependentes de redes e estruturas de manutenção da própria vida para que possam sobreviver em seus nichos (BUTLER, 2020b). Soma-se a isto que essas atividades de manutenção da vida, majoritariamente, estão vinculadas ao Estado (BUTLER, 2020b).

Entende-se que a precariedade enquanto uma vulnerabilidade não é uma passividade ou mesmo uma menorização, mas sim um elemento das relações sociais que inclui, em si, práticas de resistência. Assim, cabe articular como a precariedade pode se transformar em um elemento de unidade não-identitária de grupos expostos a maior vulnerabilidade<sup>10</sup>.

É persistir frente a uma condição de vulnerabilidade que demonstra a própria forma de força para resistir (BUTLER, 2020b, p. 201). Faz-se necessário pensar a precariedade enquanto possibilidade de articular as vulnerabilidades humanas, sem ignorar as suas diferenças sociopolíticas pelos corpos.

Cabe, portanto, ao campo jurídico uma construção que busque a superação de desigualdades em suas múltiplas dimensões, que permita a proteção de sujeitas/os que são marcados pela precariedade em relação às normas de sexualidade, gênero e identidade de gênero, o que também perpassa pela posição em termos sociais de classe.

Toda relação jurídica é reflexo de uma relação social. Assim, é preciso pensar em uma luta que se passa pela noção da precariedade dos corpos e das existências, de tal forma que ninguém escape da condição precária da vida social (BUTLER, 2020b, p. 81).

Em territórios do Sul<sup>11</sup>, percebe-se que essas desigualdades estruturais na distribuição das condições precárias estão articuladas com uma posição de subalternidade que se relaciona

---

<sup>9</sup> Em países do Sul, esta lógica de adequação é marcada pelos padrões coloniais que imperam desde a modernidade.

<sup>10</sup> São ideias como esta que são trabalhadas também por Paul Preciado (2011) como multidões *queer*, que não é o entendimento de *queer* tendo como fio condutor a identidade, mas sim como um entendimento de construção de seres precários como possibilidade de redes de aliança, em busca de alteridade e solidariedade.

<sup>11</sup> Os conceitos de Sul e Norte nesta pesquisa são utilizados em termos da geopolítica do conhecimento e da divisão internacional do trabalho. Assim, não estão adstritos aos conceitos geográficos.

com a divisão racial e sexual do trabalho<sup>12</sup>. As cartografias da criação da classe trabalhadora neste território envolvem os efeitos da colonialidade e da classificação fenotípica de raça (QUIJANO, 2005). As formas de exploração da era contemporânea impõem ideais corporais, padrões de consumo e de vestimenta dentro e pelo trabalho, oferecem uma forma de pensar e financeirizar o capital para que essas pessoas continuem produtivas, mesmo sem proteção social.

Portanto, o que se percebe é que a vida em sociedade gera diferentes formas de acesso e de oportunidades às/aos suas/seus integrantes. Essa diferenciação é feita, em territórios do Sul, a partir de uma adequação ou não a um padrão histórico de poder – que define quais são as subjetividades protegidas pela normatividade jurídica a partir de uma ocupação histórica.

A miríade da política neoliberal tenta transformar as conquistas sociais de trabalhadoras/es nestes países em custos e tenta suprimi-las como um discurso universalista e universalizante. Isso aumenta a precariedade destas/es cidadã/os e as expõe a maiores riscos sociais em relação as pessoas que estão em condições parecidas em países do Norte.

O Estado, ao longo das suas dimensões (liberal, social e democrática) e em diversos discursos, atuou como um agente de seleção de proteções sociais para destinar recursos específicos para aquelas/es que se adequam as suas regras. Estas proteções possuem regulações específicas, o que se discute a seguir.

### **3. SEGURIDADE SOCIAL NO ASPECTO CONSTITUCIONAL**

Passa-se à análise do ramo jurídico que é responsável pela proteção social: o Direito Previdenciário. Nesta seção, apresenta-se os princípios e características da seguridade social que estão diretamente relacionados com o tema.

---

<sup>12</sup> Especificamente na colonização das Américas, a escravização, a servidão e a relação de emprego foram exercidas concomitantemente no sistema capitalista moderno/colonial, associadas à cor da pele para determinar aqueles que pertenceriam à categoria ontológica de humanidade e que, conseqüentemente, poderiam ocupar um trabalho livre. Do ponto de vista do pensamento moderno liberal-eurocêntrico, ainda enaltecido pelo direito do trabalho brasileiro, a escravidão, a servidão e a produção mercantil independente são concebidas como uma sucessão histórica prévia à mercantilização da força de trabalho, ou seja, são pré-capital. Entretanto, como salienta Quijano (2005), na América Latina, tais formas de controle do trabalho não emergiram em uma sequência histórica unilinear, pois nenhuma delas foi uma mera extensão de antigas formas pré-capitalistas, e, portanto, não foram ou são incompatíveis com o capital. Na América Latina, a escravidão foi estabelecida como mercadoria para produzir para o mercado mundial, simultaneamente com a servidão “indígena” e a produção mercantil independente. Assim, foi imposta uma sistemática divisão racial do trabalho, em que “índios” foram confinados na estrutura da servidão e “negros” foram reduzidos à escravidão. Os espanhóis e os portugueses, como raça não-negra dominante, podiam receber salários e exercer trabalho livre.

O Direito Previdenciário se fundamenta na proteção humana e atua por meio de um conjunto de medidas do poder público e da sociedade, destinadas a assegurar direitos que se operam em três dimensões: a previdência social, a assistência social e a saúde pública (BRASIL, 1988; ESTEVES, 2015, p. 44-46). Estes pilares indissociáveis na proteção humana formam o sistema da seguridade social.

No Brasil, a seguridade, enquanto um complexo jurídico-social, consiste em um sistema constitucional de proteção, que preza pelo trabalho humano digno, pelo bem-estar das/os sujeitas/os e pela realização de justiça redistributiva. Trata-se do ramo jurídico que concentra o conjunto de medidas constitucionais de proteção<sup>13</sup> dos cidadãos na seara estatal, seja em termos de direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1988). Essa proteção está prevista especificamente nos arts. 193<sup>14</sup> e 194<sup>15</sup> da Constituição, como apresentam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Sob esse aspecto de proteção a todos os grupos de indivíduos de uma mesma sociedade, é relevante o papel do Estado no sentido de, ao mesmo tempo, assegurar a criação e manutenção de um sistema de proteção aos infortúnios que atingem a capacidade de subsistência e obrigar os integrantes economicamente capazes da coletividade, por meio do poder coercitivo de que é detentor, a participar compulsoriamente desse sistema, para que nenhum indivíduo fique ao desamparo e para que a sociedade tenha sua cota de participação no custeio dessa proteção, para a manutenção de uma existência digna. É essa a concepção de Seguridade Social a que nos acostumamos. (CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 14).

Assim, entender o sistema de seguridade brasileiro é compreender que, normativamente, existe um dever Estatal em efetivar a proteção humana em vários campos de existência social, por meio de suas diversas formas de financiamento<sup>16</sup>. As receitas desse

---

<sup>13</sup> Como traz Flávio Roberto Batista (2012, p. 12): "Os direitos sociais são aqueles que a teoria do direito comumente denomina direitos de 'segunda geração', por vezes também inseridos em uma categoria mais ampla de direitos 'econômicos, sociais e culturais'. No atual ordenamento jurídico brasileiro, são direitos sociais aqueles constantes dos artigos 6º aos 11 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e todos os seus consectários espelhados pelo restante do texto, mormente no capítulo que aborda a ordem social – art. 193 e seguintes."

<sup>14</sup> "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." (BRASIL, 1988).

<sup>15</sup> "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social." (BRASIL, 1988).

<sup>16</sup> "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar." (BRASIL, 1988).

financiamento são oriundas de tributos sobre diversas bases de custeio, conforme princípio estabelecido no art. 194, parágrafo único, IV<sup>17</sup> da CRFB/88 (BRASIL, 1988), que envolvem fatos geradores para além da prestação de serviços remunerada, a exemplo da contribuição social que incide sobre o concurso de prognósticos (art. 195, III, CFRB/88).

Além disso, prevalece o princípio da equidade na forma de participação do custeio, previsto no art. 194, parágrafo único, IV da CRFB/88 (BRASIL, 1988), pelo qual a proteção social deve ser garantida às pessoas hipossuficientes, sendo exigida, quando possível, contribuição equivalente ao seu poder aquisitivo, adotando o princípio da progressividade tributarista.

Nota-se que o custeio da seguridade social é feito indiretamente por tributos provenientes do orçamento público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e diretamente por contribuições sociais para a seguridade social, que são tributos finalísticos, ou seja, destinados exclusivamente à seguridade social. Não existe uma vinculação obrigatória da receita com um benefício assistencial em específico, muito embora possa existir a vinculação da receita para determinado setor da seguridade social, como a saúde pública (ESTEVEVES, 2015, p. 48).

A saúde pública e a assistência social são consideradas deveres do Estado, razão pela qual são de acesso universal e se apresentam como não-contributivas (ESTEVEVES, 2015, p. 46). Qualquer indivíduo que delas necessite ou experimente algum tipo de risco social<sup>18</sup> pode acessá-las, desde que esteja contemplado pelos procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou pelas políticas do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Por sua vez, a previdência social é contributiva<sup>19</sup>, de tal forma que o seu acesso está restrito para "[...] àqueles que contribuíram durante a vida considerada ativa [...]" (ESTEVEVES, 2015, p. 46).

Destarte, a seguridade social fixa um seguro para todas/os as/os cidadãs/ãos, com o objetivo de proteger aquelas/es<sup>20</sup> que são afetadas/os pelos riscos sociais (ESTEVEVES, 2015, p.

---

<sup>17</sup> “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VI: diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social.” (BRASIL, 1988).

<sup>18</sup> O risco social é evidenciado pela perda da sua capacidade laborativa, experimentado pela vida em coletividade.

<sup>19</sup> Para acessar a sua proteção dos riscos sociais é preciso custear parte dessas despesas com contribuições mensais (ESTEVEVES, 2015, p. 48).

<sup>20</sup> Dentro da previdência social são protegidas/os aquelas/es que são designadas/os como beneficiárias/os, que podem ser as/os seguradas/os, aquelas/es que experimentam os riscos sociais, ou as/os dependentes, aquelas/es que dependiam economicamente delas/es (ESTEVEVES, 2015, p. 48). São exemplos de dependentes: cônjuges, filhas/os menores e aqueles que são designados pela/o segurada/o como dependentes (pai(s)/mãe(s), filhas/os

46). Essa afetação é uma disputa constante daquelas/es membros da sociedade perante o Estado, sendo que esse sistema de proteção é uma conquista da classe trabalhadora, que luta pela progressividade da proteção daquelas/es que estão em situação de vulnerabilidade (COHN, 1980, p. 58).

Logo, a criação de um sistema securitário busca a proteção de múltiplos aspectos da vida, baseando-se em um conjunto de serviços públicos de qualidade que deve ser concedido a todas as pessoas em situação de risco social. É o estabelecimento dos três pilares da seguridade social, dentro da estrutura constitucional, que garante o atendimento às/aos cidadãs/ãos que não conseguem prover as suas necessidades mais básicas, tampouco de seus familiares.

O tríptico custeio é efetuado pelo Estado, enquanto trabalhador e empresa asseguram um sistema securitário superavitário, ao contrário das narrativas de austeridade do sistema capitalista moderno/colonial, encampadas pelo governo Temer e pelo governo Bolsonaro. Sem dados sistêmicos<sup>21</sup>, esta narrativa austera reflete o projeto político de associar a flexibilização de direitos sociais ao crescimento econômico e à criação de empregos.

Contudo, como ressalta Denise Gentil (2017), o sistema brasileiro de seguridade social tem a diminuição do seu resultado fiscal prevalentemente em razão de políticas macroeconômicas de flexibilização do emprego protegido, o que gera a queda profunda das receitas das contribuições previdenciárias.

A redução dos salários reais e o crescimento de postos de trabalho informais e intermitentes têm definido a trajetória do resultado previdenciário, e consequentemente, da seguridade social, em detrimento de fatores internos, como o valor dos benefícios, a idade de acesso à aposentadoria e o tempo mínimo de contribuição (GENTIL, 2017, p. 90). Denise Gentil explica:

A questão central deixou de ser a superação do subdesenvolvimento e a redistribuição da renda para ser o combate à inflação e facilitação da ampla penetração dos interesses financeiros de bancos, fundos de previdência privada complementar e fundos de investimentos sobre os recursos públicos. Um sistema de seguridade social universal, solidário, baseado em princípios redistributivistas e, ele mesmo, gerador e consumidor de elevadas quantias de recursos orçamentários, conflita com o domínio das finanças sobre os aparelhos de estado e seu avanço sobre o manancial de recursos do orçamento

---

maiores). No âmbito dos segurados há os obrigatórios (empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais) e facultativos (ESTEVEZ, 2015, p. 48).

<sup>21</sup> Baccaro e Rei (2007) analisaram dados de dezoito países membros da OCDE, entre 1960 e 1998, concluindo mediante testes econométricos que não há evidência robusta de que normas rígidas laborais causam desemprego, o que é surpreendente considerando a sua grande difusão e sua forte influência na elaboração de estratégias políticas e econômicas regulamentadoras do mercado de trabalho. Segundo a pesquisa, para que o argumento da flexibilização das normas trabalhistas fosse verdadeiro, a queda das taxas de desemprego deveria ser resultado da redução de normas protetivas nos países estudados, o que não ocorreu na experiência histórica (BACCARO; REI, 2007, p. 530).

da seguridade social. (GENTIL, 2017, p. 90).

O discurso de austeridade “[...] ignora a existência de um orçamento da seguridade social e trata o orçamento público como uma equação que envolve apenas receita, despesa e superávit ou déficit primário da União.” (GENTIL, 2017, p. 91). Este discurso de precarização dos direitos sociais atingiu seu ápice com a Reforma da Previdência do atual governo (Emenda Constitucional n. 103 de 2019). “Os brasileiros estarão submetidos a uma situação de permanente reforma da previdência. A justificativa é velha conhecida: necessidade de ajuste fiscal<sup>22</sup>” (GENTIL, 2020, p. 433).

Nesta Reforma<sup>23</sup>, destaca-se a precarização do trabalho e da vida das mulheres, pois a idade feminina para aposentadoria programada subiu, desconsiderando a divisão sexual do trabalho, passando de 60 para 62 anos, cumulada com o tempo de contribuição de 15 anos. Conforme Denise Gentil (2020), essas mudanças de parâmetro inviabilizarão a aposentadoria de milhares de trabalhadoras e se mostra um discurso neoliberal. Pesquisa feita com base em dados de 2016 revelou que “[...] 74,82% das mulheres que se aposentaram pelas regras então vigentes (idade de 60 anos) não se aposentariam se a Emenda Constitucional já estivesse em vigor [...]” (GENTIL, 2020, p. 42). É um ataque neoliberal da proteção social a mulheres.

Ressalta-se que se o horizonte da aposentadoria programada se tornou distante para mulheres cisgênero, trata-se de uma distopia concreta para mulheres trans, que além de serem alijadas do mercado formal de trabalho, têm que se submeter a uma legislação previdenciária estruturada sob a perspectiva binária de gênero e que não tem respaldo jurídico de como será usufruído este direito (BOMFIM, 2024).

---

<sup>22</sup> Paradoxalmente, Denise Gentil (2020, p. 431) destaca que as desonerações de contribuições sociais continuaram: “Em 2018, alcançaram o patamar de 283,4 bilhões de reais ao ano, sendo 52% deste montante pertencentes à Seguridade Social. Até mesmo recursos que poderiam ser arrecadados com a exploração do petróleo do Pré-sal, a riqueza estratégica do país, foram alvo de renúncias estimadas em 1 trilhão de reais, entre 2018 e 2040. Outra enxurrada de recursos foram perdidos com a sonegação de contribuições previdenciárias, estimada em 103 bilhões de reais ao ano, equivalentes a 1,7% do PIB (SINPROFAZ, 2017). A Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Anfip) denunciou que, em 2007, a Receita Federal tinha 4.180 fiscais, hoje, não há mais que 600 pessoas voltadas para combater a sonegação, a inadimplência e os desvios na Previdência. As grandes empresas devedoras são permanentemente perdoadas de honrar seus débitos passados, de forma que a dívida ativa previdenciária cresce a cada ano, tendo chegado ao nível de 427,7 bilhões de reais, em 2016”.

<sup>23</sup> Na Reforma da Previdência houve, ainda, outros pontos de precarização. O primeiro deles foi a elevação da idade para a aposentadoria de professoras da iniciativa privada para 57 anos e 25 anos de contribuição como professora e para os professores da iniciativa privada de 60 anos de idade e 25 anos de contribuição como professor. Quando se trata de professoras/es estatutárias/os, ou seja, aquelas/es que são servidoras/es públicas/os, é necessário ainda 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo. O segundo ponto é que o valor das aposentadorias, em média, diminuiu. Com a nova reforma, o cálculo das novas aposentadorias passa para a média de 100% dos salários de contribuição, que antes era 80%, sendo possível desconsiderar os 20% das contribuições mais baixas. O terceiro é que existe um novo redutor na aposentadoria, pois todas/os irão receber 60% da média de 100% dos salários de contribuição, mais 2% por ano de contribuição acima dos 15 anos para mulher e 20 para o homem, sendo respeitado o salário-mínimo.

No entanto, como contra-movimento, destaca-se que, em oposição ao mito da passividade da/o brasileira/o, existe uma força ativa por parte da sociedade, que se manifesta na resistência dessa heterogênea<sup>24</sup> classe trabalhadora, que luta contra o retrocesso social, para uma maior proteção dos riscos inerentes às atividades econômicas e a ampliação da tutela<sup>25</sup> dada a tais sujeitas/os.

Estes direitos sociais devem ser efetivados pelo Estado brasileiro por intermédio de políticas públicas de saúde, por via assistencial ou previdenciária (ESTEVEES, 2015, p. 46), pautando-se nos princípios da universalidade (art. 194, parágrafo único da CFRB/88) e da solidariedade (art. 3º, I<sup>26</sup> e IV da CFRB/88). A expansão das regras de acesso a prestações e benefícios; o aumento do rol da cobertura de procedimentos pelo SUS; e a ampliação da cobertura temporal da proteção previdenciária são estratégias que efetivam tais princípios constitucionais.

Também devem ser observadas as diretrizes das Organizações das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que asseguram, com base na ideia de solidariedade social, a todas/os cidadã/ãos o direito à seguridade social, sendo que esta é custeada (das mais diversas formas) por toda sociedade (ESTEVEES, 2015, p. 46). Assim, previdência, assistência e saúde pública são direitos fundamentais do indivíduo. Cada uma delas tem características próprias e finalidades específicas com o objetivo geral de proteção social do ser humano nas suas mais amplas possibilidades.

---

<sup>24</sup> Quando pensamos em trabalho no contexto do direito, vem à mente aquele previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual é visto como instituição social ou mesmo atividade que se expressa como uma pedra angular capaz de se realizar em cada um planos, meios e dimensões subjetivas da existência social cotidiana e da escala societal de diversas maneiras nas/os diversas/os sujeitas/os que são interligadas/os (QUIJANO, 2005), sendo que não se pode reduzir a importância desse a uma concepção abstrata de que “[...] o trabalho é a condição natural da existência humana, a condição, independentemente de todas as formas sociais, do intercâmbio da matéria entre o homem e a natureza.” (MARX, 2018, p. 66). Outrossim, quando se trata da discussão filosófica quanto à natureza do trabalho há uma associação a uma liberdade (HEGEL, 1978; SALGADO, 1996) ou mesmo a uma questão humana que transforma a/o sujeita/o em um ser livre por meio dessa separação do homem com a natureza em que seria uma condição de existência (MARX, 2018). Então, quando se traz para a contemporaneidade que trabalho é este que adoece, exclui e mata? (ANDRADE; LIRA 2020). Seria o trabalho abstrato um reducto reservado apenas ao sujeito padrão dentro da sua liberdade histórica (que também é explorado e tem seu tempo de vida vendido) reservado a um paradigma branco, masculino e cisgênero de produção? Quando se discute o trabalho, para quem está se direcionando a leitura do trabalho? Para a produção de algum bem, produto ou serviço? Neste processo está equacionado o corpo como uma produção dessa relação ou seria apenas um elemento através do qual se concretiza essa forma de exploração? Denota-se, contudo, que o trabalho está presente dentro da sociedade burguesa-ocidental-capitalista enquanto um processo de subjetivação psico-social-moral, que determina e intercruza experiências e vivências que são fundamentais para a constituição da/o sujeita/o moderna/o. Dentro deste processo não se pode excluir marcadores sociais que incidem de forma assimétrica nesta análise.

<sup>25</sup> É válido dizer a articulação feita pela Deputada Federal Erika Hilton (PSOL) junto ao Movimento Vila Além do Trabalho (VAT) para a proposição de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que visa o fim da Escala 6x1 e o estabelecimento da jornada de trabalho em 36 horas.

<sup>26</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL, 1988).

Percebe-se que, ao se estruturar como um plexo de direitos fundamentais, a seguridade social se sujeita a um cumprimento progressivo e cogente pelo Estado, de tal forma a ser vedada qualquer tentativa de retrocesso social, por ser uma cláusula pétrea, como determina o art. 5º, parágrafo 1º, da CFRB/88. Logo, deve ser estabelecida uma interpretação da seguridade em que se tem respeitado o princípio da vedação do retrocesso social (art. 5º, parágrafo 2º e do art. 7º, *caput* da CFRB/88) (MURADAS, 2007, p. 153) e em que se almeje alcançar a universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, da CFRB/88).

Afinal, a seguridade social tem como teleologia o estabelecimento da igualdade material, com a finalidade de uma justiça redistributiva (BRASIL, 1988; ESTEVES, 2015, p. 20). Os princípios constitucionais orientam toda a atuação da seguridade social nesse sentido, como o princípio da igualdade (art. 5, inciso I<sup>27</sup> da CFRB/88), da legalidade (art. 5º, inciso II da CFRB/88), do direito adquirido (art. 5, inciso XXXVI da CFRB/88) e da proteção ao hipossuficiente (art. 203 da CFRB/88).

Sobre esse aspecto, Daniela Muradas (2007, p. 19) ressalta que o ordenamento jurídico, ao estruturar e construir os direitos previdenciários, estabelece níveis sociais em que a proteção recai de maneira distinta sobre aquelas/es que detêm capacidades contributivas variáveis.

Normas do sistema securitário devem ser fundadas na proteção aos menos favorecidos, que vivem em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Tal vulnerabilidade não atua de forma isolada, pois é conjugada interseccionalmente com opressões de raça, gênero, sexualidade, deficiência. Esta vulnerabilidade deve ser compensada e traduzida pelo Direito Previdenciário na perspectiva jurídica da hipossuficiência. Isso não significa distorcer a aplicação das normas previdenciárias: significa que, diante de várias interpretações possíveis para a mesma norma, deve-se buscar aquela que atenda melhor à função social, protegendo aquela/e que depende de políticas públicas para sua subsistência.

Então, percebe-se que há espaço normativo no Direito Previdenciário para comportar diversas narrativas, dimensões e dialéticas de proteção social. Esta multiplicidade de narrativas é evidenciada, por exemplo, pelo fato de que o Direito Previdenciário, além do direito das famílias, ser o único ramo jurídico que reconhece – mesmo que de forma precária – o trabalho reprodutivo e o tempo não-mercantil despendido por aquelas que se dedicam exclusivamente

---

<sup>27</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;" (BRASIL, 1988).

ao trabalho doméstico como passível de proteção jurídica, considerando-o como tempo contributivo para fins de aposentadoria voluntária na categoria de segurado facultativo.

O Direito Previdenciário tem como um de seus elementos constitutivos a proteção das diversas diferenças que são impostas pelos riscos sociais e pelo grau de vulnerabilidade da/o sujeita/o que exerce atividade laborativa ou mesmo aquela/e que nem exerce, pois um dos seus fundamentos principiológicos é a discriminação positiva entre as/os seguradas/os para assegurar o acesso efetivo a direitos sociais.

Dessa forma, elege-se exatamente os direitos sociais, com destaque<sup>28</sup> para o Direito Previdenciário, para tratar da proteção das precariedades. Entretanto, ressalta-se que essa proteção social prevista abstratamente na Constituição recai diversamente na concretude das materialidades.

A vertente da previdência social é contributiva e depende da inserção formal no mundo do trabalho para o acesso à sua proteção. Isto posto, existe um processo de higienização de quais corpos irão acessar esse sistema.

Tendo em vista a finalidade específica de cada ramo da seguridade social e buscando a universalidade de proteção, passa-se à análise da assistência social como um *locus* de proteção a indivíduos marginalizados e vulneráveis.

### **3.1 Assistência social como locus de proteção**

Objetiva-se apresentar a assistência social enquanto o pilar jurídico que opera dentro da seguridade social, com a finalidade de proteção das/os mais vulneráveis. Isso não isenta de contradições: é um instrumento do direito moderno/colonial que se encarrega de proteger quem está em condição de miserabilidade. Enquanto mecanismo conciliador, também tem a função de apaziguar a luta coletiva daquelas/es estão em uma condição precária.

Na análise da vulnerabilidade abarcada pela assistência social não se considera apenas o critério da baixa renda, mas sim a privação de necessidades básicas (SEN, 1999, p. 36-37). É necessário compreender que na sociedade brasileira a distribuição dos riscos sociais ocorre de maneira distinta daquelas operadas no Norte, pois as marcas da estrutura de poder da modernidade colonial ainda estão presentes nas relações sociais.

---

<sup>28</sup> O Direito Previdenciário possui ligação direta com outros ramos jurídicos, destaco: a) o direito constitucional, pela fixação de princípios, normas e o estabelecimento de concessão de benefícios, como requisitos, cálculos dos proventos, fixação de patamares; b) o direito tributário, em razão da interferência direta das normas relativas ao sistema tributário nacional, fontes de custeios, responsabilizações; e c) o direito do trabalho, em que se estabelece que parte dos segurados é composta por pessoas que trabalham, o que não se restringe à relação de emprego. Ressalta-se que as alterações no campo do direito do trabalho são notórias no microssistema previdenciário.

Isso reafirma a necessidade de uma assistência social universal atenta às opressões locais, com a finalidade específica de proteger aquelas/es mais pobres, que são afetadas/os também pelo racismo e pelo sistema cis-heteronormativo da colonialidade: trata-se de vivenciar diretamente e diariamente os riscos sociais.

A assistência social foi uma conquista construída pelos atores sociais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que visavam um maior destaque deste setor a nível constitucional, para garantir o seu funcionamento e a proteção às/aos suas/seus destinatárias/os. Havia o propósito de cooperação coletiva e solidária para o desenvolvimento social daquelas/es em situação de vulnerabilidade, motivo pelo qual prevaleceu a ideia de construção igualitária de um fundo comum, ao qual se recorreria no caso de determinadas eventualidades (DUARTE, 2002, p. 138-141).

Tradicionalmente, a proteção social é pensada para trabalhadoras/es formais e seus familiares, conforme ditames do sistema cognominado bismarckiano<sup>29</sup>. Assim, esta conquista ampla da imposição do dever Estatal de assistência, vinculada à normatividade constitucional, eleva a proteção assistencial como um direito humano e fundamental, rompendo com a dimensão da caridade assistencialista. A assistência, na Constituição da República Federativa de 1988, assume o desafio de ultrapassar o caráter moralista, religioso, individualista e anticlassista da política pública herdada do sistema moderno/colonial, em um campo de disputa da riqueza socialmente produzida (COUTO, 2015).

No Brasil, de acordo com Mestriner (2008), até 1930 a assistência social possuía um caráter eminentemente filantrópico e religioso. Em 1938, com a criação do Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), inicia-se um processo de regulação da prática assistencial, sem alterar, contudo, o caráter assistencialista de suas ações. Também, ainda como instituição filantrópica, foi criada em 1947 a Legião Brasileira de Assistência (LBA), com a função de prestar auxílio às populações necessitadas, através de ações pontuais, descontínuas e emergenciais. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é o divisor de águas entre a caridade e a política de proteção social (SERPA; VÍRGÍNIA; CAVALCANTE, 2015, p. 431).

Logo, a política assistencial tem o *dever* de erradicar a miséria e reduzir desigualdades, propiciar as condições para a existência digna e destinar recursos para o desenvolvimento da personalidade humana e para a sua participação social. A melhoria da condição socioeconômica, em uma política pública seletiva para promover a redistribuição de riquezas e renda às/aos mais vulneráveis, consiste em efetivar o princípio constitucional da distributividade e a seletividade de benefícios e serviços da seguridade (art. 194, parágrafo

---

<sup>29</sup> É um sistema contributivo compulsório no qual empregadas/os se vinculam a este fundo de previdência público.

único, III da CFRB/88), que encontra seu núcleo axiológico na assistência social (BRASIL, 1988).

O princípio da seletividade como um mandamento de seguridade social consiste em selecionar quais são/serão os infortúnios mais pertinentes para gerar uma proteção positiva por parte do Estado. O referido princípio deve ser contextualizado no cenário de abrangência da cobertura da assistência social, em que este sempre está em disputas no plano ideológico e material das diferentes concepções e projetos do Estado (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). O princípio da distributividade estabelece quais são as/os sujeitas/os que necessitam de maior proteção, e deve ser contemplado, conforme a teleologia da assistência que busca a justiça social como uma forma de redução das desigualdades socioeconômicas mediante uma política de distribuição de renda. Tais princípios coligados, demonstram a existência de uma manutenção da proteção pela lógica do Estado a corporalidades e riscos sociais específicos – que, em sua grande maioria, está vinculado a condições de classe, mas não se atentam a demandas em perspectiva de gênero, de identidade ou de proteções específicas.

No âmbito da assistência social, destaca-se a aplicabilidade imediata das suas normas, efetivadas mediante políticas públicas que são divididas entre as três esferas de governo, federal, estadual e municipal (SERPA; VÍRGÍNIA, CAVALCANTE, 2015). Tais políticas se dividem em Proteção Social Básica (PSB) e Proteção Social Especial (PSE), que se distinguem pela função dos programas, serviços, ações e benefícios (SERPA; VÍRGÍNIA; CAVALCANTE, 2015). As ações de proteção básica são de caráter preventivo, com vistas à diminuição das vulnerabilidades e riscos sociais, enquanto aquelas de proteção especial são efetivadas pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), base territorial local que oferece serviços em áreas de maior vulnerabilidade social (SERPA; VÍRGÍNIA; CAVALCANTE, 2015). Considerando esses fatores, é necessário distinguir os conceitos de seguro social e assistência social:

[...] seguro e assistência, por suas naturezas e técnicas completamente diferentes, agem, em realidade, em dois planos completamente distintos. O seguro social garante o direito a prestações reparadoras ao verificar-se o evento previsto, antes que os danos possam determinar o estado de indigência, de privação, da pessoa golpeada. **A assistência intervém, não de direito, mas segundo avaliação discricionária, somente quando, por causa de eventos previstos ou não previstos, esteja já em ato um estado de indigência, de privação, que ela tem o fim de combater.** (CARDONE, 1990, p. 24, grifo nosso).

Nota-se que o seguro social é *per se* uma proteção frente à possibilidade de riscos que podem ocorrer quando se vive em sociedade. Por sua vez, a assistência atua naqueles casos em que os riscos sociais já são uma realidade experimentada, mesmo que em caráter preventivo.

Vale ressaltar que a materialização do seguro social no âmbito Estatal se situa na previdência social, atingindo, majoritariamente no Brasil, trabalhadoras/es protegidas/os pelo Regime Geral de Previdência Social. Logo, a proteção jurídica concedida pela previdência social atinge apenas uma parte da população, que é aquela que está inserida no mercado formal de trabalho.

Assim, o trabalho e a assistência social vivem uma contraditória inter-relação entre tensão e atração, em termos de acesso à cidadania. Para aquelas/es que estão fora do mercado formal e em uma situação vulnerável, em uma visão otimista, há a prestação em forma de proteção, o que caracteriza a assistência social, em que não se exige qualquer contribuição dos suas/es beneficiárias/es.

No entanto, Berenice Rojas Couto (2015, p. 669-676) explica que esta contradição entre trabalho e assistência social é falaciosa, pois ambos são instrumentos de efetivação das potencialidades humanas. Esse conflito, de fato, é instaurado por narrativas de austeridade, que se utilizam do argumento meritocrático da culpabilização da pobreza de pessoas vulneráveis:

Na atualidade, considera-se que a contraposição entre assistência social e trabalho é parte do engodo que quer sombrear as relações que sempre se estabeleceram no campo do trabalho no Brasil. Não só temos um grande número de trabalhadores informais como também trabalhadores formais que, por contarem com salários muito baixos, necessitam ser protegidos também pela política de assistência social (COUTO, 2015, p. 669).

O preconceito em relação à "dependência" de um benefício assistencial (COUTO, 2015) é alimentado pelo capital cultural colonial brasileiro, mascarado pelo mito da meritocracia e da democracia racial e de gênero, que presumem igualdade nas condições de acesso e permanência no trabalho formal. Logo, nesse debate é importante reafirmar a centralidade do trabalho protegido como protoforma do ser social (ANTUNES, 2009), mas também é necessário extravasar a realidade da colonialidade brasileira, que, ao instituir as formas interseccionais de opressão e acumulação, impôs à classe trabalhadora mecanismos de reiteração de subalternidade (COUTO, 2015, p. 665-669).

Assim, a assistência social é a vertente securitária que atua na proteção social de pessoas vulneráveis do mercado de trabalho, seja em âmbito formal ou informal. A proteção desse ramo social está vinculada à justiça redistributiva (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). Nota-se que não se está defendendo a proteção apenas de vulnerabilidades econômicas transitórias, visto que a justiça redistributiva está intrinsecamente relacionada à justiça de reconhecimento para a diminuição das desigualdades sociais:

Lutas pelo reconhecimento ocorrem num mundo de exacerbada desigualdade material – desigualdades de renda e propriedade; de acesso a trabalho remunerado, educação, saúde e lazer; e também, mais cruamente, de ingestão calórica e exposição à contaminação ambiental [...]. Ao invés de simplesmente endossar ou rejeitar o que é simplório na política da identidade, devíamos nos dar conta de que temos pela frente uma nova tarefa intelectual e prática: a de desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento, que identifique e assuma a defesa somente daquelas versões da política cultural da diferença que possam ser combinadas coerentemente com a política social da igualdade [...] Significa também teorizar a respeito dos meios pelos quais a privação econômica e o desrespeito cultural se entrelaçam e sustentam simultaneamente (FRASER, 2006, p. 31).

Observa-se, assim, a instauração da falsa dicotomia entre objetividade das estruturas e subjetividade das representações; de um lado, o cultural e o simbólico e, de outro, o econômico e a vida material (MBEMBE, 2015, p. 123-134).

Nesse ideal de proteção dicotômica, mantém-se o direcionamento mínimo de recursos para a população em situação de miserabilidade social, como uma política assistencialista de pacificação social (ESTEVES, 2015, p. 44-46). Esta política já se mostra existente desde o Estado Liberal e é sofisticada pelo Estado de bem-estar social, que não chegou a se consolidar no Brasil, em que a proteção jurídica assistencial sistêmica da/o sujeita/o assume um caráter paternalista e benevolente (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 7). Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito, com todas as suas contradições em termos de normalização, repensar esta categoria em torno de um conceito complexo e plural de vulnerabilidade que não seja padronizado em apenas poucas/os sujeitas/os.

No Brasil, tem-se como marco jurídico determinante da assistência social, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/1993, que a define como: “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”. (BRASIL, 1993).

Este dispositivo legal estabeleceu três frentes de ação para o combate de vulnerabilidades sistêmicas, que são as prestações pecuniárias (benefício de prestação continuada – BPC – e benefícios eventuais), os programas assistenciais e os projetos de enfrentamento da pobreza. A LOAS também consolida a construção constitucional da assistência, que visa a proteção universal atentando-se para as concretudes da existência humana:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I- a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II- o amparo às crianças e adolescentes carentes; III- a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V- a garantia de um salário mínimo de benefício

mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

Outro marco importante é a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), instaurada em 2004, e o Sistema Único da Assistência Social (SUAS), em 2005, como medidas de concretização da LOAS, bem como a descentralização e o controle social – através dos conselhos deliberativos, atenção central das políticas nas famílias. Esta descentralização é consolidada pela criação dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

No que se refere ao enfrentamento à pobreza o PNAS, SUAS e CRAS ampliaram os beneficiários alcançados pelas políticas, no sentido de atingir um maior número de segmentos sociais atendidos pelo programa.

Nesta concepção, evidenciam-se condições de pobreza e vulnerabilidade associadas a um quadro de necessidades objetivas e subjetivas, onde se somam dificuldades materiais, relacionais, culturais que interferem na reprodução social dos trabalhadores e de suas famílias. Trata-se de uma concepção multidimensional de pobreza, que não se reduz às privações materiais, alcançando diferentes planos e dimensões da vida do cidadão. Uma ausência nesse conjunto de necessidades apontadas pela PNAS é a condição de classe que está na gênese da experiência da pobreza, da exclusão e da subalternidade que marca a vida dos usuários da assistência social. Ou seja, é preciso situar os riscos e vulnerabilidades como indicadores que ocultam/revelam o lugar social que ocupam na teia constitutiva das relações sociais que caracterizam a sociedade capitalista contemporânea. (SILVA; YAZBEK; GIOVANNI, 2011, p. 34).

Atualmente, conforme determina o art. 203, *caput* e inciso V da CFRB/88, existem dois grandes riscos sociais que são protegidos por meio de benefícios assistenciais: o envelhecimento em situação de miserabilidade social e as pessoas com deficiência (BRASIL,

1988). Tais riscos sociais são protegidos pelo benefício de prestação continuada<sup>30</sup>, pelo auxílio inclusão das pessoas com deficiência e pelo bolsa-família<sup>31-32-33</sup>.

Então, percebe-se que existe algumas formas de proteção aos riscos sociais que já são protegidos pela assistência social. Frente dessas informações, no tópico seguinte discute-se sobre as possibilidades de expansão e de estruturação dessas medidas assistenciais.

#### 4. ARTICULAÇÕES DA PROTEÇÃO PELA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A existência de um benefício assistencial que protegesse os riscos sociais foi reivindicada no processo de redemocratização do Brasil, resultado de grande pressão de movimentos sociais e políticos (STOPA, 2019, p. 232).

O poder público brasileiro, a partir de 1991, começou a concentrar esforços na criação de programas de transferência da renda para a redução da pobreza no Brasil, baseando-se na vertente assistencial da seguridade social (ÁVILA; HASSEMER; MÁXIMO PEREIRA, 2018, p. 6; SILVA, 2007, p. 1430). Esse início é marcado pela apresentação do Projeto de Lei nº 80 de 1991 que propôs o programa de garantia de renda mínima (PGRM). Com o decurso dos anos

---

<sup>30</sup> O BPC é um direito social materializado em uma política pública de transferência de renda, consagrado pela CRFB/88 como um benefício assistencial que tem por finalidade o combate às desigualdades dentro do país (SANTOS, 2011, p. 788). A positivação do benefício foi feita pela Lei nº 8.742 de 1998 e a sua implementação aconteceu de forma efetiva em 1996 (SANTOS, 2011, p. 788). A regulamentação aconteceu pelo Decreto nº 6.214/2007 (BRASIL, 2007) e, posteriormente, pelo Decreto nº 8.805/2016 (BRASIL, 2016a). O BPC é financiado pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e a gestão é realizada por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), enquanto a sua implementação e a sua operacionalização é feita pelo INSS

<sup>31</sup> O programa Bolsa Família visa o alívio imediato da situação de pobreza vivenciada pelas famílias beneficiárias (CAMPELLO; NERI, 2013), pois é um benefício de transferência de renda direta vinculado à LOAS, que é pago mensalmente em dinheiro, com um valor definido, de trato sucessivo e caráter temporário. O objetivo é atender demandas de manutenção do padrão alimentar de determinada família<sup>31</sup>, bem como a manutenção do ensino regular da criança, exame pré-natal e acompanhamento nutricional e de saúde (art. 3<sup>o</sup><sup>31</sup> da Lei nº 10.836/2004, art. 25 do Decreto nº 5.209/2004).

<sup>32</sup> Registro a existência de Benefícios Eventuais, conforme descrito no art. 22 da LOAS, os quais podem ser instituídos pelos municípios e estados em virtude de nascimento, morte, situação de vulnerabilidade temporária ou de calamidade pública (BRASIL, 1993). São de caráter provisório e suplementar, sendo definidos pelos entes descritos em suas leis orçamentárias, de acordo com os Conselhos de Assistência Social. O benefício eventual pode ser requerido pela/o cidadã/ão junto às unidades de assistência social no seu município ou no distrito federal, ou ainda pode ser identificado pelas equipes de assistência social no decorrer da sua atuação.

<sup>33</sup> O estatuto da pessoa com deficiência (EPCD) reconhece o trabalho e o emprego da pessoa com deficiência como um direito inalienável, e tem um caráter de inserção social e de interação com os indivíduos da sociedade (BRASIL, 2015). Assim, o artigo 94 do EPCD prevê a existência de um auxílio-inclusão à pessoa com deficiência, com o objetivo de proporcionar uma abertura do mercado para que os jovens com deficiência obtenham uma formação profissional, sem alterar a condição de beneficiário da assistência social. Então, este dispositivo tem o intuito de garantir a autonomia de pessoas com deficiência, bem como buscar a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho. Esse auxílio seria pago pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e consiste em uma derivação do BPC para aqueles que ingressam no mercado de trabalho. Ver a recente Lei 14.176/21.

foram criados diversos benefícios que transitavam em várias vertentes de proteção e articulação<sup>34</sup>.

A adoção dessa estratégia é baseada na ideia de que políticas públicas com caráter redistributivo podem levar a transferência de renda como uma forma de sobrevivência de determinados seguimentos sociais. Assim, o poder público passa a ter um tratamento diferenciado com as pessoas mais pobres com a finalidade de reduzir desigualdades pré-existentes (ÁVILA; HASSEMER; MÁXIMO PEREIRA, 2018, p. 6; CUNHA, 2007).

Estas políticas ainda são restritas. Cada vez mais percebe-se, como uma estratégia da governamentalidade neoliberal, uma tentativa de transferência das políticas públicas para o privado, como se fosse algo positivo. Tenta-se cunhar um pensamento que o privado é bom e tudo que representa o público é ruim, como já foi demonstrado na primeira parte deste texto.

Contudo, nesta seção do texto, engendram-se esforços para a concretização de uma agenda de políticas públicas assistenciais. No Brasil, o debate da Renda Mínima tem uma grande força com a Lei de Renda Básica de Cidadania (Lei 10.835/2004). Esta lei apresentou-se como uma possibilidade de implementação gradualmente de rendas básica, a começar pelos setores mais vulneráveis, mas não restritos a eles. Entretanto, tal lei representa ainda mostra um instrumento efetivo de proteção às/aos cidadã/ãos. É preciso destacar que apenas a juridificação de uma norma sem as políticas públicas específicas não são suficientes para a alteração da realidade socioeconômica.

Uma outra medida que vale destacar é o programa Bolsa Família (PBF) integrante o plano “Brasil Sem Miséria”<sup>35</sup> e foi criado pela Lei n° 10.836/2004 (BRASIL, 2004b) e regulamentado pelo Decreto n° 5.209/2004 (BRASIL, 2004a), com a finalidade de unificar as ações governamentais que visavam a transferência de recursos pelo Governo Federal. Esse programa é considerado um eixo estratégico para a integração de políticas e das ações no enfrentamento à pobreza, uma forma de acesso à educação e combate ao trabalho infantil (SILVA, 2012, p. 308).

---

<sup>34</sup> Foram criadas o Bolsa Escola, o Bolsa Alimentação, o Auxílio Gás, o Cartão Alimentação, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e o Agente Jovem.

<sup>35</sup> O programa “Brasil Sem Miséria” foi criado para o enfrentamento da pobreza em uma perspectiva multidimensional. O objetivo geral do plano é promover a inclusão social e produtiva da população extremamente pobre, tornando residual o percentual dos que vivem abaixo da linha da pobreza no Brasil. Maria Carmelita Yazbek (2012, p. 314) apresenta: “O plano vem se desenvolvendo a partir de três eixos, a saber: 1) garantia de renda, 2) inclusão produtiva e, 3) acesso a serviços públicos. Nesses eixos estão sendo buscados a ampliação de oportunidades e o desenvolvimento de capacidades. A busca e a inserção pró-ativas no Bolsa Família será acompanhada de atividades de inserção produtiva no meio urbano (geração de ocupação e renda, micro/empreendedor individual, economia solidária, qualificação e intermediação de mão de obra) e rural (aumento da produção, água, sementes e insumos para todos, acesso aos mercados e autoconsumo).”.

A justificativa da unificação de tais ações universais foi para ampliar os programas de transferências de renda pelo governo, aumentar o valor monetário do benefício e fiscalizar aquelas/es que recebem tais valores (SILVA, 2007, p. 1434).

O programa Bolsa Família visa o alívio imediato da situação de pobreza vivenciada pelas famílias beneficiárias (CAMPELLO; NERI, 2013), pois é um benefício de transferência de renda direta vinculado à LOAS, que é pago mensalmente em pecúnia<sup>36</sup>, com um valor definido, de trato sucessivo e caráter temporário. O objetivo é atender demandas de manutenção do padrão alimentar de determinada família<sup>37</sup>, bem como a manutenção do ensino regular da criança, exame pré-natal e acompanhamento nutricional e de saúde (art. 3º<sup>38</sup> da Lei nº 10.836/2004, art. 25<sup>39</sup> do Decreto nº 5.209/2004).

Um elemento estruturante do Programa Bolsa Família são as condicionalidades que devem ser cumpridas pelo núcleo familiar para que possa receber o benefício mensal. Segundo os idealizadores do programa, essas condicionalidades representam contrapartidas com vistas a certificar o compromisso e a responsabilidade das famílias atendidas e representam o exercício de direitos para que as famílias possam alcançar autonomia e conseqüente inclusão social sustentável<sup>17</sup>. São, então, destacadas as seguintes condicionalidades:

a) Na área da educação, frequência mínima de 85% da carga horária mensal de crianças ou adolescentes de seis a quinze anos de idade que compõem as famílias beneficiárias, matriculadas em estabelecimento de ensino;

b) Na área da saúde, o cumprimento da agenda de saúde e nutrição para famílias beneficiárias que tenham em sua composição gestantes, nutrizes e ou crianças menores de sete anos, constituída principalmente por exame de rotina, pré-natal, vacinação e acompanhamento nutricional das crianças. (SILVA, 2007, p. 1433).

O Programa Bolsa Família se insere como um projeto incipiente de política pública de cidadania que objetiva a transferência direta de renda. Para a participação é necessário

---

<sup>36</sup> Atualmente, em 2024, o valor mínimo do benefício bolsa família corresponde a R\$ 600,00 (seiscentos reais) por família ou pode ser no valor de R\$ 142,00 por membro da família. Além do valor base, é concedido um adicional de R\$ 150,00 por cada criança menor de 7 anos e outro para cada jovem de 7 a 18 anos incompletos ou gestante.

<sup>37</sup> É definida como família aquela unidade nuclear de pessoas, parentes ou afins, que compõem o mesmo grupo doméstico, que vivam sob o mesmo teto e sobrevivam da renda de todos os membros do grupo (art. 2º, parágrafo 1º, inciso I da Lei nº 10.836/2004).

<sup>38</sup> "Art. 3º A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento." (BRASIL, 2004).

<sup>39</sup> "Art. 25. As famílias atendidas pelo Programa Bolsa Família permanecerão com os benefícios liberados mensalmente para pagamento, salvo na ocorrência das seguintes situações:" (BRASIL, 2004).

comprovar que está em situação de pobreza<sup>40</sup> ou extrema pobreza, com a vinculação da renda estabelecida nesses valores. O valor pago é baixo em termos de custeio de necessidades básicas e mostra a vulnerabilidade das/os beneficiárias/os. No mais, existe um discurso (liberal) que é manipulado pelas mídias e pelas classes dominantes de que este valor é oportunismo para as/os beneficiárias/os. Está crítica que está assentada no discurso da meritocracia menospreza as diferentes relações sociais e as crescentes desigualdades socioeconômicas dentro do Brasil como um padrão histórico e estruturante da sociedade de classes.

Ressalta-se que os beneficiários gozam de autonomia quanto à destinação financeira dos recursos. Insta mencionar que o benefício é pago diretamente à família, preferencialmente às mulheres, e deve haver um compromisso ou contrapartida para a percepção dos valores. Além dessa transferência do valor em pecúnia, o Bolsa Família propõe o desenvolvimento de ações nos campos da saúde, da educação e do trabalho (SILVA, 2007, p. 1434).

De 2018 a 2022, esse programa foi chamado de Auxílio Brasil, mas, em 2023, retornou ao nome de Bolsa Família. Ainda, em 2022, a equipe de transição articulou junto a base legislativa a aprovação de uma PEC que garantia o valor mínimo de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para o bolsa-família. O que representa uma consolidação das políticas assistenciais como políticas de Estado e não apenas políticas de governo.

Em 2021, em meio a pandemia foi instituído o auxílio emergencial com a proposta transitória de proteção à renda durante a pandemia. Essa proposta teve valores alternados durante a sua execução e isso demonstra a necessidade da institucionalização da proteção. A primeira aplicação teve a concessão de benefícios no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para pessoas inscritas no CAD-único e aquelas que estavam se cadastrando, sendo limitada a duas concessões por famílias, e existia a possibilidade da concessão de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) caso você mãe solo. Na segunda aplicação o benefício foi drasticamente reduzido para valores escalonados, sendo o primeiro em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) e chegando a R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais)

---

<sup>40</sup> A pobreza, na acepção do termo, é usada no sentido desenvolvido por Maria Carmelita Yazbek (2012, p. 289): “Assim, abordo a pobreza como uma das manifestações da questão social, e dessa forma como expressão direta das relações vigentes na sociedade, localizando a questão no âmbito de relações constitutivas de um padrão de desenvolvimento capitalista, extremamente desigual, em que convivem acumulação e miséria. Os “pobres” são produtos dessas relações, que produzem e reproduzem a desigualdade no plano social, político, econômico e cultural, definindo para eles um lugar na sociedade. Um lugar onde são desqualificados por suas crenças, seu modo de se expressar e seu comportamento social, sinais de “qualidades negativas” e indesejáveis que lhes são conferidas por sua procedência de classe, por sua condição social. Este lugar tem contornos ligados à própria trama social que gera a desigualdade e que se expressa não apenas em circunstâncias econômicas, sociais e políticas, mas também nos valores culturais das classes subalternas e de seus interlocutores na vida social.”. No Brasil, temos que a pobreza é decorrente de um quadro de desigualdade extrema que é marcado por uma profunda concentração de renda” (SILVA, 2010, p. 156).

Contudo, apesar estas ações, não se mostra suficiente para combater a exclusão impetrada pelas políticas neoliberal, é preciso fortalecer, desenvolver e expandir. Como ficou demonstrado, existe uma captura da subjetividade e da forma como organizar o Estado que está colonizando as instituições estatais.

Então, percebe-se que as propostas e maneiras jurídicas estão postas e são possíveis perante o Direito, o que se falta é uma motivação institucional da aplicação destas políticas para uma proteção à sociedade.

Em 2023, acontece um redirecionamento de recursos com esforços legislativos para a aplicação às classes mais baixas com aumento dos valores concedidos, como acontece com o Bolsa Família. O que comprova que essa proteção pode ser expandida. Existem, ainda, constantes estratégias e possibilidades de ampliação da aplicação dos benefícios suportadas pelo Estado, como acontece pela jurisprudência aos riscos cobertos pelo Benefício de Prestação Continuada no entendimento do conceito de deficiência e com o recente pensionamento especial para filhas/os de vítimas (ou com forte indícios de) feminicídio.

Isso são estratégias do capital que são comportadas pelo jurídico que visam o apaziguamento de classes, contudo, pelos discursos neoliberais nem isso deve acontecer. Deste modo, luta e busca por expansão da proteção vinculada a assistência social deve ser contínua e perpassa pela expansão dos riscos sociais, bem como estratégias de ruptura e subversão do discurso neoliberal devem ser articuladas como formas de resistência e proteção para a classe mais vulnerável. As políticas públicas de proteção assistencial não devem ser letras mortas no texto constitucional, mas sim devem se concretizar como uma forma do Estado em combater o avanço neoliberal.

Então, pensando na articulação entre políticas públicas securitárias/assistenciais, e precariedade de vidas (vulnerabilidade), estabelece-se eixos que são necessárias a expansão da proteção ao risco social: a) aumento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) assistencial para todas as pessoas com deficiência (como já prevê o projeto de lei nº 7.890/2014); b) ampliação dos critérios do BPC assistencial para abarcar a proteção a famílias com renda per capita de até meio salário mínimo (como prevê o projeto de lei nº 1.832/20); c) adequação da idade de pagamento do BPC assistencial de 65 para 60 anos – como está previsto no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003); c) contabilização do tempo de proteção assistencial como tempo de contribuição previdenciária, revogando disposições contrárias; d) possibilidade de criação de políticas públicas para a Assistência Social por Lei ordinária para pessoas em situação de precariedade, independente de fonte de custeio prévia – levando em consideração relacionalidade e finitude em cada momento da sociedade (BUTLER, 2020a); e) o

estabelecimento da proteção social com base no tempo de serviço e não no tempo de contribuição – possibilitando que outras temporalidades de trabalho sejam reconhecidas pelo sistema previdenciário; f) criação de um benefício assistencial para proteção das pessoas em transição de gênero (BOMFIM, 2022) ou específico para pessoas trans; g) regulação da aposentadoria de pessoas trans em critérios protetivos (BOMFIM, 2024); h) implementação da Renda Básica Universal (Lei 10.835/2004) para todas as pessoas, independente do contexto de vulnerabilidade socioeconômica; i) redução da jornada de trabalho para uma escala de 4x3 – em especial para viabilização das atividades de cuidado de si e das/os outras/os, lazer, esporte e cultura; j) implementação de legislações que efetivem o direito à desconexão do trabalhador/a; k) revogação *in totum* da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.429/2017) e da Reforma da Previdência (EC 103/2019).

Assim, com esta articulação de medidas vinculadas a expansão da proteção laboral e securitária visa-se retirar a política institucional e o aparato jurídico contemporâneo de uma vertente da austeridade para a construção da alteridade – com a construção do ser humano como aquele que luta ao lado e interdepende da/o outra/o. Em tempos de ideologia do “eu”, a resposta deve ser acontecer a partir de construções coletivas e plurais que leve em conta a solidariedade como valor fundante.

## 5. CONCLUSÕES

Diante das discussões apresentadas no texto, percebe-se que a expansão da proteção jurídica e efetivação de direitos sociais é algo cada vez mais necessário diante da expansão do discurso neoliberal. O que se observa é que essas medidas estão sendo custeadas pelas/os cidadã/os (através de impostos e contribuições específicas), mas a efetividade do acesso às políticas públicas está sendo reduzidos ou suprimidos pela expansão de uma racionalidade de precarização de direitos. As estratégias de políticas públicas não podem existir apenas pró-forma e devem ser articuladas em termos de justiça social. Deve existir uma necessária articulação entre a previsão do texto constitucional com a prática, em especial em termos de políticas públicas.

O problema investigado neste excerto foi se a assistência social, enquanto um instrumento jurídico-securitário de proteção dos hipossuficientes, pode ser utilizado na expansão da proteção oferecida pelo Estado.

Para o desenvolvimento desta questão passou-se pela análise da governamentalidade neoliberal a partir das análises de Michel Foucault e as concepções posteriores de Wendy

Brown. Ato contínuo, mostrou-se que a vida na sociedade contemporânea gera interdependências e precariedades. Contudo, existe uma distribuição desigual dos riscos sociais a partir dos seus modos de vida e também do sistema de classes – construído pelo capitalismo.

Desta forma, foi necessário desenvolver a pesquisa no ramo jurídico que poderia proporcionar uma maior proteção aqueles em situações de precariedades, ou quando juridificadas, em condição de hipossuficiência. Este ramo precisa ser estruturado e construído em políticas públicas que visem a proteção das pessoas que experimentam o risco social de forma distinta.

É importante ressaltar que esta proteção deve ser feita com base em critérios de classe, mas não apenas estes. Também devem ser considerados e incorporados critérios sociais – como gênero, raça, origem e etnia. Estes critérios, pensando em uma sociedade marcada pela colonialidade, devem ser interpretados de maneira interseccional.

Assim, a hipótese restou-se confirmada, qual seja: a assistência social se trata do campo de proteção por excelência das hipossuficiências dentro da sociedade contemporânea e pode ser expandido por ações governamentais, sendo esta a sua finalidade teleológica.

Neste sentido, as regulamentações devem vir no sentido de efetivação dos mandamentos constitucionais de proteção aos direitos sociais e da classe trabalhadora, como descritos neste trabalho. A racionalidade jurídica e de seus institutos, apesar de servir a manutenção de um sistema estabelecido, não deve se curvar à governamentalidade neoliberal e essas ações de afronta devem ser realizadas de maneiras concretas.

Então, pensar naquelas/es que foram diretamente atingidos pelos efeitos destas políticas austeras é disputar a narrativa que está se construindo e desafiar a racionalidade neoliberal como forma hegemônica. Disputar políticas que alcancem as/os sujeitas/os diretamente afetadas por estas narrativas é uma política de pensar/articular nas diversas materialidades de vidas que são impostas no sistema capitalista contemporâneo.

Por fim, recorda-se que essa investigação não visa tratar o Direito Previdenciário como um instrumento messiânico de emancipação de sujeitas/os em um sistema capitalista, colonial, patriarcal e cis-heteronormativo totalizante, do qual ele faz parte. Não se cogita a emancipação de tais sujeitas/os por meio de um benefício assistencial ou mesmo dentro de uma sociedade instituída por classes e marcada pela colonialidade. Contudo, esse ramo jurídico não deixa de ser um recurso estratégico extremamente importante para vidas precárias e deve ser utilizado para a proteção da vida do presente. Deste modo, enquanto a realidade for estruturada em um sistema marcado por classes, é preciso proteger aquelas/es que estão em situação de

hipossuficiência de recursos, pois todas as vidas importam, independente da estruturação estatal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marco Antônio Souza; ALVES, Izabella Riza; PATENTE, Zilda Manuela Onofri. Neoliberalismo como propulsor da precariedade. **Libertas**, 2021.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo, Boitempo, 2009. (Coleção Mundo do Trabalho).

BOMFIM, Rainer. **Aposentadoria de pessoas trans**: uma proposta queer de proteção da transição de gênero. São Paulo: Dialética, 2024.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power. **Videre**, Dourados, v. 14, n. 29, 29 jul. 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12989>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BOMFIM, Rainer. **Proteção da transição de gênero pela assistência social**: uma proposta-truque para o conceito de hipossuficiência. São Paulo: Dialética, 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A essência do neoliberalismo**. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 jan. 2004b.

BRASIL. Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 jul. 2011a.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 07 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.981, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), para elevar o limite de renda familiar per capita para fins de concessão do benefício de prestação continuada. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 mar. 2020b.

BRASIL. Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14205, 12 dez. 1974.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18769, 08 dez. 1993.

BROWN, Gavin. Thinking beyond homonormativity: performative explorations of diverse gay economies. **Environment and Planning**, [S. l.], v. 41, n. 6, p. 1496-1510, 2013.

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

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**: Feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra**: Quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020a.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019b.

CAMPELLO, T.; NERI, M. C. (orgs.). **Programa Bolsa Família**: uma década de inclusão e cidadania. Brasília: IPEA, 2013.

CARDONE, Marly. **Previdência, Assistência, Saúde**: o não trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: LTr, 1990.

CARMO, Michelly Estáquia do; GUIZARDI, Francini Lube. O conceito de vulnerabilidade e seus sentidos para as políticas de saúde e assistência social. **Cadernos de Saúde Pública**, [S. l.], v. 34, n. 3, 2018.

COUTO, Berenice Rojas. Assistência social: direito social ou bem-estar? **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 124, p. 665-677, out./dez. 2015.

CRENSHAW, Kimberlè Williams. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Salvador, ano 10, n. 1, p. 17-188, 1º sem. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

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

DUARTE, Adriana Maria Cancelli. **Estado, Políticas Sociais, Recomposição da Hegemonia**: o caso da Previdência Social. 2002. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

ESTEVES, Juliana Teixeira. **O Direito da Seguridade Social e da Previdência Social: a Renda Universal Garantida, a taxaço dos pluxos internacionais e a nova proteço social.** Recife: UFPE. 2015.

FOUCAULT, Michel. “Les Rapports de Pouvoir à l’Intérieur des Corps”. In: **Dits et Écrits**. v. III (texto 197). Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A vontade de saber.** Tradução de Maria Teresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 1997. 1 v.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999b.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: curso dado no College de France (1978-1979).** Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almeida, 2013.

FRASER, Nancy. Da redistribuiço ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era sociedade “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, São Paulo, n. 14/15, 2006.

FURTADO, Rafael Nogueira; CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. O conceito de Biopoder no pensamento de Michel Foucault. **Subjetividades**, Fortaleza, v. 16, n. 3, 2017.

GENTIL, Denise. A previdência social paga o preço do ajuste fiscal e da expansão do poder financeiro. **Revista da ABET**, [S. l.], v. 16, n. 1, jan./jun. 2017.

GENTIL, Denise. Dominância financeira e o desmonte do sistema público de previdência social no Brasil. In: CASTRO, Jorge Abrahão; POCHMANN, Márcio (orgs.). **Brasil - Estado social contra a bárbarie.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2020. Cap. 12

HIRATA, Helena, KERGOAT, Danièle. Novas configuraçoões da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa – Fundação Carlos Chagas**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007

MARX, Karl. **O Capital.** 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2018. 1 v.1

MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza. **Para Além do Direito de Greve: diálogo ítalo-brasileiro para a construção de um direito de luta.** Belo Horizonte: Letramento, 2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Revista do Programa de Pós-graduação em Artes Visuais da Escola de Belas Artes**, [S. l.], n. 34, v. 15 p. 123-151, 2016.

MBEMBE, Achille. O tempo que se move. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 24, p. 369-397, 2015.

MURADAS, Daniela. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho**: a reserva implícita ao retrocesso sócio-jurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

MURADAS, Daniela; MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 20, p. 1-26, 2018.

NEGREIROS, Flávia *et al.* Saúde de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais: da Formação Médica à Atuação Profissional. **Revista Brasileira de Educação Médica**, [S. l.], v. 1, n. 43, p. 23-31, 2019.

ONUSIDA. **Acción rápida y derechos humanos**: Avanzando en materia de derechos humanos para acelerar la respuesta frente al VIH [S. l.], ONUSIDA, 2017. Disponível em: <https://toolkit.hivjusticeworldwide.org/es/resource/accion-rapida-y-derechos-humanos-avanzando-en-materia-de-derechos-humanos-para-acelerar-la-respuesta-frente-al-vih/> Acesso em: 05 jul. 2024

ROCON, Pablo Cardozo *et al.* Desafios enfrentados por pessoas trans para acessar o processo transexualizador do Sistema Único de Saúde. **Interface**, Botucatu, v. 23, e. 180633, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/icse/2019.v23/e180633/pt>. Acesso em: 07 dez. 2020.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRÉ, Francis; RODRIGUES, Alexsandro. Regulamentação da vida no processo Transexualizador Brasileiro: uma análise sobre a política pública. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 260-269, jul./set. 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802016000200260#B5](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802016000200260#B5). Acesso em: 06 nov. 2020.

SANTOS, Anne Rafaela Telmira. A experiência da hormonioterapia das transsexuais em Maceió/AL. **Latitude**, [S. l.], v. 07, n. 1, p. 129-147, 2013. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/latitude/article/view/1068/725>. Acesso em: 21 abr. 2021.

SCOTT, Juliano Beck *et al.* O conceito de vulnerabilidade social no âmbito da psicologia no Brasil: uma revisão sistemática da literatura. **Psicologia em Revista**, [S. l.], v. 24, n. 2, 2018.

SERPA, Virginia; VIRGÍNIA, Clara; CAVALCANTE, Sylvia. Assistência social pública brasileira: uma política da autonomia - um dispositivo biopolítico. **Rev. Subj.**, Fortaleza, v. 15, n. 3, dez. 2015.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Maria Ozanira da Silva; YAZBEK, Maria Carmelita; GIOVANNI, Geraldo. **A política social brasileira no século XXI**: a prevalência dos programas de transferência de renda. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STOPA, Roberta. O direito constitucional ao Benefício de Prestação Continuada: o penoso caminho para o acesso. **Serv. Soc.**, São Paulo, n. 135, p. 231-248.

**Submissão: 02/07/2024. Aprovação: 28/11/2024.**

**WEBER E LUHMANN? (DES)CONEXÕES NA SOCIOLOGIA DO DIREITO***WEBER AND LUHMANN? (DIS)CONNECTIONS IN THE SOCIOLOGY OF LAW*

Renata Almeida da Costa<sup>1</sup>  
*Universidade La Salle*

Germano Schwartz<sup>2</sup>  
*Universidade La Salle*

**Resumo:**

As possíveis influências do pensamento weberiano na construção da teoria dos sistemas de Luhmann constituem-se no objetivo do presente artigo, escrito para tentar demonstrar como um dos fundadores da Sociologia se fez presente na Sociologia do Direito luhmanniana. De acordo com a literatura existente há uma tendência em se responder que tal influência é marcante. Contudo, o artigo procura demonstrar que o caráter circular, recursivo e cognitivamente aberto da teoria dos sistemas de Luhmann impede asseverar existir uma dominância weberiana em seu pensamento. Para se chegar à resposta, o estudo não poderia deixar de utilizar a metodologia da revisão bibliográfica e cotejar a teoria de ambos os autores a partir de um recorte específico: a sociologia do Direito. Os resultados mostram que Luhmann foi influenciado por vários autores, das mais variadas áreas do saber, inclusive Weber, sem, todavia, filiar-se a um ou a outro.

**Palavras-chave:**

Weber. Luhmann. Sociologia do Direito. Influências.

**Abstract:**

The possible influences of Weberian thought in the construction of Luhmann's systems theory are the objective of this article, written to try to demonstrate how one of the founders of Sociology was present in Luhmann's Sociology of Law. According to the existing literature, there is a tendency to answer that such influence is striking. However, the article seeks to demonstrate that the circular, recursive and cognitively open character of Luhmann's systems theory prevents it from asserting that there is a Weberian dominance in his thinking. To reach that conclusion, the study use the methodology of bibliographic review to compare the theory of both authors from a specific point: the sociology of law. The results show that Luhmann was influenced by several authors, from the most varied areas of knowledge, including Weber, without, however, affiliating his theory with one or the other

**Keywords:**

Weber. Luhmann. Sociology of Law. Influence.

**1 INTRODUÇÃO**

A tarefa de se procurarem as raízes weberianas do pensamento luhmanniano é árdua e realizada sem algum tipo de regularidade (SCHWINN, 2005; MELLO, 2006). O primeiro autor é um dos representantes da Sociologia tradicional clássica. Weber é um dos *founding fathers*

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UNISINOS (2010), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002) e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998). Coordenadora do PPGD (Mestrado e Doutorado) da Universidade La Salle. Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD).

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Foi Reitor da UniRitter, da FADERGS e do IBMR (Rio de Janeiro). Atuou como Membro do Patronato do Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati.

da Sociologia. Como hipótese do artigo, seria natural pensar que a influência dos seus pensamentos fosse percebida nos sociólogos que o sucederam, caso de Luhmann.

A justificativa do presente texto para a sociologia do Direito reside, portanto, nesse ponto: percebe-se que estudos analisando a influência do pensamento de Weber em Luhmann são raros. Um problema, pois tanto Weber quanto Luhmann, tiveram uma vida dedicada às pesquisas, e a produção de ambos mostra-se bastante extensa. Como procedimento de pesquisa, portanto, é preciso fazer uma delimitação para o desenvolvimento deste artigo.

Usando um termo luhmanniano, para reduzir a complexidade do tema, a proposta trazida neste *paper*, até mesmo pela coincidência de ambos os autores serem graduados em Direito, mas especialmente porque se entende o Direito como elemento central de uma sociedade ocidental (WEBER, 1999, p. 142-143) ou de uma sociedade contemporânea/complexa (LUHMANN, 2007), é a de buscar o quanto Luhmann buscou em Weber para delimitar sua sociologia do Direito.

Nessa linha de raciocínio, esclareça-se que o texto não pretende esgotar o tema. Nem haveria como consegui-lo frente às definições típicas de um artigo. De qualquer maneira, as questões centrais que a literatura vem tratando como de raízes weberianas na sociologia jurídica luhmanniana serão enfrentadas, como, por exemplo, o fato de o Direito ser entendido a partir de distinções próprias e específicas das normas jurídicas (WEBER, 1999, p.11-12) e de expectativas normativas (LUHMANN, 1983, p. 53-65). De antemão, gize-se, há pontos de contato, mas eles não são suficientes para se afirmar que há uma linha de pensamento luhmanniano derivado de Weber nessa questão.

Dessa forma, é preciso esclarecer o modo pelo qual Luhmann construiu sua Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos que, no caso específico, restará denominada de Teoria dos Sistemas Autopoiéticos Aplicados ao Direito (TSAD) pelas razões já apontadas. Não se trata de um caminho linear, devotado ao estudo e ao desenvolvimento de um único autor. Muito antes pelo contrário. Trata-se de uma superteoria (uma teoria das teorias) dedicada a descrever a sociedade. Desenvolve diálogos, em tese, inusitados, mas que vão ao longo do tempo, fechando o círculo (autopoiético) da própria teoria.

## **2 OS (DES)CAMINHOS DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS**

A vida e a obra de Luhmann foram objeto de vários artigos e de livros <sup>3</sup> mundo afora. Seus trabalhos foram publicados nas mais variadas línguas. As razões não deixam de ser intrigantes. Em um momento, Luhmann é um intelectual quase renegado e, em outro, após sua morte, passa a ter grande reconhecimento nos mais variados países.

Luhmann faleceu em 6 de novembro de 1998, em função de uma doença que o retirou quase que definitivamente de seu trabalho um ano antes<sup>4</sup>. De qualquer sorte, seu trabalho intelectual é considerado um dos mais bem acabados das ciências sociais do século passado, tanto que não somente era com frequência comparado a Hegel. Ele foi premiado, no ano de 1988, com o prestigioso *Prêmio Hegel*, uma honraria dada a poucos, tais como Habermas, Gadamer e Bobbio.

Aliás, uma das questões intrigantes é a quantidade de autores de outras áreas com os quais Luhmann dialogava a fim de construir sua própria teoria. No caso de Hegel, por exemplo, Sosoe (2021, p.3-4), aponta que Luhmann era um *neohegeliano*, ou, em suas palavras, um hegeliano de espírito, porque utilizava Kant para criticar a Filosofia e, com isso, substituí-la pela Sociologia. A Filosofia foi o modo pelo qual se construiu a modernidade; a Sociologia, por seu turno, para Luhmann (1970), seria o novo esclarecimento (esclarecimento sociológico).

No percurso de sua vida (1927-1998), Luhmann possui capítulos conhecidos por vários autores, inclusive o fato de ter sido prisioneiro dos americanos na Segunda Guerra Mundial. Contudo, quando se fala em questão intrigante, está a abordarem-se não os aspectos particulares de sua personalidade, sempre retratada como amável e aberta <sup>5</sup>. As questões dizem respeito à sua própria evolução acadêmica e, por conseguinte, à evolução de sua Teoria.

Nesse sentido, Bachur (2020a, p. 78) traz um resumo bastante apropriado quando recorda que a graduação em Direito de Luhmann se dá no ano de 1949 e que a virada acadêmica ocorre entre os anos 1960 e 1961, quando consegue uma bolsa de estudos para Harvard e lá trava seus contatos primeiros com Parsons e sua Teoria. Entremeios, Luhmann trabalha na

---

<sup>3</sup> Impossível dizer em quantas línguas os artigos de Luhmann foram traduzidos. Já em livros podem ser citadas, exemplificativamente, as seguintes línguas: alemão, português, italiano, espanhol, francês, inglês, japonês, chinês e sérvio. CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. Principais Livros de Niklas Luhmann. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 135-139.

<sup>4</sup> Por essa e outras razões é que a obra LUHMANN, Niklas. **Die Gessellschaft der Gessellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, é considerada a *opus magnum* do autor. Para além de ser sua última, trata-se do local em que ele finaliza seu famoso projeto de pesquisa: descrever a sociedade. Prazo do projeto? Trinta anos (ARMIN, 2004).

<sup>5</sup> “Os interlocutores deste homem reconhecem quase todos terem sido seduzidos por sua modéstia e sua indefinível amabilidade no sorriso”. CLAM, Jean. Conclusão: Niklas Luhmann (1927-1998). In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 129.

administração pública municipal. De fato, é um interlúdio pouco usual para um acadêmico. O doutorado em Sociologia é defendido apenas em 1966, e a habilitação se dá em 1968, quando, então, filia-se à Universidade de Bielefeld, onde leciona e pesquisa de forma ininterrupta até o ano de 1993.

A influência de Parsons no pensamento de Luhmann é fartamente documentada<sup>6</sup> e muito fácil de ser verificada por intermédio de algo simples e, ao mesmo tempo, complexo. A Teoria dos Sistemas de ambos, com todas as suas diferenças, consiste numa superteoria com pretensão de descrever a sociedade como um todo, restando aplicável a todos os seus subsistemas. Tentar defender uma teoria para todas as teorias, uma abstração do social, “desagrada pelo seu alcance, uma certa onicompetência que se distingue pela cobertura de todos os campos sociais, enfim, pelo longo aprendizado teórico necessário para entendê-la” (CLAM, 2013, p. 130).

Ainda sobre Parsons e os desígnios do presente artigo, importante sublinhar que o autor americano foi um dos grandes tradutores de Weber para a Língua Inglesa: “Devido ao trabalho de Parsons, não é insignificante a expansão internacional de Max Weber após a Segunda Guerra Mundial” (SCHWINN, 2021, p. 124). A trajetória intelectual de Luhmann é influenciada, portanto, inegavelmente, por Weber, mesmo que, por meio do trabalho de seu orientador.

A passagem por Harvard constitui um momento que destaca Luhmann como um pensador ligado ao estrutural funcionalismo de Parsons, muito embora o autor alemão tenha modificado o binômio, passando a denominá-lo de estrutural funcionalista. Em resumo, a função é elemento essencial e fundamental da constituição de um Sistema Social, privilegiando-se uma ininterrupta modificação estrutural que se dá por meio de relações possíveis em determinado momento. Contudo, essa mesma passagem por Harvard, traz, também, a figura de seu grande antagonista e, na linguagem de King (2009, p. 66), seu *sparring* intelectual: Habermas. Conforme relembra Esteves (1993, p. 7):

O pensamento de Habermas representou, nos anos que se seguiram e até hoje, a referência negativa, por assim dizer, da teoria de Luhmann: a versão contemporânea da tradição progressista do pensamento europeu, que Luhmann desde sempre refutou, com uma crítica radical à tradição emancipatória herdeira do humanismo das Luzes,

---

<sup>6</sup> Conforme ESTEVES, João Pisarra. Niklas Luhmann. Uma Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**, Lisboa: Veja, 1993 p. 6-7: “No início da década de 60, a Universidade local era um dos mais importantes centros das Ciências Sociais norte americanas, em particular da Sociologia, muito por influência de um autor então já consagrado, Talcott Parsons. Os seus seminários eram seguidos com enorme interesse por estudantes de todo o mundo, e Luhmann não fugiu à regra. Aí nasceu uma afinidade intelectual que podemos hoje considerar a mais consistente do seu pensamento. Se quisermos arriscar uma caracterização geral da proposta teórica de Luhmann, podemos considerá-la na directa continuidade da Sociologia estrutural e funcional de Parsons; isto significa que ele toma essa proposta com ponto de partida, e apenas isso, para desenvolver um modelo intelectual próprio que, em múltiplos aspectos, se afasta da referência original.”

que ele considera totalmente desajustada à realidade complexa das sociedades desenvolvidas.

O famoso debate Habermas x Luhmann revela-se um dos mais conhecidos do século passado no campo da sociologia de filosofia e foi transformado, inclusive, em livro (HABERMAS/LUHMANN, 1971). No campo da Sociologia do Direito, apenas para exemplificar, as conexões entre ambas são bastante exploradas por Neves (2015) e Simioni (2007). Bachur (2020a, p.79) reputa a este debate o ingresso de Luhmann na arena da sociologia alemã clássica.

Porém, entenda-se que a própria Teoria defendida por Luhmann pressupunha abertura cognitiva. Mesmo que a clausura operacional da teoria se desse pelos próprios limites da teoria (teoria da teoria), o fato é que ela estava em constante diálogo com as mais diversas fontes do saber. Costuma-se dizer que Luhmann criou uma teoria social a partir da Matemática (SPENCER-BROWN, 2008), da Biologia (MATURANA E VARELA, 2001) e da Física (VON FOERSTER, 1993). Bachur (2020a, p. 79-80) resume essas “conversas” de Luhmann com as mais diversas fontes teóricas na busca por conceitos operativos em sua própria teoria:

Luhmann incorporou as mais heterodoxas fontes teóricas, inusitadas na construção de uma teoria da sociedade: a neurobiologia para o conceito de autopoiese (Humberto Maturana e Francisco Varela); a teoria geral de sistemas para as noções de abertura e fechamento operacional (Ludwig von Bertalanffy); a cibernética para as noções de autorreferência operativa (por exemplo, Norbert Wiener e Ross W. Ashby); teorias da comunicação de diferentes matizes (Gregory Bateson, C. E. Shannon e W. Weaver); o construtivismo radical para as noções de observador e observação de segunda ordem (Ernst von Glasersfeld, Heinz von Foerster); e a lógica das formas (George Spencer Brown) para o conceito de diferença.

Não é por acaso que a teoria de Luhmann é considerada de difícil acesso. Também não auxilia o fato de que os conceitos foram sendo desenvolvidos em artigos, cursos e seminários durante a vida do autor, tornando difícil sua sistematização. Para Kogler (1997, p. 271), o trabalho de Luhmann era um voo acima das nuvens e que poderia ser comparado à *Ética* (SPINOZA, 2009), à *Lógica* (HEGEL, 2016) ou à *Arqueologia do Saber* (FOUCAULT, 2012). Não se trata de uma crítica elogiosa, o que, aliás, os estudiosos do autor em comento estão acostumados a receber pelas razões já expostas.

As críticas à Teoria luhmanniana são delimitadas e bem respondidas por King (2009). Contudo, Moeller (2012), de outra maneira – construtivista –, rebate às incompreensões da Teoria por meio de uma alusão: o Cavalo de Tróia. A inserção de elementos outros no interior da sociedade provoca sua constante autorreprodução, mesmo quando se trata de assuntos em que Luhmann, aparentemente, decreta a morte do sujeito ao deslocar sua posição de

centralidade na observação social. Moeller (2012, p. 30-32) refere, então, que a Teoria luhmanniana é uma afronta à vaidade humana tanto quanto foram as de Darwin, de Copérnico e de Freud.

Mesmo com todas as críticas atribuídas a Luhmann, o manancial teórico no qual ele se debruçou, explicitado no seu famoso método do fichamento (*Zettelkasten*)<sup>7</sup>, demonstra que foram vários os autores que contribuíram para a criação da Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos (aplicada ao Direito) luhmanniana. A tradição sociológica clássica não foi exceção. É o caso de Weber.

### 3 A PRESENÇA DE WEBER NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS APLICADA AO DIREITO DE LUHMANN

Como já referido anteriormente, as teorias de Weber e de Luhmann são superteorias. É, naturalmente, bastante impreciso fazer um estudo que esgote as influências do primeiro no trabalho do segundo. O que se pretende realizar neste artigo é fazer o recorte a partir da Sociologia do Direito, até mesmo porque, também em Luhmann, a comunicação jurídica se torna bastante importante em sua Teoria<sup>8</sup>.

É deveras conhecido o fato de que em sua *opus Magnum*, o *Economia e Sociedade*, Weber (1999, p. 1-153) trata de uma Sociologia do Direito de um modo bastante específico. Não é surpresa, pois, o Direito passar a ocupar posição central na estruturação social de modo muito recente quando das escritas weberianas primeiras. Sua busca por um Direito racional não resta fora de sua época. Aliás, para Mello (2012, p. 166), Max Weber foi o único dentre os fundadores da disciplina a tomar o Direito como tema específico de sua análise sociológica

Luhmann (1983, p. 20-30) reconhece que Weber, ao sabor dos ventos de sua época, vislumbra o Direito como racionalidade ou uma racionalização do Direito, buscando separar e distanciar o direito dos demais sistemas e estruturas sociais. Somente dessa forma, poderia haver *segurança jurídica*. Contudo, além de negar a interface do Direito com a sociedade, para

---

<sup>7</sup> Os fichamentos de Luhmann estão disponíveis, hoje, na Universidade de Bielefeld. Maiores detalhes em: <https://www.uni-bielefeld.de/soz/luhmann-archiv/>. Para maiores detalhes sobre a metodologia do fichamento, veja-se SCHMIDT, Johannes F.K. Niklas Luhmann's Card Index: Thinking Tool, Communication Partner, Publication Machine. In: CEVOLINI, Alberto. **Forgetting Machines: Knowledge Management Evolution in Early Modern Europe**. Leiden/Boston: Brill, 2016, p. 289-311.

<sup>8</sup> Quando se fala apenas de livros é possível dizer que Luhmann abordou a questão de um modo bastante preciso em: *Grundrecht als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (2019), *Legitimação pelo Procedimento* (1980), *Sociologia do Direito* (1983), *Aufsatzsammlungen: Die Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981) e *Das Recht der Gessellschaft* (1997).

Luhmann, o pensamento weberiano, nesse caso, é unilateral, e, também por isso, mostra-se inapto para descrever a sociedade contemporânea.

Dessa forma, é natural que diversos temas abordados por Weber em sua trajetória também o tenham sido por Luhmann. Em alguns casos, há concordâncias e em outros, existem discordâncias, como é natural no método científico. As coincidências e as diferenças entre Luhmann e Weber foram abordadas por inúmeros autores, fato exemplificado, por todos e por todas, em Schwinn (2005), que lança, até mesmo uma pergunta: “É possível resgatar Luhmann com Weber?”. Sua resposta revela-se negativa por vários motivos, mas a principal, em suma, é a de que se trata de teorias distintas como exemplifica Mello (2006, p. 178):

Nesse aspecto Luhmann distancia-se ainda da Sociologia compreensiva de Max Weber e das perspectivas fenomenológicas de maneira geral, que concebem a ação social como resultado dos sentidos construídos intersubjetivamente pelo esforço interpretativo dos sujeitos da ação. Em Luhmann, a concepção de que os padrões recorrentes da ordem são dados pelos códigos da comunicação sistêmica é o que permite a incorporação à teoria do autor o conceito biológico de autopoiesis utilizado para explicar os sistemas sociais e, posteriormente, o “subsistema legal”.

Nesse sentido, acompanhando Bachur (2020a, p. 79-82), o fato é que Luhmann, no que diz respeito à Filosofia do sujeito, reanalisa instituições bastante entranhadas no mundo sociológico como é caso das esferas sociais (Sistemas, no caso de Luhmann) de Weber.

Nesse ponto, o pensamento weberiano (WEBER, 1974) entende que a sociedade possui dois componentes: os indivíduos e as esferas sociais. Estas são criadas por aqueles mediante interação social. Quando o ser humano atua (age), as esferas de atuação humana são denominadas de esferas de valor. A característica da modernidade é a autonomização de ditas esferas e existe uma relação causal entre todas as diferentes esferas da vida social.

As conexões com Luhmann, nesse ponto, estão essencialmente nas concepções do que propriamente no desenvolvimento teórico. É que, por exemplo, Luhmann entende o ser humano como um sistema psíquico independente dos Sistemas Sociais e com o qual existe uma relação de coevolução e não de centralidade. É o primado da evolução comunicacional que proporciona ao sistema psíquico (humano) e aos Sistemas Sociais (Direito) relações estruturais (GUIBENTIF, 2012, p. 173) por meio de consciências. É, realmente, uma grande diferença em relação à Weber.

Na mesma linha, defender, como sustenta Weber, que a autonomização – e a diferenciação inclusive dos vários tipos de Direito (público, privado, entre outros) - é a característica marcante da modernidade (WEBER, 1999, p. 11) não é algo muito diverso do que

sustenta Luhmann quando refere que sociedades complexas são aquelas marcadas pelos processos de diferenciação funcional que determinam o abandono de sociedades estagumentadas (LUHMANN, 1983). No entanto, a autonomia do Direito e dos demais Sistemas Sociais é, em Luhmann, uma questão derivada do processo comunicativo típico de sua teoria:

A autorreferência dos sistemas sociais não é derivada da autorreferência da consciência; esta não é o modelo para aquela. Não obstante, a autorreferência social não segue uma lei unitária e teleológica, como no marxismo – ela é fragmentária, fractal: cada “esfera” da sociedade (para trazermos à memória a terminologia clássica de Max Weber) segue uma lógica própria, autônoma, e não permite ser reconduzida a uma lógica social basal. (BACHUR 2020, p.80)

A autonomia do Direito, portanto, na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos Aplicada ao Direito (SCHWARTZ, 2009), é resultado da própria diferenciação dos sistemas e se configura como uma autonomia operativa em relação ao meio no qual se encontra (sistema social global). O Direito vai ser produzido e será autorreproduzido mediante seus próprios critérios. A normatividade, pois, é condição de abertura (cognitiva). O mecanismo seletivo (*Recht/Unrecht*) torna vigente as expectativas normativas. A operatividade interna do Sistema do Direito se dá, portanto, a partir dessa seleção (contingente) e, daí, processa as comunicações de tal sorte que as torna jurídicas e as devolve ao exterior nesse novo formato.

Também é verdade que, quando Luhmann (1983, p.24) se contrapõe ao marxismo, retoma Weber e seus processos de racionalização. Ele diz que para *Marx* o Direito reside na moldura dos interesses dos proprietários, sendo por tais atores administrados. Logo, a única possibilidade de sua mudança é via revolução. Essa uniformidade do problema do Direito x Sociedade é criticada por Luhmann (193, p.24-25), rechaçando a ideia de que não é tão-somente neste sentido que o Direito condiciona a sociedade.

O mesmo tipo de raciocínio vale, ainda, segundo Bachur (2020a, p. 79-82), quando Luhmann retoma a formalização e a abstração dos vínculos sociais de Simmel e a questão da autonomia do social em contraposição às consciências individuais (Marx e Durkheim). Restam claras, portanto, as influências da teoria sociológica clássica no pensamento luhmanniano (RODRIGUES, 2012). Um sumário a respeito desses pontos em comum – ao mesmo tempo distintos – é apresentado por Mello (2006). A saber:

(a) A ideia de racionalização das relações do Ocidente como algo que distinga tal parte do mundo como ponto central de sua cultura (WEBER, 1974; WEBER, 1999) deve ser analisada a partir da historicidade e se afastar do evolucionismo. Desse modo, veja-se: afasta-se de Weber, como em Luhmann, qualquer concepção idealista ou materialista da história; ao contrário, todavia, este defende uma ideia que se pode chamar de co-evolutiva (entre os

sistemas) enquanto aquele, como já dito, trabalha dentro de hipóteses de autonomias (esferas sociais) que conferem significado para as ações dos agentes sociais.

(b) O Direito como processo de racionalização do Ocidente (WEBER, 1999) não se confunde em agir conforme a razão. Está ligado ao processo de intelectualização ocorrido no mundo ocidental, isto é, explicar as questões postas a partir de princípios lógicos e abstratos. Nesse sentido, o agir racional weberiano é uma comunicação, talvez improvável (LUHMANN, 1993), altamente influenciado pelo contexto no qual se circunscreve. À evidência que o processo de comunicativação (STAMFORD, 2021), uma diferenciação específica da comunicação jurídica, pressupõe os fatores próprios de coevolução intersistêmica (HARSTE; FEBBRAJO, 2020).

(c) Os tipos de dominação weberianos (tradicional, racional-legal e carismático) chegam em tipos de Direito e aos diferentes tipos de justiça (MELLO, 2006, p. 170): material na dominação tradicional; formal na dominação racional-legal e material na dominação carismática. Há, portanto, fontes racionais e fontes irracionais. Há, em suma, abertura cognitiva e diferenciação, aspectos centrais na teoria luhmanniana, muito embora, novamente, o remédio para questões diferentes não possa ser o mesmo (SCHWINN, 2005, p. 432).

Nessa esteira, é inegável que há temas em que Weber e Luhmann possuem assuntos em comum como é o caso da legitimação no e do Direito. Para Sosoe (2021, p.9): “In Luhmann the term ‘legitimation’ is more Weberian than Kantian in this sense”, conclusão também sustentada por Bachur (2020b). De fato, no sentido luhmanniano, legitimidade de uma decisão jurídica reside no procedimento (judiciário, legislativo e administrativo). Em resumo, a função legitimadora do Direito não é a de substituir uma expectativa frustrada. Ele imuniza a decisão final, porque seguiu o procedimento, de decepções intrínsecas à organização decisória jurídica (LUHMANN, 1980, p. 4). O Direito, portanto, controla a concreção de uma decepção rebelde por meio de uma aceitação do procedimento preestabelecido.

Weber (1999) também se ocupou da questão, preocupando-se em tentar responder ao porquê há governantes e governado, dizendo que a legitimidade de quem comanda perante quem obedece, respeita os tipos de dominação já mencionados. O fundamento racional da legalidade é o que dá suporte (diferencia) as sociedades jurídicas modernas. Essa legalidade, por seu turno, fundamenta-se tanto na modificação quanto nos procedimentos de produção das normas jurídicas. Logo, a autonomia do Direito, em Weber, reside em acreditar (expectativas) que alguns procedimentos identificam e especificam o Direito. O Direito se auto-organiza, portanto, pois são as suas regras (operações) que justificam tanto sua existência quanto sua dominação.

Contudo, também não se pode negar, até mesmo na questão de como se entende a dominação em Weber (2002) e o Poder em Luhmann (1985), que existem certas “coincidências”. Veja-se que o modelo weberiano da Sociologia da dominação pressupõe entender que dominar é um fato social agregado a seu conteúdo subjetivo. Racionalizar obediência, no mundo ocidental, demanda a obediência à lei. É preciso que exista conexão entre os comandos das normas jurídicas e o mundo dos fatos. O modelo luhmanniano, de outro lado, entende a obediência como “solidariedade comunicativa gerada pela dominação” (BACHUR, 2020(b), p. 123).

Nesse ponto, como recorda Mello (2006), é importa mencionar que o distanciamento entre Luhmann e Weber se funda no fato de que para aquele os sentidos construídos não estão atrelados aos sujeitos – e a suas interpretações – da ação. A recorrência de padrões organizativos é estabelecida, como já referido, pelos códigos comunicativos, assumindo, então, importância superlativa, a autonomia e a independência do Direito.

Entenda-se, todavia, independência, como um processo de diferenciação que os sistemas sociais assumem a partir de sua especialização mediante códigos e comunicações específicas, tudo isso, claro, de modo entrelaçado entre a abertura cognitiva e o fechamento operativo de cada um dos sistemas sociais. Não se trata, portanto, de uma Sociologia fenomenológica e sim, à sua maneira, de uma descrição radical de uma sociedade complexa. Para tanto, seus pressupostos são diversos daqueles sustentados por Weber, embora, reconheça-se, como já demonstrado, existam pontos de partida que se “comunicam” entre ambas as Teorias.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo, dentro das limitações a que se propôs, procurou demonstrar que o percurso teórico luhmanniano não é linear e que a circularidade da teoria se apresentou como característica da própria teoria. Da mesma maneira, restou demonstrado que as influências absorvidas por Luhmann para o desenvolvimento de sua Teoria – e de sua Sociologia do Direito – são provenientes das mais variadas áreas do saber (abertura cognitiva da própria teoria).

Nesse sentido, Weber, como outros autores da Sociologia tradicional clássica, é influência visível na Teoria luhmanniana. Há, no entanto, diferenças marcantes, uma vez que seus pressupostos são, à evidência, diversos e, portanto, aplicáveis também na Sociologia do Direito de viés sistêmico-autopoiético.

É, nessa última observação que, com base em Schwinn (2005), o resgate de Luhmann a partir de Weber não somente é desnecessário – a teoria luhmanniana socorre-se a si mesma –

, mas é, também, infrutífero. É que, em suma “as análises de constelação de Weber não trabalham com a noção de um sistema como a que pode ser encontrada em Parsons e Luhmann” (SCHWINN, 2021, p. 121).

De fato, rememorando, a questão mais debatida – e menos compreendida – da Teoria dos Sistemas de viés luhmanniano está na posição do sujeito na sociedade. A distinção entre sujeito e sistema é o que determina uma Teoria da Ação (Weber) ou uma Teoria dos Sistemas (Luhmann). E, nesse ponto, por mais que existam, como o texto demonstrou, influências, não se pode negar a incompatibilidade de ambas as Teorias. Aliás, nesse caso, a Sociologia, desde um ponto de vista amplo, renega a observação luhmanniana e privilegia a posição central do sujeito na observação da sociedade.

Não se trata, aqui, portanto, de uma escolha que se possa fazer aleatoriamente, isto é, em que se possam combinar trechos de um pensamento com outro. É uma opção basal, tanto que Luhmann não discute a existência de Sistemas. É seu pressuposto fundamental. O mesmo vale para a concepção de esferas sociais de Weber.

Mesmo na Sociologia do Direito, compreender que o sistema do Direito é composto de comunicações e unicamente delas, é ir contra o processo de racionalização e de dominação sustentada por Weber. Aqui, novamente, é preciso dizer que a Sociologia do Direito pende muito mais para as posições do que Luhmann chamava de Velha Europa (LUHMANN, 2007), isto é, de centralidade do sujeito no processo de diferenciação do próprio Direito.

A incerteza, característica típica de decisões judiciais, é abordada diferentemente por Weber e Luhmann é, para o primeiro, uma questão sujeito/situação e, no segundo, em uma relação sistema/ambiente. Daí, decorrem as diferenças apontadas durante o texto tanto em termos de legitimação quanto de Poder em termos de Direito.

A Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos aplicada ao Direito (TSAD) é, declaradamente, uma teoria que parte de uma Teoria que se aplica ao sistema social global como um todo. Essa é sua riqueza, pois, assim, pretende descrever a sociedade a partir de operações que refletem uma unidade sistêmica global. Já no modelo weberiano, o modo de análise é relativo, visto que sua seleção de um determinado ponto de vista é a partir de certo contexto.

Por fim, mesmo que sejam teorias distintas e que a elas não possa ser dado o mesmo remédio (SCHWINN, 2005), a Sociologia (do Direito) desenvolvida por Luhmann deve tributo a de Weber e não são raras as vezes em que este é citado por aquele. Mas não se trata somente de citação. É uma clara inspiração. Porém, como toda inspiração é apenas um dos pontos de partida da construção inerente à complexidade descrita por Luhmann e que se presencia em sua própria Teoria.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHUR, João Paulo. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n.2, jul./dez 2020(a), p. 77-94.

BACHUR, João Paulo. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 101-128, maio/ago. 2020 (b).

CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. Principais Livros de Niklas Luhmann. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 135-139.

CLAM, Jean. Conclusão: Niklas Luhmann (1927-1998). In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; Clam, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 129-134.

ESTEVES, João Pisarra. Niklas Luhmann. Uma Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**, Lisboa: Veja, 1993 p. 5-38.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUIBENTIF, Pierre. Os Direitos Subjectivos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 171-198.

HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas. **Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie**. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

HARSTE, Gorm; FEBBRAJO, Alberto. **Law and Intersystemic Communication**. London: Routledge, 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Ciência da Lógica. Volume 1 a Volume 3**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

KING, Michael. A Verdade Sobre a Autopoiese no Direito: In: ROCHA, Leonel Severo; KING, MICHAEL; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-98.

KOGLER, H.H. Social Systems Review Article. **The American Journal of Sociology**, v. 103, (1), p. 217-273.

LUHMANN, Niklas. **A Improbabilidade da Comunicação**, Lisboa: Veja, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Aufsatzsammlungen: Die Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie**, Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Die Gessellschaft der Gessellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrmkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Grundrecht als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora da UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **O Poder**. Brasília: Editora da UnB, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme**. Opladen: Westdeut- scher Verlag, 1970.

MATHIS, Armin. A Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Presença. Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente**, Maio, n. 28, vol. 8, Porto Velho, 2004, p. 1-23.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento. As Bases Biológicas da Compreensão Humana**. Palas Athena: São Paulo, 2001.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do Direito: historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica. **Revista de Sociologia Política.**, Curitiba, 25, jun. 2006, p. 165-175.

MOELLER, Hans George. **The Radical Luhmann**. New York: Columbia University Press, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hydra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PIRES, Álvaro; SOSOE, Lukas. Epistemological and Empirical Challenges of Niklas Luhmann's Theory: an interview with professors Álvaro Pires and Lukas Sosoe. **Revista Direito GV**, v.17, n.1, jan/abr/2021, p. 1-28.

RODRIGUES, Léo Peixoto. Notas Epistemológicas. Niklas Luhmann e a Tradição Sociológica. Século XXI – **Revista de Ciências Sociais**, Vol. 2, nº1, jan./jun. 2012, p.108-137.

SCHMIDT, Johannes F.K. Niklas Luhmann's Card Index: Thinking Tool, Communication Partner, Publication Machine. In: CEVOLINI, Alberto. **Forgetting Machines: Knowledge Management Evolution in Early Modern Europe**. Leiden/Boston: Brill, 2016, p. 289-311.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e Direito. Auto-Observações e Observações de Segundo Grau. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99-143.

SCHWINN, Thomas. As Teorias da Ação e dos Sistemas Podem ser Associadas? Pressupostos da Teoria dos Sistemas de Parsons e Luhmann e da Teoria da Ação de Weber. **Em Tese**. Florianópolis, v. 18, n.01, jan/jun 2021, p. 103-126.

SCHWINN, Thomas. Lässt sich Luhmann mit Weber retten? **Zeitschrift für Soziologie**, Jg. 34, Heft 6, Dezember 2005, p. 429–432.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e Racionalidade Comunicativa. A Teoria Discursiva do Direito no Pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba : Juruá, 2007.

SPENCER-BROWN, George. **The Law of Forms**. Leipzig: Bohmeier Verlag, 2008.

SPINOZA. **Ética**. São Paulo: Autêntica, 2009.

STAMFORD, Artur. **Decisão Jurídica na Comunicativaço**. São Paulo: Almedina, 2021.

VON FOERSTER, Heinz. **Wissen und Gewissen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade. Volume 2**. Brasília: Editora da UnB, 1999.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. Parte 2. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. *In*: COHN, Gabriel (org.). **Weber: Sociologia**. 7. ed. Tradução G. Cohn. São Paulo: Ática, 2002. (Coleção Sociologia, v. 13).

**Submissão: 11/05/2021. Aprovação: 02/06/2023.**

## **TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MEIO SUBSTITUTIVO AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16, §9º DA LEI ESTADUAL 7.772/1980 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS**

*CONDUCT ADJUSTMENT TERM AS SUBSTITUTIVE MEANS OF ENVIRONMENTAL LICENSING: ANALYSIS OF THE CONSTITUCINALITY OF ART. 16, §9 OF STATE LAW 7.772/1980 BY THE COURT JUSTICE OF MINAS GERAIS*

Beatriz Souza Costa<sup>1</sup>  
*Escola Superior Dom Helder Câmara*

José Guilherme Castro<sup>2</sup>  
*Escola Superior Dom Helder Câmara*

### **Resumo:**

A partir de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.0000.20.58910-8/000, o presente artigo analisa dispositivo da legislação do Estado de Minas Gerais que permitia ao infrator ambiental retomar atividades suspensas por meio de assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com órgãos ambientais estaduais. Nessa perspectiva, será avaliado se a decisão em tela, foi julgada de maneira acertada, com o ordenamento constitucional federal e estadual. Para acompanhar o posicionamento da Corte mineira, o presente estudo faz uma análise do panorama atual da rede administrativa de proteção ambiental em Minas Gerais, e traz um panorama dos institutos jurídicos do licenciamento ambiental e do TAC, também aprofunda no processo legislativo estadual que originou o dispositivo para, enfim, se lançar na interpretação do acórdão da ADI. Demonstra, em conclusão, que o dispositivo propunha inovação normativa muito além da autorizada pelas constituições Federal e Estadual. Foi realizada pesquisa bibliográfica e documental para, por meio dos métodos dedutivo e comparativo, compreender o posicionamento do TJMG acerca da questão.

### **Palavras-chave:**

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Ambiental. Competência concorrente. Licenciamento ambiental. Termo de Ajustamento de Conduta.

### **Abstract:**

Based on the decision of the Court of Justice of Minas Gerais (TJMG) in the context of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 1.0000.20.58910-8/000, this article analyzes a provision of the legislation of the State of Minas Gerais that allowed the environmental offender to resume suspended activities by signing a Conduct Adjustment Term (TAC) with state environmental agencies. In this perspective, it will be evaluated whether the decision on screen was judged in the right way, with the federal and state constitutional order. To follow the position of the Court of Minas Gerais, the present study analyzes the current panorama of the administrative network of environmental protection in Minas Gerais and brings an overview of the legal institutes of environmental licensing and TAC, also deepens in the state legislative process that originated the device to finally launch into the interpretation of the ADI judgment. It shows, in conclusion, that the device proposed normative innovation far beyond that authorized by the Federal and State constitutions. Bibliographic and documentary research was carried out to understand the position of the TJMG on the issue through the deductive and comparative methods.

### **Keywords:**

Concurrent competence. Conduct Adjustment Term Environmental Law. Direct Action of Unconstitutionality. Environmental licensing.

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidad Castilla-La Mancha (UCLM). Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pró-Reitora de Pesquisa e Professora do mestrado e doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) decidiu no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.0000.20.58910-8/000 pela inadequação constitucional de norma estadual constante no art. 16, §9º, da Lei 7.772 de 1980. De acordo com o dispositivo legal analisado pela mencionada ADI, infratores de leis ambientais teriam suas atividades suspensas até que fosse obtida a licença ambiental ou fosse firmado um Termo (ou Compromisso) de Ajustamento de Conduta (TAC) com o órgão ambiental estadual competente.

A norma sobre a qual debruçou-se a ADI suscita uma dúvida, que será considerada e respondida ao longo deste artigo, ou seja, pode o Termo de Ajustamento de Conduta apresentar-se como substitutivo ao procedimento de Licenciamento Ambiental? O problema que o artigo enfrentará consiste em compreender as diferenças e peculiaridades dos institutos jurídicos do TAC e do Licenciamento Ambiental e entender o teor e o posicionamento do acórdão prolatado na ADI para ao final responder a essa pergunta e entender se o TAC se configura como instrumento suficiente para substituir o Licenciamento.

O objetivo deste trabalho é elucidar os elementos que conduziram o TJMG a declarar a inconstitucionalidade da norma estadual em consideração. Este entendimento é formado ao longo do texto a partir do exame da estrutura administrativa ambiental do estado de Minas Gerais e de uma apreciação sobre os aludidos institutos jurídicos. Levanta-se em seguida uma ponderação acerca da viabilidade jurídica da substituição do Licenciamento Ambiental pelo TAC e, na sequência, avalia o acórdão, seu resultado e seus efeitos. Haja visto uma certa tendência de flexibilização das tutelas dos bens ambientais, o presente estudo se justifica para compreender a direção apontada pelo Judiciário no tocante à proteção ambiental, bem como se o dispositivo analisado pela ADI pode ser considerado como um elemento de flexibilização do Licenciamento.

O artigo se ampara no método dedutivo e comparativo acerca dos resultados das técnicas de pesquisa aplicadas. Foram realizadas pesquisas documentais e bibliográficas sobre os institutos que alicerçaram a decisão analisada e da legislação federal e estadual pertinente ao tema. Com isso, aponta as peculiaridades do licenciamento ambiental em Minas Gerais, analisa os institutos do licenciamento ambiental e do TAC e em seguida busca compreender se o procedimento administrativo do licenciamento pode ser substituído pela assinatura do compromisso de ajustamento para, enfim, concentrar-se nos argumentos da decisão.

## 2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM MINAS GERAIS: FORMAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Direito Ambiental é um tema particularmente caro ao estado de Minas Gerais, principalmente quando se considera que as duas principais matrizes econômicas se relacionam intimamente com a exploração do meio ambiente – mineração e agronegócio.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 24 que a competência para elaboração de normas de caráter ambiental é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, observando os preceitos estabelecidos no texto constitucional.

O legislador constituinte mineiro, assim, buscou no próprio texto constitucional estadual delinear com maior nitidez os contornos tutelares sobre o patrimônio ambiental. Amparado por duplo ordenamento constitucional (federal e estadual), o legislador mineiro tem se dedicado a esmiuçar os mecanismos de proteção ambiental previstos nos dois diplomas legais – tarefa, aliás, que exerceu e ainda exerce com vigor legiferante: entre normas vigentes e revogadas, existem milhares de textos legais sobre o tema na esfera federal e estadual<sup>3</sup>.

Em sua configuração atual, o estado conta com o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema, um conjunto de órgãos e entidades que atuam de forma integrada, transversal e participativa para gerir as políticas da área. Conforme ditado pelo art. 3º da lei instituidora do SISEMA (21.972/2016), é coordenado pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) e composto pelo Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM), Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH-MG), a Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM), Instituto Estadual de Florestas (IEF), Instituto Mineiro de Gestão de Águas (IGAM), Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG), núcleos de gestão ambiental das demais secretarias de estado, comitês de bacias hidrográficas e agências de bacias hidrográficas e entidades equiparadas.

Conforme a referida lei, cada um desses órgãos tem atribuições específicas dentro da gestão ambiental do estado, sendo cada uma delas responsável, dentro de seu escopo, por realizar suas atividades de licenciamento ambiental. O art. 17 delinea três modalidades de licenciamento – Trifásico (definido no art. 18), Concomitante (art. 19) e simplificado (art. 20).

No Licenciamento Ambiental Trifásico<sup>4</sup>, “as etapas de viabilidade ambiental, instalação e operação da atividade ou do empreendimento serão analisadas em fases sucessivas” (art. 18). Sendo aprovadas, as licenças são expedidas, sendo elas:

---

<sup>3</sup> 2.879 para ser mais preciso, conforme consulta realizada em [www.siam.mg.gov.br/sla](http://www.siam.mg.gov.br/sla)

<sup>4</sup> Essa modalidade é de fato a única prevista na legislação federal, conforme a Resolução Conama 237/1997.

I – Licença Prévia – LP –, que atesta a viabilidade ambiental da atividade ou do empreendimento quanto à sua concepção e localização, com o estabelecimento dos requisitos básicos e das condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – Licença de Instalação – LI –, que autoriza a instalação da atividade ou do empreendimento, de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes;

III – Licença de Operação – LO –, que autoriza a operação da atividade ou do empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta da LP e da LI, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinadas para a operação e, quando necessário, para a desativação. (Minas Gerais, 2016)

O Licenciamento Ambiental Concomitante analisa as mesmas etapas do Trifásico, “observados os procedimentos definidos pelo órgão ambiental competente, sendo as licenças expedidas concomitantemente, de acordo com a localização, a natureza, as características e a fase da atividade ou empreendimento”, art. 19, (Minas Gerais, 2016). Todas as três licenças do art. 18 podem ser expedidas concomitantemente; também é possível a expedição da Licença de Instalação em conjunto com uma das demais, com prévia concessão da LP ou posterior concessão da LO.

Por fim, o Licenciamento Ambiental Simplificado, tal como definido no art. 20 da mesma lei, “poderá ser realizado eletronicamente, em uma única fase, por meio de cadastro ou da apresentação do Relatório Ambiental Simplificado pelo empreendedor, segundo critérios e pré-condições estabelecidos pelo órgão ambiental competente”, que dará origem à Licença Ambiental Simplificada (LAS).

Todos os órgãos que compõem o SISEMA devem estabelecer os procedimentos internos para licenciamento, e observarem suas competências e sua área de atuação técnica. Eles devem visar e compatibilizar os estudos e documentos exigíveis na análise (art. 26). Isso significa que para cada órgão haverá um conjunto de regras procedimentais próprias para a realização das modalidades de licenciamento.

Antes do advento do SISEMA, e anteriormente mesmo da instauração do SISNAMA pela Lei Federal 6.938/81, o licenciamento no estado de MG era regulamentado pela Lei estadual 7.772/1980, que trazia o já consagrado dispositivo, com redação tão parecida em outras leis federais e do próprio estado, de que “a localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como dos que possam causar degradação ambiental, observado o disposto em regulamento, dependerão de prévio licenciamento” (art. 8º, hoje revogado)(Minas Gerais, 1980).

É de se esperar, entretanto, que uma Lei de 41 anos de idade passe por constantes reavaliações e adaptações, seja para agregar novos conceitos jurídicos, seja para melhor se adequar à direção da política dominante de uma época. Dessa maneira, em janeiro de 2006 a Lei 7.772/80 foi emendada pela Lei 15.972/2006, que deu novas redações a uma série de dispositivos, dentre eles o artigo 16 da lei mais antiga, que impõe as penas aplicáveis às infrações ambientais. Foi nessa ocasião que o §9º foi adicionado ao diploma legal, com a redação que determina que:

O infrator que estiver exercendo atividade sem a licença ou a autorização ambiental competente, além das demais penalidades cabíveis, será aplicada a penalidade de suspensão de atividades, a qual prevalecerá até que o infrator obtenha a licença ou autorização devida ou firme termo de ajustamento de conduta com o órgão ambiental, com as condições e prazos para funcionamento do empreendimento até a sua regularização (MINAS GERAIS, 2006).

À primeira leitura surge uma ideia de que aparentemente o TAC poderia suprir a necessidade do licenciamento, no entanto, os dois institutos jurídicos não guardam relação direta entre si, o que suscita a dúvida sobre as razões dessa heterodoxa associação. Logo, é importante ter uma visão geral do licenciamento ambiental e do termo de ajustamento de conduta no estado de Minas Gerais.

### **3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS**

Sendo o Licenciamento Ambiental e o TAC institutos de origem consideravelmente diferentes entre si, se faz necessário observar o que a doutrina aponta sobre ambos antes de se prosseguir na análise do problema.

#### **3.1 Licenciamento ambiental**

Para alcançar os objetivos da Constituição de 1988, no tocante ao direito ao meio ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro delineou o procedimento administrativo de licenciamento ambiental para autorizar o implemento de atividades ou empreendimentos que possam causar lesão ao patrimônio ambiental coletivo. Porém há mais nesse instituto que meramente um trâmite burocrático.

Em essência, a legislação brasileira impõe o licenciamento ambiental a todas as atividades e empreendimentos cuja instalação e operação causem ou possam causar degradação ambiental. Originalmente, o art. 1º da Resolução 237/1997 do Conama definiu o licenciamento ambiental como:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (CONAMA, 1997).

Redação semelhante tem o art. 2º, I, da LC 140/2011 bem como o art. 10 da Lei 6.938/1981, reformado pela mesma LC 140. A Lei Complementar 140 estabeleceu parâmetros de licenciamento para a União, Estados e Municípios.

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV, Lei 6.938/1981), tendo como objetivo, junto com os demais instrumentos, “fazer cumprir a diretriz constitucional estabelecida no art. 225 da Carta e as metas definidas na legislação infraconstitucional” (Lino, 2019, p. 44). Edis Milaré (2020, p. 998) aponta que o licenciamento compatibiliza desenvolvimento econômico com equilíbrio ambiental ao gerenciar atividades humanas que causam impactos ecológicos.

A LC 140/2011, por sua vez, reformulou a competência para o processamento do licenciamento, adotando a regra da unicidade – ou seja, apenas um órgão de um ente federativo será responsável pela licença, conforme a prevalência ou predominância de interesse (Lino, 2019, p. 49).

Existem três espécies de licença ambiental previstas no ordenamento brasileiro – Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação, já detalhadas anteriormente – que podem ser expedidas isoladamente ou não, mas mais comumente são sucessivamente encaminhadas. Independente da modalidade, as licenças têm caráter temporário, devendo ser reeditadas periodicamente (Lino, 2019, p.54).

A concessão da licença ambiental é ato administrativo de natureza própria, pois mesmo que seja um ato vinculado, que obedece a mandamentos e procedimentos estabelecidos em lei e que analisam o cumprimento de exigências, gera como resultado uma licença precária, que pode ser revogada por determinação do órgão competente agindo em benefício da proteção dos recursos naturais (Lino, 2019, p.53). A clássica lição de Paulo Affonso Leme Machado lembra que a licença ambiental não guarda relação com a licença administrativa ordinária, sendo uma inovação do conceito (2020, p. 334).

Mesmo sendo processo administrativo, não se pode reduzir o licenciamento a mero procedimento protelatório, uma burocracia desnecessária ou desmensurada ao início das operações de atividades a ele sujeitas. Licenciamento compreende todo um conjunto de etapas que irão demonstrar a viabilidade ambiental, os possíveis e prováveis impactos no meio ambiente, e elencar medidas capazes de mitigar e reduzir estes impactos.

Elucidada a natureza jurídica e a função do Licenciamento, passa-se à análise semelhante do TAC.

### **3.2 Termo de Ajustamento de Conduta**

A seu turno, o Termo de Ajustamento de Conduta é uma solução extrajudicial de conflitos destinado a conflitos de direitos de caráter difuso (Grinover et. al., 2011, p. 825) ou transindividuais (Rodrigues, 2011, p. 157). Ao contrário dos termos de transação entre partes, no TAC se faz necessária a participação de órgãos públicos competentes e legitimados e/ou do Ministério Público, dado o caráter indisponível dos direitos transindividuais (Rodrigues, 2011, p.157).

O TAC foi incluído no ordenamento jurídico nacional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor. O aludido Código acrescentou no art. 5º da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública – o §6º, estipulando que os legitimados para propor o TAC são os mesmos atores das ACP's. Por sua vez, a Lei 9.469/1997, que dispõe sobre a realização de acordos e transações nas causas que figurem como autores ou réus entes da administração pública indireta, trouxe em seu art. 4-A quais seriam as cláusulas obrigatórias de um TAC.

É função do TAC adequar uma conduta potencialmente danosa para prevenir uma violação a direitos transindividuais ou reparar danos já causados, sendo então “um instrumento de composição de deveres e obrigações resultantes eminentemente de responsabilidade civil”, onde “o obrigado assume o cumprimento de obrigações para afastar a incidência do que se convencionou chamar de responsabilidade civil, e não administrativa” (Rodrigues, 2011, p. 158) Conforme Geisa Rodrigues, o fato de versar sobre a reparação de danos causados é que afasta do TAC de compromissos meramente administrativos (Rodrigues, 2011, p. 159).

Rodrigues evidencia que há um debate quanto à natureza jurídica do TAC, no qual uma corrente doutrinária o interpreta como transação especial e a outra como ato jurídico diverso (Rodrigues, 2011, p. 187). Não é objetivo do presente estudo se delongar nesse tipo de discussão, de modo que ficar-se-á apenas com uma conclusão/observação dessa divergência

doutrinária: o TAC, certamente, não tem natureza jurídica de ato administrativo. A própria lei informa que o TAC tem eficácia de título executivo extrajudicial (Art. 5º. §6º, Lei 7.347/1985), o que por si só afastaria a sua caracterização como ato administrativo.

#### **4 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA ENQUANTO SUBSTITUTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

Compreendidos os institutos do Termo de Ajustamento de Conduta e do Licenciamento Ambiental, e percebendo que são de naturezas em diversas, retorna-se à leitura do dispositivo legal que viria a dar origem à ADI em estudo para compreender se as figuras jurídicas analisadas podem ser substituídas uma pela outra.

Conforme informações da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), a Lei 15.972/2006 teve origem no Projeto de Lei (PL) 1.369/2004. O autor deste PL informou na justificativa do anteprojeto que o objetivo da proposição era garantir a aplicação das penas de multa a qualquer infrator ambiental, independente da assunção de outras obrigações, seja na forma de termos de compromisso, seja por meio da recomposição do bem ambiental degradado.

Conforme o processo legislativo estabelecido na CF/88, na CE/89 e no Regimento Interno (RI) da ALMG, uma vez protocolizado, os PL's ordinários precisam passar pela apreciação de comissões parlamentares e posteriormente votados em 2 turnos no Plenário, sendo aprovado por maioria simples. No início da tramitação é encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) para juízo prévio de admissibilidade e na sequência para mais duas comissões de mérito relacionadas ao tema do PL.

O PL 1.369/2004 recebeu parecer favorável na CCJ na forma de um substitutivo que adequou alguns elementos da proposta original. Este substitutivo obteve parecer favorável da Comissão de Meio Ambiente e Recursos Naturais e da Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária (FFO), sendo posteriormente aprovado em primeiro turno pelo Plenário.

Em segundo turno, o PL passa por comissão de mérito única, que elabora o texto conforme aprovado no Plenário, não sendo permitida alteração que não tenha sido apreciada pelo coletivo dos parlamentares. No caso em tela, o projeto foi enviado à FFO, que interpôs um novo substitutivo, muito mais amplo e profundo do que o que havia sido votado em primeiro turno. Foi este substitutivo quem recomendou a inclusão do §9º no art. 16.

O RI da ALMG admite a hipótese de mudança entre o texto aprovado em primeiro e segundo turno em caráter de exceção quando há acordo entre as lideranças, o que não ficou evidenciado no parecer de segundo turno do PL 1.369/2004. Não ater-se-á à legalidade ou não

de emendas a projetos de lei que alterem por completo a proposta original em segundo turno, apesar de entender-se que isso seria suficiente para ensejar um questionamento sobre sua legitimidade. Cumpre assim analisar as razões utilizadas pelo legislador para essa inclusão do mencionado dispositivo legal.

O parecer da Comissão de Fiscalização Financeira e Orçamentária não oferece elementos suficientes para compreender a opção do legislador. Segue o que se refere à inclusão do §9º ao art. 16 da Lei estadual 7.772/1980:

Fazemos modificações substanciais na redação do art. 16 e propomos a criação dos arts. 16-A, 16-B, 16-C e 16-D na Lei nº 7.772, de 1980, que trata especificamente das sanções administrativas às infrações da legislação ambiental. São discriminados os órgãos e as entidades que passam a ser responsáveis pela fiscalização do cumprimento da lei, os servidores aptos a desempenhar as atividades que menciona e os casos específicos de agravantes para as hipóteses de reincidência no cometimento das infrações e suas consequências de caráter administrativo, demonstrando maior rigor na fiscalização. Propomos, ainda, que os prazos para defesa e recurso contra o auto de infração sejam reduzidos de trinta para vinte dias, em consonância com o que ocorre na esfera federal, conforme determina a Lei Federal nº 9.605, de 1998, a Lei de Crimes Ambientais, ao dispor sobre as infrações administrativas. Foi definida a obrigação de o responsável pelo empreendimento reparar, por sua conta, os danos ambientais que vier a provocar. Procura-se explicitar, também, que o evento que se pretende atingir é o dano ambiental causado por acidente, e não todo e qualquer dano ambiental. Esse dispositivo, na forma proposta, permite ao Estado responsabilizar, de fato, aquele que provocar dano ambiental decorrente de acidente, obrigando-o a reparar os danos provocados e ainda a indenizar e reembolsar ao Estado os custos decorrentes das ações emergenciais adotadas (ALMG, 2004).

No jargão legislativo, quase é possível considerar essa inclusão como uma “emenda Frankenstein”, um dispositivo inserido em um PL que não versa propriamente sobre o tema original da proposição – algo vedado pelo RI da ALMG, mas que, nessa ocasião, parece ter sido aceito ao atropelo das exigências regimentais.

Retomando o que restou evidenciado anteriormente neste estudo, o licenciamento é processo administrativo destinado a fazer controle prévio de empreendimentos que podem ser danosos ao meio ambiente; TAC, por sua vez, é instrumento extrajudicial de composição para prevenção ou reparação de danos.

Não há no ordenamento jurídico nacional uma previsão legal ou principiológica que aponte na possibilidade de substituição do licenciamento ambiental por outro tipo de processo, tanto mais um que não passa por ritos análogos. Não que o compromisso ajustado via TAC seja menos estrito ou severo quanto o licenciamento ambiental ordinariamente considerado. São instrumentos que não necessariamente se comunicam ou se complementam, razão pela qual nem mesmo o projeto de lei conseguiu expor as razões que justificassem a inclusão do TAC como elemento capaz de suplantiar – mesmo que corretivamente – o licenciamento.

Uma questão particularmente importante é analisar o impacto que esse dispositivo causou no ordenamento ambiental do estado de Minas Gerais desde que entrou em vigor. Desde 2006 os decretos do Poder Executivo regulamentam a aplicação do §9 às atividades administrativas dos órgãos responsáveis pelo licenciamento ambiental no âmbito do estado<sup>5</sup>.

Nesse contexto art. 32 do Decreto 47.383/2018 inovou ao nomear de “Licenciamento Corretivo” aqueles concedidos após o auto de infração durante a adequação normativa promovida pelo infrator – inclusive quando o licenciamento é dispensado por meio de TAC.

Dessa maneira, evidencia-se que o próprio processo de licenciamento ambiental no estado já havia internalizado, na última década e meia, o instrumento do TAC como modo de permitir o funcionamento de infratores ambientais sem a obtenção do licenciamento. É diante desse cenário que o Ministério Público de Minas Gerais suscitou a inconstitucionalidade da norma perante o TJMG.

## **5 A DECISÃO EM ANÁLISE**

A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, alegando que além de invasão de competência sobre infrações ambientais, a assinatura de TAC não tem poder de conceder licença ambiental pois são institutos diferentes, mas que permitir isso seria reduzir os efeitos das sanções estipuladas pela legislação federal. A procuradoria do Estado e a procuradoria da ALMG sustentaram que a norma não extrapola a órbita de competências previstas na CF/88 e que a celebração de TAC em matéria ambiental por infratores ambientais está em conformidade ao que já é estipulado na Lei 9.605/99.

De acordo com o art. 24 da CF/88, compete aos entes federativos concorrentemente legislar sobre proteção do meio ambiente (inciso VI) e responsabilidade sobre danos ao meio ambiente (inciso VIII). O § 1º do mesmo artigo informa que nessa modalidade de competência é papel da União limitar-se a estabelecer normas gerais, ficando a cargo dos Estados e do Distrito Federal legislar de modo complementar.

José Afonso da Silva (2019) aponta o art. 24 como uma norma de difícil interpretação, pois o Estado é limitado em sua capacidade legislativa relacionada sobre responsabilização penal e civil (art. 22, CF/88), restando apenas a responsabilização administrativa. Fazendo referência à clássica obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Federal de 1998 (1990, vol. 1, p. 193), Silva aponta que há risco dessa norma ser inócua graças

---

<sup>5</sup> Decreto 44.309/2006, art. 77; Decreto 44.844/2008, art. 76; 47.383/20018, art. 32, §1º.

à limitação enfrentada pelos Estados, já que legislar sobre administração pública lhes é inerente e dispensa previsão constitucional específica (Silva, 2019, p. 324).

Para todos os efeitos, Silva conclui que os estados podem estabelecer normas de responsabilização a situações que lhes são peculiares, e que a existência de normas específicas da União não implicaria em adesão às mesmas pelos demais entes federativos (Silva, 2019, p. 325).

Em suma, a competência concorrente estipula essa relação entre normas de caráter geral (União) e normas de caráter específico/suplementar (Estados e DF). O §4º do art. 24 afirma que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia das normas estaduais que lhe forem contrárias, e isso fornece fundamento para concluir que a norma federal exerce aqui um papel preponderante.

Nesse caminho, o alicerce genérico sobre o qual serão erigidas as disposições estaduais que irão tratar de especificidades próprias de sua organização. Desse modo torna-se possível afirmar que a legislação estadual específica não pode vigorar ao se colocar em sentido contrário ao disposto por leis federais.

As procuradorias das demandadas questionaram também a competência originária da Corte mineira, o que levou o TJMG a observar que a própria constituição estadual prevê, em conformidade e concomitância com a CF/88, que o Estado de Minas Gerais pode legislar concorrentemente com a União em matéria ambiental (CE/89, art. 10, XV, h). A existência desse dispositivo permite que a inconstitucionalidade da norma em ataque – e outras semelhantes – seja analisada no âmbito da justiça estadual, sem a necessidade de federalizar a discussão.

Nesse esteio, a corte decidiu pela inconstitucionalidade de parte da norma constante no art. 16, §9º, da Lei estadual mineira 7.772/1980, conforme a ementa:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO E DO ESTADO PARA LEGISLAREM SOBRE DANOS AO MEIO AMBIENTE - COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS – COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO ESTADO PARA EDITAR NORMAS QUE ATENDAM ÀS PECULIARIDADES REGIONAIS - SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA DAS NORMAS ESTADUAIS EM RELAÇÃO ÀS NORMAS FEDERAIS – LEI ESTADUAL N. 7.772/1980 - ARTIGO 16, §9º - PENALIDADE DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES EXERCIDAS À MÍNGUA DE LICENÇA AMBIENTAL - POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DAS ATIVIDADES A PARTIR DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - AFRONTA À NORMATIZAÇÃO FEDERAL - LEI N. 9.605/98 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 10, XV, "H", DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. (Minas Gerais, 2021)**

Há um debate em matéria de direitos fundamentais – e por consequência, de Direito Ambiental – em relação à validade das normas que extrapolam o texto constitucional caso sejam mais rígidas nas garantias deles. Apesar da doutrina entender, os posicionamentos do STF sobre a questão nem sempre corroboram com a ideia quando o assunto é conflito de normas específicas locais ou regionais com normas gerais da legislação federal.

Na condição de direito fundamental, e em atenção a tratados internacionais sobre direito ambiental dos quais o Brasil é signatário, o ordenamento ambiental brasileiro não comporta redução no alcance da proteção ao meio ambiente em consonância com o princípio da não regressão do direito ambiental.

Nessa perspectiva, Jaqueline Moretti Quintero, citando Michel Prieur, lembra que “não há nenhuma convenção sobre meio ambiente que não declare sua vontade de proteger e melhorar as condições ambientais, o que por consequência torna lícito todo o comportamento Estatal que busca diminuir o grau de proteção” (Quintero, 2015, p.49). O princípio tem como objetivo a proteção e a garantia dos direitos coletivos que a sociedade conseguiu garantir para si até o momento (Quintero, 2015, p.49)

Para a autora, este princípio demanda vigilância e atuação constante para coibir uma regressão constante, particularmente no tocante “às alterações relacionadas a regras de procedimentos” (Quintero, 2015, p. 51).

A própria Lei 9.605/99 impõe em sede de norma geral que nenhum empreendimento ou atividade poluidora pode operar sem as devidas licenças, determinando inclusive a cassação delas em caso de infração ambiental.

Portanto, à luz dos argumentos trazidos nessa discussão, é fato que as normas estaduais específicas somente podem ir além da normativa geral se for mais aprimorada na proteção ao meio ambiente – o que não se configura no caso do dispositivo estadual debatido na ADI em questão.

Como discutido anteriormente, exige-se licença ambiental a toda atividade poluidora ou com potencial degradante ao meio ambiente. Se tal autorização é de tal forma sustentada pelo ordenamento federal, não pode ser afastada por outros instrumentos administrativos, principalmente aqueles que não estão previstos de terem poderes para substituir a licença pela própria legislação federal.

Em vista disso, é possível afirmar com segurança que o TJMG agiu em consonância com o princípio da máxima proteção ambiental ao declarar a inconstitucionalidade do trecho final do §9º do art. 16 da Lei Estadual 7.772/1980.

Em 17 de maio de 2021 foram apresentados Embargos de Declaração ao acórdão proferido neste processo buscando suspender os efeitos do mesmo até que se esclarecesse a situação dos termos celebrados anteriormente à publicação da decisão; o efeito suspensivo foi concedido parcialmente sobrestando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação aos termos firmados até 28 de abril de 2021, data em que a ação foi julgada procedente. O processo ainda se encontra em trâmite.

Os órgãos ambientais mineiros terão que se adequar aos resultados desse julgamento, considerando que os TAC são profícuos no estado como forma de contornar a rigidez das normas ambientais. Um TAC pode ser simplesmente ignorado, o que incide sobre o obrigado uma multa – e grandes empreendimentos causadores de distúrbios ambientais podem simplesmente optar por pagar ou ignorar essas multas e abrir o caminho à manutenção de suas operações em detrimento do meio ambiente.

## **6 CONCLUSÃO**

Foi analisado ao longo deste artigo como se configuram os comandos normativos federal e estadual com o objetivo de compreender os institutos jurídicos do Licenciamento Ambiental e do TAC. A importância dessa análise permitiu que fossem entendidas as diferenças entre os institutos em tela, mas não foi suficiente para intuir a razão da equiparação entre ambos pela legislação mineira.

Ponderando-se sobre o teor da decisão e as razões que levaram o julgador a concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo fustigado, elaborou-se a questão inicial, ou seja, pode o Termo de Ajustamento de Conduta apresentar-se como substitutivo ao procedimento de Licenciamento Ambiental?

Portanto, o problema que o artigo enfrentou consistiu em compreender as diferenças e peculiaridades dos institutos jurídicos do TAC e do Licenciamento Ambiental para entender o teor e o posicionamento do acórdão prolatado na ADI. Logo, depreende-se que a legislação mineira extrapolou de maneira considerável seu alcance tal como determinado pelo arcabouço jurídico federal e estadual, rompendo os limites do pacto federativo.

Por si só, esse fato já se constituiria como razão suficiente à declaração de inconstitucionalidade, porém a possibilidade trazida pelo dispositivo foi adiante, permitindo um

“desvio” para empreendimentos violadores de normas ambientais mantivessem suas operações poluidoras às custas do direito fundamental da sociedade a um meio ambiente equilibrado.

O estudo demonstrou, dessa maneira, que não faz sentido considerar que o TAC se configure como instrumento jurídico rigoroso o suficiente no tocante a proteção ambiental para afastar o Licenciamento com vistas a permitir a concessão de uma licença operacional precária. Essa posição foi corretamente sustentada pelo TJMG durante o julgamento da ADI, agregando ainda à decisão a conclusão de que a norma específica estadual não pode ultrapassar o escopo das normas gerais estipuladas pela União.

O posicionamento do TJMG, independentemente de ter sido essa a intenção ou não, reforça princípios estruturantes do Direito Ambiental e da tutela do Meio Ambiente pelo Poder Público. Tal decisão chega em momento oportuno.

É oportuno, haja vista a pressão exercida sobre o Poder Legislativo e os órgãos que compõem a estrutura pública de proteção ao meio ambiente para que haja um afrouxamento das normas de proteção ambiental e uma diminuição a esfera de poder, e atuação dos órgãos responsáveis.

Todavia, resta saber se a decisão aponta para uma tendência de que o Poder Judiciário também atuará em observância aos princípios próprios do Direito Ambiental que prezam por uma proteção mais ampla e sistêmica do patrimônio ambiental.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Resolução 5.176, de 6 de novembro de 1997**. Contém o regimento Interno da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=RAL&num=5176&comp=&ano=1997>. Acesso em: 9 jun. 2023.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Projeto de Lei 1.369 de 2004**. Altera a lei 7772, de 8 9 1980, que dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. (Dispõe sobre o procedimento administrativo adotado na hipótese de descumprimento da legislação estadual sobre o meio ambiente). Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2021. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/atividade\\_parlamentar/tramitacao\\_projetos/interna.html?a=2004&n=1369](https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2004&n=1369). Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília,

DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1990.** Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2021.

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 1997. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 9 jun. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto, vol. 1, Direito material (art. 1º a 80 e 105 a 108). 10. ed. rev., atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LINO, Gabriel et. al. **Interesses Difusos e Coletivos.** 2. ed. São Paulo: Método, 2019, 832 p Vol. 2.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 27. ed. rev., amp., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2020, 1456 p.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 12. ed. rev., atual. amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 1776 p.

MINAS GERAIS. **Lei nº 7.772, de 8 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=7772&comp=&ano=1980>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. **Lei nº 15.972, de 12 de janeiro de 2006**. Altera a estrutura orgânica dos órgãos e entidades da área de meio ambiente que especifica e a lei nº 7.772, de 8 de setembro de 1980, que dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=15972&comp=&ano=2006>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 44.309, de 5 de junho de 2006**. Estabelece normas para o licenciamento ambiental e a autorização ambiental de funcionamento, tipifica e classifica as infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece o procedimento administrativo de fiscalização e aplicação das penalidades. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44309&comp=&ano=2006>. Acesso em 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 44.844, de 25 de junho de 2008**. Estabelece normas para licenciamento ambiental e autorização ambiental de funcionamento, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44844&comp=&ano=2008>. Acesso em 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. **Lei nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Sisema – e dá outras providências. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&comp=&ano=2016>. Acesso em: 9 jun. 2021.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 47.383, de 2 de março de 2018**. Estabelece normas para licenciamento ambiental, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente

e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. Belo Horizonte, MG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47383&comp=&ano=2018>>. Acesso em 9 jun. 2021.

QUINTERO, Jaqueline Moretti. **O princípio da “não regressão” no direito ambiental como forma de tutela ao meio ambiente**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, 73 p.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 489 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 11 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019, 376 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.20.58910-8/000**. Órgão Especial. Relator Desembargador Corrêa Júnior. Ministério Público do Estado de Minas Gerais x Governo do Estado de Minas Gerais e Assembleia Legislativa de Minas Gerais.

**Submissão: 06/07/2021. Aprovação: 11/09/2023.**

## O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 E DA BOA GOVERNANÇA: MAPEAMENTO DE BOAS PRÁTICAS E MELHORIAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE ROLE OF THE COURTS OF ACCOUNTS IN THE IMPLEMENTATION OF THE AGENDA 2030 AND OF GOOD GOVERNANCE: MAPPING OF GOOD PRACTICES AND IMPROVEMENTS IN PUBLIC POLICIES

Betieli da Rosa Sauzem Machado<sup>1</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Ricardo Hermany<sup>2</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

### **Resumo:**

A pesquisa tem como objetivo analisar o papel dos Tribunais de Contas, na concretização da Agenda 2030 e da governança, e os mecanismos utilizados para identificação de melhorias e boas práticas nos entes federativos. Os métodos de pesquisa utilizados são de procedimento hermenêutico e de abordagem indutivo, além da técnica de pesquisa bibliográfica. Inicialmente, conceituar-se-á à boa administração, governança e bom governo com breves apontamentos sobre o controle da Administração como auxiliar dos ODS. Em seguida, investigar-se-á os órgãos de contas, ressaltando suas competências a partir da Constituição de 1988. Em um terceiro momento, estudar-se-á o controle de políticas públicas no âmbito dos Tribunais de Contas, o papel das auditorias operacionais e o mapeamento de boas práticas nos ODS. Em notas conclusivas, verifica-se que as Cortes de Contas exercem um duplo papel, visto que além do seu desempenho para implementar os ODS no exercício de suas atividades internas, que tende a concretizar a boa governança e o desenvolvimento sustentável – especialmente disposto nos ODS 16 e 17 –, estas Cortes também auxiliam a fiscalizar e a divulgar boas práticas entres os níveis de governo.

### **Palavras-chave:**

Agenda 2030. Auditoria operacional. Boa governança. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Tribunais de Contas.

### **Abstract:**

The research aims to analyze the role of the Courts of Auditors in the implementation of the 2030 Agenda and governance, and the mechanisms used to identify improvements and good practices in the federative entities. The research methods used are hermeneutic procedure and inductive approach, in addition to the bibliographic research technique. Initially, good administration, governance and good governance will be conceptualized with brief notes on the control of the Administration as an auxiliary of the SDGs. Then, the audit bodies will be investigated, emphasizing their competences from the 1988 Constitution. In a third moment, the control of public policies within the scope of the Courts of Auditors, the role of operational audits and the mapping of good practices in the SDGs

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021-2025). Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany.

<sup>2</sup> Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios

will be studied. In concluding notes, it can be seen that the Audit Courts play a dual role, since in addition to their performance to implement the SDGs in the exercise of their internal activities, which tends to achieve good governance and sustainable development – especially provided for in SDGs 16 and 17 – these Courts also help to monitor and disseminate good practices among levels of government.

**Keywords:**

Agenda 2030. Courts of Auditors. Good governance. Operational audit. Sustainable Development Goals (SDGs).

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil está passando por uma das piores crises financeiras e políticas dos últimos tempos, sendo que tal crise tende a afetar diretamente a gestão das políticas públicas e o desenvolvimento sustentável, as quais devem ser implementadas e executadas pelos entes com eficiência, efetividade, eficácia e economicidade. De tal maneira, a importância do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas em tempos de transição social é evidente, pois ao longo dos anos têm ampliado seu campo de atuação, analisando os resultados alcançados e identificando boas práticas para serem compartilhadas. Neste contexto, é imprescindível que os governos sejam mais transparentes, participativos e íntegros, os quais tenham como escopo concretizar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda das Nações Unidas 2030, que propõe um conjunto de 17 ODS e estabelece 169 metas.

No entanto, com inovação, a Agenda 2030 levanta o fato de que os entes federativos devem considerá-la como um todo, ou seja, precisam dar uma abordagem integrada, inter-relacionando os objetivos, os quais necessitam ser implementados em sua totalidade. Nesse sentido, a justificativa e o objetivo da pesquisa é analisar as contribuições dos Tribunais de Contas para concretização da Agenda 2030 e da governança que possibilitem melhorias na gestão pública e promovam a boa governança.

Desse modo, destaca-se que os órgãos de contas possuem competências constitucionais que permitem a avaliação e controle de políticas pública, sendo que para tanto questiona-se: qual o papel dos Tribunais de Contas na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda da Organização das Nações Unidas 2030 e quais os mecanismos podem ser utilizados para identificação de melhorias e boas práticas nos entes federativos?

Além disso, para responder ao problema proposto utiliza-se o método de procedimento hermenêutico, que viabiliza a correta interpretação dos textos, tecendo possíveis críticas sobre a realidade analisada. Quanto ao método de abordagem demonstra-se de melhor pertinência o indutivo, eis que se parte de dados particulares – premissa menor -, suficientemente constatados, inferindo-se uma verdade geral – premissa maior – que não está contida nas partes examinadas, tendo em vista conclusões mais amplas do que o conteúdo analisado pelas premissas menores.

E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, voltada para documentação indireta por meio de estudos bibliográficos e fundamentos encontrados na legislação, com a reunião de diversos livros, artigos de periódicos, monografias, dissertações e teses abordados na pesquisa, bem como serão coletados dados do sítio eletrônico sobre as ODS nos Tribunais de Contas do Brasil.

O estudo está dividido em três objetivos específicos, sendo que: no primeiro, conceituar-se-á à boa administração, governança e bom governo, realizando a diferenciação das terminologias, além de breves apontamentos sobre o controle da Administração Pública como auxiliar dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS); no segundo, investigar-se-á os órgãos de contas, ressaltando suas competências e atribuições a partir da Constituição de 1988, as quais podem contribuir para a implementação da Agenda 2030; no terceiro, estudar-se-á o controle de políticas públicas no âmbito dos Tribunais de Contas, o papel das auditorias nos órgãos de contas, especialmente as de natureza operacional, assim como mapear-se-á boas práticas nos ODS a partir do sítio eletrônico “ODS – Tribunais de Contas do Brasil”, a partir das ações e iniciativas recebidas.

## **2. À BOA ADMINISTRAÇÃO, GOVERNANÇA E BOM GOVERNO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AUXILIAR NA CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS 16 E 17)**

Na doutrina não existe um consenso sobre um termo comum para definir o papel da boa administração no ordenamento jurídico, com isso, às vezes é interpretado como um direito fundamental ou, em outros casos, abordado por um viés principiológico. Desse modo, em seu aspecto como princípio, orienta as ações desenvolvidas pela Administração Pública, assim, consequentemente, influenciando a tomada de decisões administrativas, ou seja, a atividade deve ter como norte critérios definidores de uma boa administração, ultrapassando o mero cumprimento da legalidade para encontrar soluções otimizadas a serem entregues para a sociedade. Portanto, gera um dever de preencher as atribuições de maneira mais eficiente possível à Administração, tendo em vista o interesse público. (MENDONÇA, 2021, p. 37-38).

Cumprir salientar que Freitas (2014, p. 21) foi pioneiro ao abordar o direito à boa administração pelo viés de direito fundamental dentro do Estado Democrático, e sua crescente afirmação da cidadania que visa prover e dar acesso a esse direito. De tal forma, é compreendido como um direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional, que desempenha suas funções com transparência, sustentabilidade, motivação, imparcialidade,

moralidade, responsabilidade por suas ações e participação social. Por conseguinte, esse direito corresponde ao dever de a Administração satisfazer a cogência de todos os princípios constitucionais nas relações administrativas. Assim, esse direito fundamental inclui um feixe de direitos legítimos – regras e princípios – contidos nessa síntese, a soma dos direitos subjetivos públicos, desta maneira, ressalta-se que as escolhas administrativas serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, transparentes, proporcionais, motivadas, imparciais e que inspirem a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade (FREITAS, 2014, p. 21-23).

À boa administração pública para Ismail Filho (2020, p. 60-61) deve ser conceituada como um direito fundamental que conecta os cidadãos ao administrador público e cujo conteúdo deste é atingir os princípios da Administração – legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, igualdade, proporcionalidade, entre outros –, das atividades fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental dos cidadãos na gestão pública – devido processo legal, duração razoável dos processos, direito à audiência com o gestor e/ou seu representante, etc.

Além disso, com relação aos efeitos do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração no sistema constitucional brasileiro, destaca-se que, na seara da função administrativa, são concretizados os demais direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição, visto que o aprimoramento do exercício dessa função é o caminho mais eficaz para garantir a sua efetividade. Desse modo, zelar por um direito fundamental à boa administração, prezando pelos princípios democráticos, identifica a máxima constitucional, nas ações que antecipam as providências de realização das atividades estatais por elas definidas. (VALLE, 2011, p. 76).

Cumprido salientar, para melhor compreensão, a diferença entre boa administração, bom governo e boa governança, sendo que, apesar de representarem conceitos circunscritos a Administração Pública, não possuem o mesmo conceito, isto é, suas respectivas substâncias congregadas sinalizam para aspectos basilares do exercício da função pública, visando o atendimento às demandas sociais e os propósitos aspirados. (MENDONÇA, 2021, p. 54). Neste contexto, a boa administração está relacionada ao modo de como as tarefas administrativas são realizadas, ou seja, está interligada a execução adequada dos projetos elaborados pelo Governo, tendo como escopo a concretização de resultados mais satisfatórios – eficientes – das tarefas desenvolvidas pela Administração. (GIL, 2013, p. 233-258).

Com relação ao bom governo, trata-se da atividade política na estruturação e no desenvolvimento de projetos que tendem a atingir a diversas áreas da sociedade em um país,

isto é, as iniciativas políticas, cobertas pelo manto do bom governo, devem atender às necessidades sociais, imbuídas de qualidade e revestidas de presteza. Desta forma, por meio de tais pressupostos, é que deve ocorrer o direcionamento preciso para que a execução dos programas que são politicamente estruturados, que se encontram a cargo da Administração, seja corretamente efetivada. (MENDONÇA, 2021, p. 55). Munõz ([s.d]) complementa que bom governo é o poder, enquanto a boa administração é o agir, os quais devem estar em harmonia entre si para que sejam efetivas às políticas públicas, bem como destaca que a má administração ocorre quando é direcionada apenas por valores políticos e o mal governo ao ultrapassar a esfera de domínio da Administração Pública.

Por conseguinte, os conceitos são distintos, embora estejam interligados profundamente para o estabelecimento de uma estrutura responsável pelo desempenho das funções que são indispensáveis ao interesse público, sendo que, para tanto, é fundamental que sejam delineadas normas compatíveis e políticas apropriadas para se alcançar, por meio destes, melhores resultados e a efetivação das tarefas atribuídas ao Poder Público. (MENDONÇA, 2021, p. 55-56; MUÑOZ, [s.d]). Já quanto à governança, que é mais um ponto sob a perspectiva da atuação ideal Administração, frisa-se que seu conteúdo contempla a ampla e conjunta participação de todos os atores junto a ela, ou seja, os diversos órgãos e entidades que compõem o Poder Público convergem na governança, de maneira que a união entre a boa administração e o bom governo exprimam os valores emitidos pela boa governança. (MENDONÇA, 2021, p. 56; RUIZ, 2017; SOLÉ, 2016).

Nesse sentido, a noção de pluralismo é intrínseca à boa governança, o qual pode ser traduzido por meio do enaltecimento da interação entre instituições, como um elemento de desenvolvimento das atividades planejadas pelo Governo e executadas pela Administração (VALLE, 2011). Desta maneira, verifica-se que sua matéria incentiva a regência dos temas sob atenção do Estado com responsabilidade, aproximando também os demais poderes (CANOTILHO, 2008, p. 327).

A Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico da Organização das Nações Unidas elenca as dimensões fundamentais da boa governança, sendo que:

Good governance has 8 major characteristics. It is participatory, consensus oriented, accountable, transparent, responsive, effective and efficient, equitable and inclusive and follows the rule of law. It assures that corruption is minimized, the views of minorities are taken into account and that the voices of the most vulnerable in society are heard in decision-making. It is also responsive to the present and future needs of society. [...] Good governance requires mediation of the different interests in society to reach a broad consensus in society on what is in the best interest of the whole community and how this can be achieved. It also requires a broad and long-term

perspective on what is needed for sustainable human development and how to achieve the goals of such development. This can only result from an understanding of the historical, cultural and social contexts of a given society or community. [...] good governance is an ideal which is difficult to achieve in its totality. Very few countries and societies have come close to achieving good governance in its totality. However, to ensure sustainable human development, actions must be taken to work towards this ideal with the aim of making it a reality.<sup>3</sup> (UNITED NATIONS, 2009, p. 1-3).

Portanto, a Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico, da Organização das Nações Unidas (2009), lista os oito pilares para uma boa governança, sendo eles: participação; respeito ao Estado de Direito; transparência; igualdade e inclusividade; responsivo; *accountability*; orientação para os consensos; eficácia e eficiência. Outrossim, é mister salientar que a boa governança é um ideal difícil de ser alcançado de forma plena, contudo, tem em seu escopo indicar o caminho a ser seguido, tendo em vista o desenvolvimento humano sustentável.

É importante observar que a boa governança centra na busca da Administração Pública pelo desenvolvimento dos programas e metas que supram as necessidades sociais com transparência e eficiência, isto é, que a prestação dos serviços seja realizada com economia e eficiência em busca do interesse público (SÁ, 2019, p. 3). Neste contexto, a Agenda das Nações Unidas 2030 visa que o mundo que atenda e implemente o desenvolvimento sustentável tenha como escopo a boa governança, democracia e Estado de Direito, incluindo o crescimento econômico que seja inclusivo e sustentado, que haja desenvolvimento social, erradicação da pobreza e da fome, além da proteção ambiental. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Quanto à sustentabilidade do desenvolvimento humano, vale ressaltar que, em 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) desenvolveu a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, um plano de ação global para pessoas, planeta e prosperidade, tendo em vista fortalecer a paz universal. A formação da Agenda foi moldada por meio de consultas realizadas em nível global para construir um conjunto de metas universais para o desenvolvimento sustentável para além de 2015. Esta construção foi realizada com a participação da equipe

---

<sup>3</sup> **Tradução livre:** A boa governança tem 8 características principais. É participativo, orientado para o consenso, responsável, transparente, responsivo, eficaz e eficiente, equitativo e inclusivo e segue o Estado de Direito. Assegura que a corrupção seja minimizada, que as visões das minorias sejam levadas em conta e que as vozes dos mais vulneráveis na sociedade sejam ouvidas na tomada de decisões. Também responde às necessidades atuais e futuras da sociedade. [...] Uma boa governança requer a mediação dos diferentes interesses da sociedade para chegar a um amplo consenso na sociedade sobre o que é do melhor interesse de toda a comunidade e como isso pode ser alcançado. Também requer uma perspectiva ampla e de longo prazo sobre o que é necessário para o desenvolvimento humano sustentável e como alcançar os objetivos desse desenvolvimento. Isso só pode resultar de uma compreensão dos contextos históricos, culturais e sociais de uma determinada sociedade ou comunidade. [...] a boa governança é um ideal difícil de alcançar em sua totalidade. Pouquíssimos países e sociedades estiveram perto de alcançar uma boa governança em sua totalidade. No entanto, para garantir o desenvolvimento humano sustentável, ações devem ser tomadas para trabalhar nesse ideal com o objetivo de torná-lo realidade.

técnica da ONU e a presença da sociedade civil sem precedentes e outros grupos interessados, como academia, setor privado e governos locais. (TRINDADE; LEAL, 2017)

De tal forma, a Agenda das Nações Unidas 2030 surgiu para dar continuidade ao legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), formando uma nova dimensão ao conceito de desenvolvimento sustentável, uma visão mais integrada e equilibrada de suas dimensões. Desta maneira, os 8 objetivos estabelecidos na Agenda de Desenvolvimento do Milênio foram desdobrados em 17<sup>4</sup> objetivos e 169 metas – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais apresentam três dimensões: 1) econômica; 2) social; e 3) ambiental; nos termos da Resolução A/RES/66/288. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Outrossim, a Agenda 2030 reconhece a importância de se construir sociedades pacíficas, inclusivas e justas que proporcionem igualdade de acesso à justiça e sejam baseadas no respeito aos direitos humanos, incluindo o direito ao desenvolvimento, em um contexto de um Estado de direito efetivo e boa governança em todos os níveis de governo, além de instituições transparentes, eficazes e responsáveis (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016). Ainda, reitera-se que o trabalho de instituições fortes, transparência nas informações e clareza no estabelecimento das metas, é fundamental para concretização com eficiência e eficácia dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Nesse sentido, a boa governança está incorporada nos 17 objetivos estabelecidos na Agenda 2030, diretamente nos objetivos 16 – referente a paz, justiça e instituições capazes, o qual pode ser descrito como o objetivo da governança por propor a construção de instituições mais responsáveis, eficazes e inclusivas em todos os níveis – e 17 – sobre a parceria e meios de implementação, que pode ser denominado como a dimensão

---

<sup>4</sup> É importante frisar que os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são: ODS 1. Acabar com a pobreza extrema em todas as suas formas, e em todos os lugares. ODS 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável. ODS 3. Assegurar uma vida sustentável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades. ODS 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. ODS 5. Alcançar igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. ODS 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos. ODS 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos. ODS 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos. ODS 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação. ODS 10. Reduzir as desigualdades entre os países e dentro deles. ODS 11. Tornar as cidades e assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. ODS 12. Assegurar padrões sustentáveis de produção e consumo. ODS 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos. ODS 14. Conservar e promover o uso sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável. ODS 15. Proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra, e estancar a perda da biodiversidade. ODS 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. ODS 17. Fortalecer os mecanismos de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

institucional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista que trata de questões mais sistêmicas que devem ser transformadas para auxiliar na implementação dos outros objetivos.

Desta maneira, reitera-se que os conceitos de boa administração, bom governo e boa governança estão diretamente relacionados à busca do interesse público pelos gestores ou decisores políticos. Nesse sentido, Ismail Filho (2020, p. 48-51) menciona que a eficiência da Administração Pública - relacionada à gestão voltada para a produção de resultados superiores – é pensada para atender ao interesse público. Essa articulação entre os referidos conceitos e eficiência exige a adoção de boas práticas de gestão que permitam aos tomadores de decisão – políticos ou gestores públicos – gerir os resultados para que o orçamento público disponível seja utilizado da melhor forma possível.

Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução A/RES/66/209, de 22 de dezembro de 2011, reconheceu o papel das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) – Tribunais de Contas no caso brasileiro – na promoção da eficiência, na prestação de contas – *accountability* –, na efetividade e na transparência da Administração Pública, tendo em vista a concretização da boa governança e no desenvolvimento sustentável (UNITED NATIONS, 2011). Evidencia-se que na Resolução A/RES/69/228, de 19 de dezembro de 2014 da ONU, as Entidades Fiscalizadoras Superiores são convocadas, por meio da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras (INTOSAI), para participarem da Agenda 2030 no monitoramento e implementação dos ODS. (UNITED NATIONS, 2014).

Neste contexto, o controle exercido pelas EFS no Brasil é representado pelos Tribunais de Contas, buscando realizar o acompanhamento e monitoramento das ODS, pode ocorrer por meio das auditorias – as quais serão abordadas no último tópico mais especificamente –, sendo que estas tendem a avaliar e contribuir para discussões voltadas para os resultados e implementação dos ODS. Desta forma, passar-se-á a abordagem quanto ao papel dos Tribunais de Contas brasileiros, analisando suas respectivas competências e atribuições a partir da Constituição de 1988, objetivando demonstrar como as Cortes de Contas brasileiras auxiliam na fiscalização dos projetos e serviços que tendem a melhorar as condições de vida da sociedade, conforme os objetivos e metas da Agenda 2030, nos diversos níveis de governo – nacional, estadual e local –, tendo em vista, ainda, a boa administração, o bom governo e, especialmente, a boa governança.

### **3. OS TRIBUNAIS DE CONTAS: COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988**

A Agenda das Nações Unidas 2030 oportuniza que os governos avaliem os atos voltados para o desenvolvimento sustentável, sendo que, neste cenário, é que se destaca o papel dos Tribunais de Contas para a avaliação de políticas públicas, no compromisso com a aplicação dos recursos públicos de forma adequada e o estímulo da eficiência da Administração. De tal modo, busca-se cumprir com o propósito de gerar recomendações que auxiliam para o fortalecimento de uma cultura de governança pública e que reflita de modo positivo na realização da Agenda 2030, a partir de um debate e a métrica dos ODS, a fiscalização das contas e o controle de políticas públicas para aferir a eficiência dos governos, contribuindo para o aperfeiçoamento da Administração para atingir o interesse público.

A Constituição Federal de 1988 conecta a legalidade, a eficiência, a boa administração, o bom governo e a boa governança, principalmente, a partir do artigo 70, *caput*, quando se refere ao controle financeiro, orçamentário e contábil da Administração, eis que não prevê apenas o controle de legalidade, mas ainda salienta a fiscalização da legitimidade e economicidade – relacionada com a eficiência, a qual por sua vez está presente nas ODS 16 e 17 – para uma boa Administração. Portanto, verifica-se que esta demanda dos gestores públicos uma prática constante de *accountability* – prestação de contas referentes aos projetos e ações desempenhadas à sociedade.

Cabe referir que o controle deve ser conceituado como um princípio, um dogma, intrínseco à atividade estatal, pois é um princípio administrativo tutelar, material e autotutelar, o qual tem como escopo contrastar, gestar e supervisionar de modo integral os atos da Administração Pública, ou seja, propõe como objetivo fiscalizar, orientar e corrigir – previamente, concomitante ou posteriormente – atos, atividades e decisões. (MIOLA, 1996). Assim, a ideia de controle desde os primórdios do Estado de Direito é inseparável, eis que está relacionado de forma direta com a existência de instituições e ferramentas que assegurem sua submissão à lei, bem como os mecanismos de controle objetivam garantir que a Administração opere em conformidade com os princípios do ordenamento jurídico – publicidade, legalidade, moralidade, finalidade, motivação, razoabilidade, economicidade, impessoalidade, transparência, legitimidade, entre outros. (COSTA, 2006).

De tal maneira, com o aumento significativo das necessidades da sociedade tornou-se imprescindível a ampliação da atuação administrativa em todos os setores sociais, sendo que isso gerou, conseqüentemente, uma maior demanda na atuação dos órgãos de controle, tendo em vista que as atividades passaram a ser mais intensas e extensas, ou seja, em maior número, em razão da complexidade social (GUIMARÃES, 2002). Com efeito, o controle se insere de modo ativo no interminável processo que visa realizar o interesse público, além de contribuir

para o desenvolvimento sustentável, especialmente, auxiliando para a implementação e fiscalização da Agenda 2030.

A Constituição Federal de 1988 trouxe os Tribunais de Contas com maior relevo, visto que ampliou suas competências e jurisdição ao prever atribuições que não estavam presentes nas Constituições anteriores. Speck (2000) reforça que, desde então, os órgãos de contas passaram por grandes modificações em suas tarefas e posicionamento diante da organização dos Poderes, bem como foi expandido o rol de fiscalizados e, também, foram estabelecidas as suas responsabilidades, pois, anteriormente, o Tribunal estava excluído da realização do controle em diversas áreas em que os recursos públicos circulavam.

Nesse sentido, por meio da expansão das competências Tribunal passou a exercer a atribuição de órgão auxiliar do Poder Legislativo – do Congresso Nacional, da Assembleia Legislativa e das Câmaras municipais – no exercício da fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional dos entes federados, além das entidades da Administração Pública, direta e indireta, quanto à legitimidade, à legalidade, à economicidade e controle da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas, sem estar subordinado ao Poder Legislativo.

No Brasil existem 33 Tribunais de Contas, os quais são órgãos independentes e autônomos, que exercem magistratura *sui generis* como órgão fiscalizador, sem submissão aos Poderes da República, sendo que a distribuição dos Tribunais se dá da seguinte forma: I) 1 Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>5</sup>; II) 26 Tribunais de Contas Estaduais (TCE)<sup>6</sup>; III) 3 Tribunais de Contas dos Municípios do Estado (TCM)<sup>7</sup>; IV) 2 Tribunais de Contas do Município<sup>8</sup> (TCM); e V) 1 Tribunal de Contas do Distrito Federal. Nesse sentido, resta frisar

---

<sup>5</sup> O órgão é responsável pelo controle dos bens, receitas e gastos da esfera federal e sobre os territórios federais, quando houver.

<sup>6</sup> Destaca-se que existe um por estado-membro que auxilia a Assembleia Legislativa e as Câmaras municipais no controle externo, isso nos estados em que não existem Tribunais de Contas municipais. Evidencia-se que os TCEs estão presentes nos seguintes estados-membros: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santos, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins.

<sup>7</sup> Estes Tribunais atuam na jurisdição dos municípios dos estados-membros, os quais cuidam das contas de todos os municípios dos respectivos estados-membros e auxiliam as Câmaras Municipais, presentes na Bahia, Goiás e Pará. Cabe ressaltar, ainda, que existia um Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, mas foi extinto em 2017. Além disso, nestes Estados a atuação do TCE se restringe ao controle dos órgãos e recursos estaduais.

<sup>8</sup> Referindo-se aos órgãos de contas dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, sendo que nos Estados-membros de São Paulo e Rio de Janeiro os TCEs exercem jurisdição sobre os Estados e todos os demais municípios, com exceção dos municípios das capitais.

que a Constituição Federal de 1988 veda a criação de novos Tribunais de Contas Municipais (TCMs<sup>9</sup>), nos termos do artigo 31, parágrafo 4<sup>o</sup><sup>10</sup>.

Outrossim, os critérios para a fiscalização foram dilatados, eis que passou-se a serem incluídos no controle a análise de legitimidade, economicidade e legalidade, ou seja, o órgão de contas deixou de estar restrito apenas a avaliação do critério legal-contábil (DELMONDES, 2007). Com relação às normas que estabelecem a função, composição, organização e competências do Tribunais de Contas, verifica-se que estão dispostas entre os artigos 70 ao 75 da Constituição de 1988, os quais fazem parte da Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), do Capítulo I (do Poder Legislativo), do Título IV (da organização dos poderes). Além de que os artigos 33, parágrafo 2<sup>o</sup> – referente às contas do Governo dos Territórios – e 161, parágrafo único da Constituição – aborda a fixação dos coeficientes dos fundos de participação dos estados-membros, Distrito Federal e dos municípios e a fiscalização da entrega dos recursos aos governos estaduais e locais – fizeram previsão de mais algumas atribuições aos Tribunais de Contas.

A Constituição de 1988, ainda, instituiu o Tribunal de Contas da União que serve como padrão aos congêneres estaduais e municipais, bem como esses possuem as mesmas prerrogativas de autonomia constitucional garantidas aos Tribunais do Judiciário, tendo em vista que por meio de suas atribuições satisfazem concomitantemente a todos os critérios que também os identificam e distinguem como estruturas políticas da soberania, desempenhando funções de proteção aos direitos fundamentais. (MOREIRA NETO, 2004). Com relação às competências das Cortes de Contas, as quais possuem natureza múltipla, o artigo 71 da Constituição estabelece as atribuições do Tribunal Contas União (TCU) e o artigo 75 ampliou-as para os Tribunais estaduais, sendo que as Constituições dos estados-membros devem seguir, no que couber, o que foi determinado para o TCU, em virtude do princípio da simetria constitucional. De maneira didática, as atribuições podem ser ilustradas da seguinte forma:

**Tabela 1:** As competências constitucionais dos Tribunais de Contas

Função	Artigo	Competência
<b>Opinativa ou Consultiva</b>	Artigo 71, inciso I	Apreciar as contas de governo prestadas anualmente, mediante parecer prévio.
<b>Julgadora</b>	Artigo 71, inciso II	Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

<sup>9</sup> Observa-se que a sigla TCM é utilizada tanto para os três Tribunais de Contas dos Municípios do Estado, quanto para os 2 Tribunais de Contas do Município, no entanto existem diferenças em suas jurisdições e atuações.

<sup>10</sup> Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. [...] § 4<sup>o</sup> É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. (BRASIL, 1988).

<b>Fiscalizadora</b>	Artigo 71, inciso III	Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares.
	Artigo 71, inciso IV	Realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial por iniciativa própria ou por solicitação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.
	Artigo 71, inciso V	Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais.
	Artigo 71, inciso VI	Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados aos Estados-membro, ao Distrito Federal ou aos Municípios.
<b>Informativa</b>	Artigo 71, inciso VII	Prestar as informações ao Poder Legislativo sobre as fiscalizações realizadas.
<b>Sancionadora ou Corretiva</b>	Artigo 71, inciso VIII a XI	Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos.
	Artigo 70	Sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo. Acompanhar a execução contábil, financeira, patrimonial, orçamentária e operacional.
<b>Informativa</b>	Artigo 72	Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas realizadas sem autorização.
<b>Ouvidoria</b>	Artigo 74, §2º	Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais.

**Fonte:** Elaboração própria a partir de dados do Brasil (1988).

Além destas competências e funções de natureza técnica e política, os Tribunais de Contas possuem mais duas funções: 1) normativa, tendo em vista que podem produzir normas que obrigam – vinculam – os fiscalizados, ou seja, faculta ao órgão a expedição de instruções e atos normativos sobre matérias de sua competência e sobre a organização dos processos a ele submetidos, conforme disposto na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92); 2) pedagógica, em razão de que quanto mais for qualificado o seu corpo técnico mais fácil será promover treinamentos àqueles que operam a máquina pública nos três níveis de governo, essa função ocorre por meio das Escolas dos Tribunais de Contas, emissão de cartilhas, dentre outras.

Nesse sentido, as Cortes de Contas brasileiras possuem peculiaridades que as distinguem das demais Entidades Fiscalizadoras Superiores externas dos outros países, eis que possuem papel que é além de investigar e coletar dados, mas também produzem informações voltadas à gestão dos recursos públicos, quanto à legalidade, economicidade, eficiência e eficácia, tendo em vista contribuir para a boa administração, bom governo e boa governança, assim como auxiliar a atingir os ODS por meio do monitoramento e acompanhamento. Além disso, os órgãos de contas no Brasil dispõem de competências para tomar decisões específicas, as quais produzirão efeitos concretos, independente da aprovação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa.

Desta forma, voltando-se para o sistema federativo brasileiro e sua relação com o princípio da subsidiariedade, é importante analisar que os níveis subnacionais – estados-

membros e municípios – são os responsáveis por concretizar grande parte dos ODS, principalmente os entes locais, em razão de serem de estarem mais próximos dos cidadãos e por compreender de melhor modo as demandas da população local, com isso, tende a fornecer uma abordagem mais integrada e acessível as metas e objetivos da Agenda 2030, conforme a estrutura constitucional e legal do Brasil. De tal maneira, o papel exercido pelos Tribunais de Contas é essencial, visto que os gestores públicos devem acompanhar e avaliar de modo permanente e integral o progresso na implementação da Agenda da ONU, visando a entrega de resultados almejados para toda população em todos os níveis de governo.

Neste cenário, em que se busca concretizar o interesse público – em vista da boa administração, bom governo e boa governança – a partir da eficiência, eficácia, economicidade e transparência dos gastos dos recursos públicos para atingir os ODS, a INTOSAI reconheceu a importância das Entidades Fiscalizadoras Superiores, conforme anteriormente explanado. Desse modo, evidencia-se que, para o presente estudo, a competência para realizar auditorias operacionais – disposta no artigo 71, inciso IV, da Constituição – é imprescindível para o controle de políticas públicas, passando a ser objeto de análise no tópico seguinte.

#### **4. O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS: O PAPEL DAS AUDITORIAS OPERACIONAIS E O MAPEAMENTO DE BOAS PRÁTICAS NOS ODS**

Em razão da expansão das atividades do Estado, torna-se necessária a criação de novas formas de controle, visando que os resultados econômicos sejam avaliados, assim, a partir desse pressuposto, surge o controle de mérito – diferente do controle de legalidade, visto que analisa os resultados das ações administrativas, avaliando a eficiência, economicidade e eficácia dos atos praticados – que tem como objetivo verificar se os atos da Administração estão sendo atingidos de modo adequado e com menor custo. (MILESKI, 2003, p. 147; IOCKEN, 2014, p. 67).

De tal modo, o controle das políticas públicas, imantado pela boa administração pública, postula o exame em termos inovadores, dando conta da inteireza do processo das tomadas de decisões administrativas, desde a escolha de agir – ao invés de se abster – até a avaliação dos efeitos ao longo do tempo – baseando-se em argumentos e em evidências –, dos benefícios no cotejo com os custos ambientais, econômicos e sociais. (FREITAS, 2014, p. 32). Nesse sentido, é competência dos Tribunais de Contas auxiliar no combate à corrupção e no desenvolvimento dos mecanismos dos recursos públicos, assegurando que os serviços sejam

prestados e disponibilizados à população com eficácia, ocorrendo, especialmente, por meio das auditorias e inspeções. Assim, quando se refere à eficiência, economicidade e qualidade dos gastos públicos merece destaque especial as auditorias operacionais – conhecidas também como auditoria gerencial, auditoria de resultados, auditoria de programas ou auditoria moderna. (CHADID, 2019, p. 182).

Reitera-se que o artigo 71, inciso IV, da Constituição prevê a competência para efetuar auditorias por meio do TCU, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, as inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas três esferas de poder e demais entidades elencadas no inciso II. Desta maneira, em razão da expansão do processo fiscalizatório e com a verificação da regularidade e legalidade na efetivação e aplicação das receitas, a Corte de Contas deve proceder às auditorias operacionais tendo em vista acompanhar, contribuir e aprimorar a eficiência das políticas públicas e, por sua vez, auxiliar nos ODS. (CHADID, 2013; IOCKEN, 2013; MENEGUIN; FREITAS, 2013; GARCIA; LEONETTI, 2021).

Os Tribunais de Contas detêm, majoritariamente, independência funcional e possuem um rol extenso de atribuições que contribuem para sua atuação nos entes federativos, cooperando para o contribuindo para o acompanhamento e revisão dos objetivos de desenvolvimento sustentável no âmbito das políticas públicas, na busca de atingir um verdadeiro caminho de progresso (COSTA, 2016, p. 174). Além disso, as Cortes de Contas desenvolvem suas atividades inerentes, contribuindo para transparência dos recursos públicos, estimulando a promoção uma boa governança e instituições públicas mais eficientes, promovendo, com isso, para efetivação dos ODS 16 e 17, isto é, quando os órgãos de contas executam as competências essenciais do controle externo colaboram para pelo menos alguns dos objetivos e metas propostas na Agenda 2030.

O Tribunal de Contas da União (2021) salienta que existem três espécies de auditorias para avaliar políticas públicas, os quais estão dispostos nos pronunciamentos profissionais da INTOSAI: 1) auditoria de conformidade, que realiza à avaliação independente para verificar se determinado objeto está em conformidade com as normas aplicáveis, as quais são identificadas como critérios, de acordo com o parágrafo 12 das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público NBASP/ISSAI 400 — Princípios de Auditoria de Conformidade; 2) auditoria operacional, executa uma análise independente, objetiva e confiável, para apurar se dados empreendimentos, sistemas, programas, atividades, operações ou organizações governamentais estão operando de acordo com a economicidade, eficiência e efetividade (eficácia), bem como se existem espaços para o aperfeiçoamento, conforme disposto no parágrafo 9 da

NBASP/ISSAI 300 — Princípios de Auditoria Operacional; e 3) avaliação de políticas públicas, realizada mediante o exame independente, a qual tem como objeto definir a conveniência de uma política, verificando mais sistematicamente seus objetivos, execução, resultados, produtos e impactos socioeconômicos, além de examinar o seu desempenho, pertinência ou adequação, nos termos do GUID-9020 — Avaliação de Políticas Públicas.

Ademais, o conceito de auditoria operacional, desenvolvido pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), é um formato de auditoria que tem como foco a verificação da economia, eficiência e eficácia da Administração, isto é, trata-se de uma avaliação do desempenho e da gestão dos programas governamentais, sendo que isso, conseqüentemente, viabiliza uma mudança no cerne do controle. Logo, a abordagem vai além da mera análise da legalidade do ato, passando a examinar o resultado da ação governamental, quantificando não apenas os recursos envolvidos, mas também os benefícios gerados para a sociedade. (IOCKEN, 2014, p. 68).

Desse modo, a fiscalização desempenhada por intermédio das inspeções e auditorias efetivam um papel relevante dentre as atividades do controle externo a cargo dos Tribunais de Contas, assim como não existe nenhum tipo de limitação constitucional ou legal para o exercício desta competência. Além de que propõe-se a apurar de forma imediata as ilegalidades ou irregularidades, agindo preventivamente; viabilizando uma ação pedagógica quando orienta aos fiscalizados sobre a melhor maneira de executar as atividades e correções das eventuais falhas, bem como tende a provocar forte pressão intimidativa com a finalidade de coibir a execução de atos ilícitos (GUERRA, 2003).

Com a fiscalização executada mediante auditoria operacional, Meneguim e Freitas (2013) destacam que é necessário que os motivos para determinadas intervenções sejam analisados, assim como, sejam verificados os planejamentos das ações para o desenvolvimento da iniciativa, como ocorre a definição dos agentes encarregados de implementá-las, efetuando, ainda, uma pesquisa sobre as normas disciplinadoras e uma avaliação dos impactos. Assim, Lima e Diniz (2018, p. 403-404) reiteram que essa modalidade de auditoria apresenta quatro dimensões: 1) avaliar se os objetivos das políticas estão sendo alcançados; 2) se estão em conformidade com os meios planejados; 3) se os meios empregados são os de menor custo entre os existentes; e 4) se os objetivos alcançados foram no menor tempo possível. Outrossim, estabelece diretrizes para salientar os espaços em que é possível desempenhar melhorias, ou seja, não se limita a apontar somente os problemas, mas, sim, faz recomendações aos responsáveis pelas políticas públicas.

Neste contexto, ainda, destaca-se que as auditorias operacionais têm o potencial de estimular e impulsionar melhorias nas ações em todos os níveis de governo – ajudando diretamente a alcançar uma boa administração e governança pública e os ODS –, bem como proporcionar que os Tribunais de Contas em suas inspeções abordem questões e procedimentos para análise de governança. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2021). Por conseguinte, o Tribunal de Contas desempenha um importante papel social, aprimorando-o por meio das auditorias operacionais, visto que a sociedade e o Poder Legislativo podem averiguar como os entes estão implementando os programas governamentais e como estão sendo concretizados os ODS. Desta maneira, as auditorias operacionais são vistas como ferramentas ou mecanismos para monitorar a efetividade das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais, assim como ajuda a identificar falhas e boas práticas que contribuem para a Agenda 2030.

É importante verificar que diversas questões averiguadas pela Agenda 2030 já são feitas parte dos trabalhos desempenhados pelos Tribunais de Contas por intermédio de suas auditorias, sendo que, vale destacar também, no contexto do controle, o termo governança surge nos princípios basilares da auditoria do setor público — ISSAI 100 — e da auditoria de desempenho — ISSAI 300 —, que o qual assegura que um dos objetivos da auditoria operacional é possibilitar a boa governança pública. Desse modo, as Cortes de Contas podem garantir que os entes federativos incorporem seus compromissos internacionais com o desenvolvimento sustentável em suas agendas políticas e busquem cumprir esses compromissos de forma transparente e responsável, isto é, os órgãos de contas desempenharão papel fundamental monitorando os governos e identificando os problemas, indicando possíveis soluções para tanto, além de monitorar a implementação dos ODS e relatar os progressos.

Cabe frisar que no momento de avaliar os mecanismos de implementação da Agenda 2030 as Cortes de Contas podem fazer recomendações decorrentes das auditorias, as quais auxiliarão os entes federados alcançar o desenvolvimento sustentável, devendo a Agenda ser utilizada como indicador das auditorias efetuadas de acordo com os requisitos da Organização das Nações Unidas e da INTOSAI, sendo que estas devem cumprir os ODS, acompanhando de forma adequada. Ademais, as auditorias de temas relacionados aos ODS são fundamentais para a concretização da Agenda, pois visam avaliar o desempenho institucional e os resultados da ação governamental, além de uma verificação com um viés integrado de governo, que tende a levar a uma maior ação sistêmica, coordenada e coerente no âmbito das políticas públicas.

Neste cenário, destaca-se que o Tribunal de Contas da União (TCU) liderou em 2017 uma auditoria operacional coordenada na América Latina sobre os ODS, a qual foi reconhecida pela ONU como uma boa prática na implementação da Agenda 2030, sendo que a auditoria

contou com o auxílio de 11 Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), membros da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs). A referida auditoria apresentou como objetivo avaliar a organização governamental para a efetivação da Agenda 2030 e da meta 2.4 – referente à produção de alimentos de forma sustentável, oportunidade em que foram detectadas as necessidades de aperfeiçoamento da estratégia e dos mecanismos de coordenação, transparência e supervisão que são essenciais para os ODS. Ainda, a auditoria contou com o apoio da Agência Alemã de Cooperação (GIZ) no âmbito do projeto de fortalecimento das auditorias ambientais. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2019).

Salienta-se que as principais recomendações realizadas aos governos, foram: 1) fortalecer a institucionalização dos ODS e definir responsabilidades; 2) implementar o planejamento nacional de longo prazo; 3) estabelecer a gestão de riscos transversais; e 4) elaborar processos participativos para os relatórios voluntários nacionais. Além disso, nota-se que no TCU, a fiscalização foi efetuada pela Secretaria de Controle Externo da Agricultura e do Meio Ambiente (SecexAgroAmbiental), bem como estiveram presentes na primeira etapa do projeto as secretarias de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) e da Educação (SecexEducação) e de Macroavaliação Governamental (Semag). Vale mencionar que as auditorias geram dois acórdãos o 1.968/2017 e o 709/2018, tendo o processo como relator o ministro Augusto Nardes. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2019).

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) criou uma iniciativa para organizar e compartilhar experiências bem-sucedidas, relacionadas aos ODS e à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, no âmbito dos 33 Tribunais de Contas brasileiros, tendo como objetivo demonstrar que os órgãos de contas estão integrados às políticas oficiais para realização de ações sistematizadas para o futuro do controle externo como um todo. Portanto, trata-se de um desafio desempenhado por meio da equipe do projeto 2.4 do Plano de Gestão 2020-2021, a qual foi formada para cumprimento da meta de promover o engajamento dos Tribunais de Contas nos ODS da Agenda 2030 da ONU, sendo que para tanto elaborou um sítio eletrônico <<https://ods.atricon.org.br/>> para divulgação das ações das Cortes de Contas brasileiras referentes às 17 ODS, assim como a iniciativa está prevista no Plano de Gestão 2022-2023 e vem sendo conduzida pela equipe do projeto 2.5. (ATRICON, 2021).

O sítio eletrônico foi lançado no II Congresso Internacional do Tribunais de Contas, em novembro de 2021, e a Atricon por intermédio da Portaria 11, de 26 de maio de 2022, constituiu o Comitê Técnico especializado no tema dos ODS, o qual tem como objetivo realizar a análise

técnica e a seleção das iniciativas enviadas pelos Tribunais de Contas, as quais estão disponíveis no endereço. (ATRICON, 2022). Na aba “ações recebidas” é possível as ações encaminhadas pelos Tribunais, antes da análise do comitê técnico especializado, conforme verifica-se na tabela abaixo:

**Tabela 2:** Ações desenvolvidas ODS 1 ao 15:

<b>ODS</b>	<b>Ações recebidas</b>
<b>ODS 1: Erradicação da pobreza</b>	Levantamento da população em situação de rua durante a pandemia
<b>ODS 2: Fome zero e agricultura sustentável</b>	Auditoria Piloto na Preparação do Governo Federal Brasileiro para Implementação dos ODS
<b>ODS 3: saúde e bem-estar</b>	Auditoria sobre Atenção Básica da Saúde em Municípios e no Estado de Santa Catarina
	O legado da Covid-19 para os leitos de uti no estado do Piauí
	Centrais de regulação no estado do Piauí
	Efetividade na prestação de serviços médicos
	Relatório de auditoria operacional sobre do programa de saúde pública de tratamento fora do domicílio (2019)
	Programa qualidade de vida no trabalho
	Humanizando o isolamento social
	Boletim Estratégico dos Gastos Relacionados ao Enfrentamento da COVID-19 em Goiás
<b>ODS 4: Educação de qualidade</b>	Ações para minimizar efeitos negativos da pandemia na educação Piauí na Ponta do Lápis
	Acompanhamento do cumprimento da Meta 01 do Plano Nacional de Educação
	Painel da Educação – RJ
	Projeto Aluno Cidadão
	Programa de Visitas às Escolas
	Participação no Gabinete de Articulação para Enfrentamento da Pandemia na Educação Pública (Gaepe)
<b>ODS 5: Igualdade de gênero</b>	Até o momento não recebeu nenhuma ação
<b>ODS 6: Água potável e saneamento</b>	Avaliação da gestão, controle e fiscalização da Bacia Hídrica do Monumento Natural da Lagoa Do Peri
	Auditoria Operacional e Ambiental em Sistemas Públicos de Abastecimento de Água do Amazonas
	Utilização de Água de Reuso
<b>ODS 7: Energia limpa e acessível</b>	Implantação do Sistema de Geração de Energia Solar no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas
	Implantação do sistema de energia fotovoltaica (placas solares) no prédio Anexo III do TCE-RO
	Usina Fotovoltaica
<b>ODS 8: Trabalho decente e crescimento econômico</b>	Até o momento não recebeu nenhuma ação
<b>ODS 9: Indústria, inovação e infraestrutura</b>	Institucionalização do Sistema de Gestão e Planejamento (SGP)
	Laboratório de Análises de Solos e Misturas Asfáltica (Estruturas Fixa e Móvel)
<b>ODS 10: Redução das desigualdades</b>	Até o momento não recebeu nenhuma ação
<b>ODS 11: Cidades e comunidades sustentáveis</b>	ODS nos PPAs municipais (Levantamento Operacional nos PPAs Municipais)
	Ações para criação de uma cultura de sustentabilidade
	Gerenciamento de Resíduos
	Sistemas de Automação Predial

<b>ODS 12: Consumo e produção responsáveis</b>	Plano de Logística Sustentável do Tribunal de Contas do Estado do Amapá
	Implementação da Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas
	Contratação compartilhada de serviço de mobilidade urbana (TCCAR)
	Política de cessão, alienação e outras formas de desfazimento dos bens patrimoniais móveis pertencentes ao patrimônio do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia
	Contratação compartilhada de empresa especializada na coleta de resíduos sólidos classe I – perigosos (lâmpadas, pilhas, baterias, <i>no breaks</i> )
	Pastas eletrônicas de Acórdãos, Pareceres Prévios e registros de Atos de Pessoal
	Citação eletrônica
	Melhorar a Eficiência Energética de forma Sustentável
	Programa de Sustentabilidade dos Tribunais de Contas da Bahia (TCeco)
	Substituição das lâmpadas existentes por modelo em LED
<b>ODS 13: Ação contra a mudança global do clima</b>	Plano de Logística Sustentável
<b>ODS 14: Vida na água</b>	Até o momento não recebeu nenhuma ação
<b>ODS 15: Vida terrestre</b>	Até o momento não recebeu nenhuma ação

**Fonte:** Elaboração própria a partir de dados da Atricon (2021).

Nesse sentido, é possível detectar na aba “ações recebidas”, referentes aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do 1 ao 15, tratam-se de auditorias promovidas pelos Tribunais de Contas no controle externo na perspectiva de auxiliar para a sustentabilidade do planeta, ou seja, são expostas as boas práticas e uma relação de todas as ações existentes no Brasil, as quais são partilhadas entre todos os Tribunais de Contas. Nota-se, conforme supracitado na tabela, que os órgãos de contas além de auditarem suas ações, tendo em vista contribuir para os ODS, também está realizando auditorias em políticas públicas e ações, visando identificar e divulgar boas práticas dos entes federativos para o desenvolvimento sustentável.

Além disso, com relação ao problema proposto, os Tribunais de Contas estão direcionando também suas auditorias para atingir as ODS 16 e 17, tendo em vista a eficiência das instituições e a boa governança, conforme tabela a seguir:

**Tabela 3:** Ações desenvolvidas ODS 16 e 17:

<b>ODS</b>	<b>Ações recebidas</b>
<b>ODS 16: Paz, justiça e instituições eficazes</b>	Auditoria no Plano Estadual de Segurança Pública.
	Auditoria no Instituto de Identificação João de Deus Martins.
	Auditoria nos processos de segurança contra incêndio junto ao Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Piauí.
	Auditoria nas políticas públicas sobre a saúde física e psíquica dos profissionais da segurança pública nas corporações do Estado do Piauí
	Levantamento do impacto da COVID-19 nos órgãos de segurança pública do Estado do Piauí.
	Auditoria na gestão e governança do Fundo Estadual de Segurança Pública do Estado do Piauí.
	Acompanhamento da execução e eficiência dos serviços da Parceria Público-Privada Piauí Conectado, uma vez que o valor do contrato é alto e o objeto auditado é relevante para o Estado e cidadãos.

	Levantamento do portal da transparência do poder executivo dos 224 municípios piauienses e do Governo do Estado do Piauí.
	Levantamento da Infraestrutura Tecnológica dos 224 municípios do Estado do Piauí
	Ouvidoria Estudantil
	Avaliação de Desempenho dos Servidores
	Sistemas eTCE-GO e TCE-DOCS
	Instituição da Cadeia de Valor de Processos de Trabalho
	Programa de capacitação e fomento ao Controle Social e Cidadania
	Desenvolvimento do Portal da Ouvidoria
	Sistema de Gestão Integrado (SGI) do TCE-GO
	Desenvolvimento do Projeto Leader Coach
	Implantação da Infraestrutura de Big Data
	Plano Estratégico 2021-2030
	Implantação do Data Center do TCE-GO
	Implementação do BACE – Benefícios das Ações de Controle Externo
	Participação da Rede InfoContas
	Observatório do Cidadão
	Plano Anual de Controle Externo 2021
	Planejamento Estratégico TCEMG 2021-2026
	Profissão Gestor
<b>ODS 17: Parcerias e meios de implementação</b>	Inclusão da avaliação dos ODS nas fiscalizações do Tribunal
	Adesão à liga de sustentabilidade entre órgãos públicos

**Fonte:** Elaboração própria a partir de dados da Atricon (2021).

Desta forma, as Cortes de Contas exercem um duplo papel, visto que além do seu desempenho para implementar os ODS no exercício de suas atividades internas, a partir dos atos do próprio órgão de contas, tendentes a promover a eficiência, a prestação de contas – *accountability* –, a efetividade e a transparência da Administração Pública para a concretização da boa governança e do desenvolvimento sustentável – especialmente disposto nos ODS 16 e 17. Estas Cortes também auxiliam a fiscalizar e a divulgar boas práticas entres os níveis de governo, sendo fundamental que as três esferas de governança estejam comprometidas e que a Agenda 2030 seja utilizada também como um instrumento de auxílio para avaliação da eficiência dos gastos públicos.

Portanto, observa-se que o sítio eletrônico desenvolvido em parceria com a Atricon, por meio do grupo de trabalho temático, sistematiza as principais iniciativas e experiências exitosas voltadas aos ODS no âmbito dos 33 órgãos de contas brasileiros, as quais podem se aperfeiçoar e se adequar à realidade de cada ente federativo. Assim como, demonstra que as Cortes estão integradas às políticas que visam alcançar os objetivos e metas da Agenda 2030, sendo que, por intermédio da sistematização das boas práticas, torna-se viável a elaboração de um referencial futuro para o controle externo, tendo em vista que são iniciativas essenciais para a disseminação e estímulo de boas práticas, bem como para o fortalecimento da cultura da sustentabilidade em suas amplas dimensões, o que, conseqüentemente, irá gerar reflexos positivos junto à sociedade.

## 5. CONCLUSÃO

A pesquisa centrou-se no seguinte questionamento: qual o papel dos Tribunais de Contas na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda da Organização das Nações Unidas 2030 e quais os mecanismos podem ser utilizados para identificação de melhorias e boas práticas nos entes federativos? Neste contexto, foram elencados três objetivos específicos, sendo que: no primeiro, conceituou-se à boa administração, governança e bom governo, que apesar de representarem conceitos circunscritos a Administração Pública, não possuem o mesmo conceito, bem como foram abordados breves apontamentos sobre o controle da Administração Pública como auxiliar dos ODS.

A boa administração está relacionada ao modo de como as tarefas administrativas são realizadas, ou seja, está interligada a execução adequada dos projetos elaborados pelo Governo, tendo como escopo a concretização de resultados mais satisfatórios – eficientes – das tarefas desenvolvidas pela Administração. O bom governo é a atividade política na estruturação e no desenvolvimento de projetos que tendem a atingir a diversas áreas da sociedade em um país, isto é, as iniciativas políticas, cobertas pelo manto do bom governo, devem atender às necessidades sociais, imbuídas de qualidade e revestidas de presteza, sendo que é por meio de tais pressupostos que ocorre o direcionamento preciso para que a execução dos programas que são politicamente estruturados, que se encontram a cargo da Administração, seja corretamente efetivada.

O bom governo é o poder, enquanto a boa administração é o agir, os quais devem estar em harmonia entre si para que sejam efetivas às políticas públicas, além de que a má administração acontece quando é direcionada apenas por valores políticos e o mal governo ao ultrapassar a esfera de domínio da Administração Pública. E quanto à boa governança, seu conteúdo contempla a ampla e conjunta participação de todos os atores junto a ela, ou seja, os diversos órgãos e entidades que compõem o Poder Público convergem na governança, de maneira que a união entre a boa administração e o bom governo exprimem os valores emitidos pela boa governança, oportunidade em que pode ser traduzida por meio do enaltecimento da interação entre instituições, como um elemento de desenvolvimento das atividades planejadas pelo Governo e executadas pela Administração.

Além disso, foi observado que a boa governança centra na busca da Administração Pública pelo desenvolvimento dos programas e metas que supram as necessidades sociais com transparência e eficiência, isto é, que a prestação dos serviços seja realizada com economia e eficiência em busca do interesse público. De tal modo, a Agenda das Nações Unidas 2030

surgiu para dar continuidade ao legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), fornecendo uma nova dimensão ao conceito de desenvolvimento sustentável, uma visão mais integrada e equilibrada de suas dimensões. Desta maneira, os 8 objetivos estabelecidos na Agenda de Desenvolvimento do Milênio foram desdobrados em 17 objetivos e 169 metas – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais apresentam três dimensões: 1) econômica; 2) social; e 3) ambiental.

Reiterou-se, ainda, que o trabalho de instituições fortes, transparência nas informações e clareza no estabelecimento das metas, é fundamental para concretização com eficiência e eficácia dos ODS. Nesse sentido, a boa governança está incorporada nos 17 objetivos estabelecidos na Agenda 2030, diretamente nos objetivos 16 – referente a paz, justiça e instituições capazes, o qual pode ser descrito como o objetivo da governança por propor a construção de instituições mais responsáveis, eficazes e inclusivas em todos os níveis – e 17 – sobre a parceria e meios de implementação, que pode ser denominado como a dimensão institucional do desenvolvimento sustentável, visto que trata de questões mais sistêmicas que devem ser transformadas para auxiliar na implementação dos outros objetivos.

Nesse sentido, a ONU reconheceu o papel das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) – Tribunais de Contas no caso brasileiro – na promoção da eficiência, na prestação de contas – *accountability* –, na efetividade e na transparência da Administração Pública, tendo em vista a concretização da boa governança e no desenvolvimento sustentável. Ainda, evidenciou-se que na Resolução A/RES/69/228, de 19 de dezembro de 2014 da ONU, as Entidades Fiscalizadoras Superiores foram convocadas, por meio da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras (INTOSAI), para participarem da Agenda 2030 no monitoramento e implementação dos ODS. Neste contexto, o controle exercido pelas EFS, no Brasil é representado pelos Tribunais de Contas, que buscam realizar o acompanhamento e monitoramento das ODS, pode ocorrer por meio das auditorias, as quais tendem a avaliar e contribuir para discussões voltadas para os resultados e implementação dos ODS.

No segundo objetivo da pesquisa, investigou-se o papel dos Tribunais de Contas brasileiros, analisando suas respectivas competências e atribuições a partir da Constituição de 1988, objetivando demonstrar como as Cortes de Contas brasileiras auxiliam na fiscalização dos projetos e serviços que tendem a melhorar as condições de vida da sociedade, conforme os objetivos e metas da Agenda 2030, nos diversos níveis de governo – nacional, estadual e local –, tendo em vista, ainda, a boa administração, o bom governo e, especialmente, a boa governança.

Desta maneira, as Cortes de Contas brasileiras possuem peculiaridades que as distinguem das demais Entidades Fiscalizadoras Superiores externas dos outros países, eis que possuem papel que é além de investigar e coletar dados, mas também produzem informações voltadas à gestão dos recursos públicos, quanto à legalidade, economicidade, eficiência e eficácia, tendo em vista contribuir para a boa administração, bom governo e boa governança, assim como auxiliar a atingir os ODS por meio do monitoramento e acompanhamento.

Desta forma, voltando-se para o sistema federativo brasileiro e sua relação com o princípio da subsidiariedade, foi analisado que os níveis subnacionais – estados-membros e municípios – são os responsáveis por concretizar grande parte dos ODS, principalmente os entes locais, em razão de serem de estarem mais próximos dos cidadãos e por compreender de melhor modo as demandas da população local, com isso, tende a fornecer uma abordagem mais integrada e acessível as metas e objetivos, conforme a estrutura constitucional e legal do Brasil. Assim, o papel exercido pelos Tribunais de Contas é essencial, visto que os gestores públicos devem acompanhar e avaliar de modo permanente e integral o progresso na implementação da Agenda da ONU, visando a entrega de resultados almejados para toda população em todos os níveis de governo.

Desse modo, a competência para realizar auditorias operacionais – disposta no artigo 71, inciso IV, da Constituição – é imprescindível para o controle de políticas públicas, passando a ser objeto de análise no último tópico, visando mapear às boas práticas nos ODS a partir do sítio eletrônico “ODS – Tribunais de Contas do Brasil”, a partir das ações e iniciativas recebidas. Frisou-se, ainda, que no momento de avaliar os mecanismos de implementação da Agenda 2030 as Cortes de Contas podem fazer recomendações decorrentes das auditorias, as quais auxiliarão os entes federados alcançar o desenvolvimento sustentável, devendo a Agenda ser utilizada como indicador das auditorias efetuadas de acordo com os requisitos da ONU e da INTOSAI, sendo que estas devem cumprir os ODS, acompanhando de forma adequada. Ademais, as auditorias de temas relacionados aos ODS são fundamentais para a concretização da Agenda, pois visam avaliar o desempenho institucional e os resultados da ação governamental, além de uma verificação com um viés integrado de governo, que tende a levar a uma maior ação sistêmica, coordenada e coerente no âmbito das políticas públicas.

O TCU liderou em 2017 uma auditoria operacional coordenada na América Latina sobre os ODS, sendo reconhecida pela ONU como uma boa prática na implementação da Agenda 2030, assim a auditoria contou com o auxílio de 11 Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), membros da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs). A referida auditoria apresentou como objetivo avaliar a organização

governamental para a efetivação da Agenda 2030 e da meta 2.4 – referente à produção de alimentos de forma sustentável, oportunidade em que foram detectadas as necessidades de aperfeiçoamento da estratégia e dos mecanismos de coordenação, transparência e supervisão que são essenciais para os ODS. Ainda, a auditoria contou com o apoio da Agência Alemã de Cooperação (GIZ) no âmbito do projeto de fortalecimento das auditorias ambientais.

Além disso, Atricon criou uma iniciativa para organizar e compartilhar experiências bem-sucedidas, relacionadas aos ODS e à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, no âmbito dos 33 Tribunais de Contas brasileiros, tendo como objetivo demonstrar que os órgãos de contas estão integrados às políticas oficiais para realização de ações sistematizadas para o futuro do controle externo como um todo. Para tanto foi elaborado um sítio eletrônico <<https://ods.atricon.org.br/>> para divulgação das ações das Cortes de Contas brasileiras referentes às 17 ODS, assim como a iniciativa está prevista no Plano de Gestão 2022-2023 e vem sendo conduzida pela equipe do projeto 2.5.

Nesse sentido, foi possível detectar na aba “ações recebidas”, referentes aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável do 1 ao 15, tratam-se de auditorias promovidas pelos Tribunais de Contas no controle externo na perspectiva de auxiliar para a sustentabilidade do planeta, ou seja, são expostas as boas práticas e uma relação de todas as ações existentes no Brasil, as quais são partilhadas entre todos os Tribunais de Contas. Nota-se, conforme supracitado na tabela, que os órgãos de contas além de auditarem suas ações, tendo em vista contribuir para os ODS, também está realizando auditorias em políticas públicas e ações, visando identificar e divulgar boas práticas dos entes federativos para o desenvolvimento sustentável.

Além disso, com relação ao problema proposto, evidenciou-se que os Tribunais de Contas estão direcionando também suas auditorias para atingir as ODS 16 e 17, tendo em vista a eficiência das instituições e a boa governança. Desta forma, verificou-se que os Tribunais de Contas exercem um duplo papel, visto que além do seu desempenho para implementar os ODS no exercício de suas atividades internas, a partir dos atos do próprio órgão de contas, tendentes a promover a eficiência, a prestação de contas – *accountability* –, a efetividade e a transparência da Administração Pública para a concretização da boa governança e do desenvolvimento sustentável – especialmente disposto nos ODS 16 e 17.

Estas Cortes também auxiliam a fiscalizar e a divulgar boas práticas entre os níveis de governo, visando com isso atingir aos ODS de forma ampla e concreta, eis que ao realizarem auditorias de determinadas políticas públicas, as quais estão relacionadas às temáticas abordadas nas ODS, o Tribunal desempenha papel de auxiliar no monitoramento do

cumprimento e efetividades dos ODS, sendo fundamental, para tanto que as três esferas de governança estejam comprometidas e que a Agenda 2030 seja utilizada também como um instrumento de auxílio para avaliação da eficiência dos gastos públicos.

Portanto, observou-se que o sítio eletrônico desenvolvido em parceria com a Atricon, por meio do grupo de trabalho temático, sistematiza as principais iniciativas e experiências exitosas voltadas aos ODS no âmbito dos 33 órgãos de contas brasileiros, as quais podem se aperfeiçoar e se adequar à realidade de cada ente federativo. Assim como, demonstra que as Cortes estão integradas às políticas que visam alcançar os objetivos e metas da Agenda 2030, sendo que, por intermédio da sistematização das boas práticas, torna-se viável a elaboração de um referencial futuro para o controle externo, tendo em vista que são iniciativas essenciais para a disseminação e estímulo de boas práticas, bem como para o fortalecimento da cultura da sustentabilidade em suas amplas dimensões, o que, conseqüentemente, irá gerar reflexos positivos junto à sociedade.

As Cortes de Contas também têm um papel essencial no monitoramento, acompanhamento e cobrança para que os entes federativos promovam ações e implementem políticas públicas para alcançar as metas dos ODS, visto que é necessário o pleno comprometimento dos três níveis de governo para se harmonizar os objetivos e metas. Por conseguinte, os ODS estabelecidos na Agenda 2030 só podem ser alcançados se os Tribunais de Contas estiverem envolvidos efetivamente no projeto, assim como existe a necessidade de serem realizadas auditorias preventivas, as quais tendem a fornecer maior impacto na defesa do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ATRICON – Associação dos Tribunais de Contas. **ODS: Tribunais de Contas do Brasil, 2021.** Disponível em: <<https://ods.atricon.org.br/>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

ATRICON – Associação dos Tribunais de Contas. **Portaria n. 11**, de 26 de maio de 2022. Constitui Comitê Técnico especializado no tema Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Disponível em: < <https://atricon.org.br/wp-content/uploads/2022/05/Portaria-011-2022-Constitui-Comite%CC%82-Te%CC%81cnico-Especializado-no-tema-Objetivos-de-Desenvolvimento-Sustenta%CC%81vel-ODS-2.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade**, 2. ed., Almedina: Coimbra, 2008.

CHADID, Ronaldo. **A função social do Tribunal de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. **Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul**, 2013. Disponível em: <<https://atrimon.org.br/os-tribunais-de-contas-e-a-eficiencia-das-politicas-publicas/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da A contribuição dos órgãos de controle externo para a Agenda 2030. **Interesse Público**, nov./dez., 2016.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DELMONDES, Edna. **A interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

GARCIA, Vinícius; LEONETTI, Carlos Araújo. O controle e a avaliação pelo tribunal de contas da união das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 1, n. 11, 2021.

GIL, José Meilán. **El paradigma de la buena administración**. AFDUC, n. 17, p. 233-258, 2013.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

IOCKEN, Sabrina Nunes. Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. **Revista TCMRJ**, Rio de Janeiro, v. 53, p. 04-09, fev. 2013.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Políticas públicas: o controle do Tribunal de Contas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

ISMAIL FILHO, Salimão. **Boa administração pública e controle: caminhos para concretização dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2020.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). **Políticas Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

MENDONÇA, Suzana. **Por uma boa administração pública: a boa administração nas vertentes de princípio e direito fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: **Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado**, n. 123, mar., 2013. Disponível em: <[www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html](http://www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html)>. Acesso em: 30 jun. 2022.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIOLA, César. Tribunais de Contas: controle para a cidadania. **Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v. 14. n. 25, p. 204, jan/jun., 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: **Encontro Luso-brasileiro de Tribunais de Contas.** 1. ed. 2003, ESTORIL. Lisboa: T.C., 2004

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arena. **Governanza, Buena Administración y Gestión Pública**, s.d. Disponível em: <[http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia\\_jaime\\_rodriguez\\_arana.pdf](http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.** Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2016. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/Docs/Agenda2030completo\\_PtBR.pdf](http://www.pnud.org.br/Docs/Agenda2030completo_PtBR.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2022.

RUIZ, Pedro Padilla. La buena administración como fundamento de actuación de empleado público, **RVAP**, n. 108, p. 383-402, 2017.

SÁ, Filipe. **Barcarena (PA): ponto fora da curva.** 2019. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

SOLÉ, Juli Ponce. El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI: Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción. In: ROSATTI, Horacio. **El control de la actividad estatal I: discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial.** 1. ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas,** 2. ed., Brasília: TCU, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Auditoria sobre ODS ganha destaque na ONU como boa prática na implementação da Agenda 2030,** de 19 de julho de 2019. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/auditoria-sobre-ods-ganha-destaque-na-onu-como-boa-pratica-na-implementacao-da-agenda-2030.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

UNITED NATIONS. Economic and social commission for Asia and the Pacific. **What Is Good Governance?**, p. 1-3, 2009. Disponível em: <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolução A/RES/66/209**: Promoting the efficiency, accountability, effectiveness and transparency of public administration by strengthening supreme audit institutions, 2011. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/471/36/PDF/N1147136.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolução A/RES/69/228**: Promoting and fostering the efficiency, accountability, effectiveness and transparency of public administration by strengthening supreme audit institutions, 2014. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/713/64/PDF/N1471364.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

**Submissão: 04/11/2022. Aprovação: 11/12/2023.**

## STF, KELSEN E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS: O USO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA TEORIA POLÍTICA DE KELSEN NA CONSTRUÇÃO DA DEFESA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS<sup>1</sup>

*STF, KELSEN AND THE PROTECTION OF MINORITIES: THE USE BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT (STF) OF KELSEN'S POLITICAL THEORY WHEN CONSTRUCTING THE DEFENSE OF CONSTITUTIONAL REVIEW AS A WAY OF PROTECTING MINORITIES*

Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito<sup>2</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno<sup>3</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

### **Resumo:**

O presente trabalho, que visa ampliar o conhecimento sobre o aparato judiciário brasileiro, evidencia certa recepção, no Brasil, de Hans Kelsen (1881-1973) como teórico-político. O trabalho começa identificando um significativo número de citações a Kelsen em votos no STF. Percebe-se que, dentre essas citações, a democracia constitui um dos temas mais presentes. De modo geral, essas citações se concentram em elementos específicos das construções teóricas kelsenianas, mais especificamente o argumento do papel da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias. Assim, embora não seja possível afirmar um alinhamento de ordem sistêmica entre o STF ou seus membros e o pensamento de Kelsen, pode-se concluir que o conjunto das citações a Kelsen, no STF, individualmente relacionadas neste trabalho, sinaliza certa relevância da teoria kelseniana na construção da defesa da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias. Pode-se inclusive concluir que as citações à teoria da democracia de Kelsen constituem uma evidente tentativa do STF de legitimar e validar seu próprio poder, enfatizando o papel contramajoritário a ser exercido pelo judiciário na organização do estado democrático brasileiro. Utilizando metodologia de revisão bibliográfica, fez-se consulta às traduções das obras de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro que tratam do tema objeto da pesquisa, além de publicações acadêmicas especializadas. Valendo-se da metodologia de análise documental, fez-se a identificação das citações a Kelsen em decisões do STF envolvendo o período 1977 a 2021 (data inicial que leva em consideração a citação mais antiga então identificada; data final que leva em consideração a data de finalização da pesquisa com tabulação dos dados). A ferramenta de pesquisa utilizada foi a busca de pesquisa de jurisprudência do site do STF (portal.stf.jus.br). É importante ressaltar que a referida ferramenta não contempla todas as decisões

---

<sup>1</sup> O presente trabalho constitui revisão e adaptação de parte da dissertação de mestrado do primeiro autor, denominada "A recepção de Hans Kelsen no STF: análise do período 1977 a 2021", defendida perante o Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, sob orientação do segundo autor.

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Direito (PUC Minas). Especialista em Processo (PUC Minas). Professor do curso de Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Norte - FADENORTE. Advogado. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES). Membro do grupo de pesquisa "Estudos Kelsenianos" vinculado à Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2285122110248875). E-mail: dir.icaro.brito@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9856173366358994>.

<sup>3</sup> Professor dos Cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Professor Titular de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

do tribunal e votos de seus membros, de modo que o levantamento feito não espelha de forma absoluta todas as menções a Kelsen no STF no período abordado.

**Palavras-chave:**

Supremo Tribunal Federal - STF. Hans Kelsen. Democracia. Proteção das minorias. Jurisdição constitucional.

**Abstract:**

The present work aims to contribute to the knowledge about the Brazilian judicial branch by putting into focus a certain reception, in Brazil, of Hans Kelsen (1881-1973) as a theoretical-political author. The work begins by identifying a significant number of quotations from Kelsen in the Brazilian Supreme Court (STF). It is noted that, among these quotations, democracy is one of the most mentioned. In general, these quotations focus on some elements of Kelsen's theoretical constructions, more particularly the argument of the role of constitutional review as an instrument for the protection of minorities. Thus, although it is not possible to state a systemic conformity between STF or its members and the Kelsen's thought, it can be concluded that the set of quotations from Kelsen, in STF, individually listed in this work, indicate a certain relevance of Kelsen's theory in the construction of the defense of the role of constitutional review as an instrument for the protection of minorities. It can even be concluded that the quotations from Kelsen's theory of democracy are a clear attempt by the STF to legitimize and validate its own power, emphasizing the counter majoritarian role to be played by the judiciary branch in the organization of the Brazilian democratic state. Using document analysis, the work identifies quotations from Kelsen between 1977 and 2021 (initial date in which the oldest quotation from Kelsen was found; final date which refers to the end of the period of data tab). The research tool used was STF's search machine (portal.stf.jus.br). It is important to stress that such tool does not include all the opinions and decisions pronounced by the court or its members, so that the research does not reflect all the quotations from Kelsen at STF during the period of the research.

**Keywords:**

Brazilian Federal Supreme Court. Hans Kelsen. Democracy. Protection of minorities. Constitutional review.

## INTRODUÇÃO

Hans Kelsen (1881-1973) é um autor de grande relevo para as reflexões contemporâneas brasileiras, especialmente no âmbito do direito e da política, sobretudo em função de seus escritos publicados, ao longo do século XX, sobre diversos temas das ciências humanas, sociais e da filosofia. Considerando o vigor da obra de Kelsen e de sua recepção no Brasil, o estudo de sua obra vai muito além do cunho estritamente histórico.

A dimensão da recepção de Kelsen no Brasil pode ser facilmente percebida pelas inúmeras citações em trabalhos acadêmicos e publicações em geral, sendo igualmente também inúmeras as menções ao seu nome nas mais diversas comunicações em eventos jurídicos. Seu expressivo relevo também pode ser aferido em razão da grande quantidade de livros de sua autoria traduzidos para o português, sendo que atualmente estão disponíveis no mercado editorial brasileiro dezenove livros de autoria de Kelsen, conforme segue descrito em tabela abaixo elaborada a partir de pesquisa em sites brasileiros:

**Tabela 1** - Traduções de livros de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro

Índice	Título da obra	Edição	Editores
1	Teoria geral das normas	1ª ed. 1986	Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre
2	O que é justiça?	3ª ed. 2001	Martins Fontes, São Paulo
3	A ilusão da justiça	4ª ed. 2008	Martins Fontes, São Paulo
4	Teoria pura do direito	8ª ed. 2009	Martins Fontes, São Paulo
5	O problema da justiça	5ª ed. 2011	Martins Fontes, São Paulo
6	A paz pelo direito	1ª ed. 2011	Martins Fontes, São Paulo
7	Sobre a teoria das ficções jurídicas	1ª ed. 2012	Via Verita, Rio de Janeiro
8	Jurisdição constitucional	3ª ed. 2013	Martins Fontes, São Paulo
9	Teoria pura do direito	9ª ed. 2013	Revista dos Tribunais, São Paulo
10	Teoria geral do direito e do Estado	5ª ed. 2016	Martins Fontes, São Paulo
11	A democracia	3ª ed. 2019	Martins Fontes, São Paulo
12	A justiça e o direito natural	2ª ed. 2019	Almedina, São Paulo
13	Teoria pura do direito	8ª ed. 2009	Almedina, São Paulo
14	Teoria pura do direito	1ª ed. 2021	Forense Universitária, Rio de Janeiro
15	A teoria comunista do direito	1ª ed. 2021	Contracorrente, São Paulo
16	A teoria do estado de Dante Alighieri	1ª ed. 2021	Contracorrente, São Paulo
17	Direito internacional e Estado soberano	2ª ed. 2021	Martins Fontes, São Paulo
18	O Estado como integração: um confronto de princípio	2ª ed. 2022	Martins Fontes, São Paulo
19	Sociedade e natureza: uma investigação sociológica	1ª ed. 2022	Contracorrente, São Paulo

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 45.

Segundo Velloso,

Em razão da influência teórica e prática de sua obra, Kelsen tornou-se um dos pensadores mais importantes do século XX. No Brasil, sua presença se verifica na profusa produção analítica que tem seu pensamento como objeto, ou que o mobiliza como aporte para reflexão de problemas teóricos e práticos. Kelsen também recebe imensa atenção editorial, tendo muitos de seus livros sido disponibilizados para o leitor brasileiro, os quais constantemente recebem novas reimpressões [mas comumente tratadas como novas edições] (Velloso, 2014, p. 199).

Corroborando isso, identifica-se grande número de citações a Kelsen no STF. Em recente estudo realizado com levantamento das citações no STF, embora de forma não exaustiva, envolvendo o período de 1977 a 2021, identificou-se significativo volume de citações a obras de Kelsen, conforme descrito na tabela abaixo<sup>4 5</sup>:

**Tabela 2 - Obras de Kelsen citadas no STF (1977-2021)**

Índice	Título da obra	Número de citações
1	Teoria pura do direito (2ª ed.)	74
2	obra não citada	29
3	A garantia jurisdicional da constituição	27
4	Teoria geral das normas	19
5	Teoria geral do direito e do Estado	11
6	Quem deve ser o guardião da constituição?	9
7	Essência e valor da democracia	8
8	Teoria geral do Estado	5
9	A justiça e o direito natural	3
10	A jurisdição constitucional e administrativa	2
11	Principais problemas da teoria jurídica do Estado	1
12	Teoria pura do direito (Trad. J. Crettela Jr. e Agnes Cretella)	1
13	Parecer sobre a constituinte brasileira de 1933/1934	1
14	Princípios de direito internacional	1
		191

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 48.

Foram identificados os três principais temas com menção a Kelsen no STF, a saber: a interpretação do direito, o controle de constitucionalidade e, por fim, a democracia, conforme tabela abaixo:

<sup>4</sup> A base de dados da pesquisa e assim de todas as tabelas a seguir, na forma de projeto do programa Atlas.ti 8, pode ser solicitada através do endereço eletrônico [dir.icaro.brito@gmail.com](mailto:dir.icaro.brito@gmail.com). Os resultados completos da pesquisa podem ser consultados em De Brito, 2022.

<sup>5</sup> As obras *A garantia jurisdicional da constituição*, *Quem deve ser o guardião da constituição* e *A jurisdição constitucional e administrativa* compõem a obra com publicação no Brasil de título *Jurisdição constitucional* (Kelsen, 2013); A obra *Essência e valor da democracia* compõe a obra com publicação no Brasil de título *A democracia* (Kelsen, 2019); As obras *Principais problemas da teoria jurídica do Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) e *Princípios de direito internacional* (*Principles of International Law*) não contam com publicação no Brasil (tradução).

**Tabela 3** - Temas tratados no STF com citação a Kelsen (1977-2021)

<b>Índice</b>	<b>Tema citado</b>	<b>Número de citações</b>
1	Interpretação do direito	58
2	Controle de constitucionalidade	53
3	Democracia	27
4	Norma jurídica	23
5	Teoria geral do Estado	14
6	Direito internacional	6
7	Igualdade	5
8	Justiça	1
		<b>187</b>

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 52.

Embora Kelsen pareça se notabilizar mais como publicista e teórico do direito, o que se evidencia pelo maior volume de citações no STF de suas obras nos campos do direito público e da teoria do direito (considerando obras e temas mais citados), sua trajetória biográfica, de um modo geral, considerando sua vida e sua obra, revela seu sério compromisso com a democracia. Assim, não por acaso a democracia constitui um dos temas em que Kelsen é mais lembrado no STF, o que atesta sua relevância enquanto autor teórico-político.

Utilizando metodologia de revisão bibliográfica, fez-se consulta às traduções das obras de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro que tratam do tema de pesquisa, além de publicações acadêmicas especializadas. E utilizando metodologia de análise documental, fez-se a identificação das citações a Kelsen em decisões do STF envolvendo o período 1977 a 2021, por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do site do STF (portal.stf.jus.br), valendo ressaltar que a ferramenta não contempla todas as decisões do tribunal, de modo que o levantamento feito não espelha de forma absoluta todas as menções a Kelsen no STF no período abordado.

## **1 DEMOCRACIA EM KELSEN E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS**

Há dezenas de publicações de autoria de Kelsen sobre a democracia, tendo sido catalogado que, entre 1919 e 1963, Kelsen escreveu 34 vezes sobre democracia (Valadão, 2022, p. 296).

Dentre essas várias obras merecem especial destaque duas publicações: *Essência e valor da democracia* (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1ª ed. 1920, 2ª ed. 1929)<sup>6</sup> e *Fundamentos da democracia* (*Foundations of democracy*, de 1955-56).<sup>7</sup> Essas obras contam com tradução para português, compondo partes do livro *A democracia* (1ª ed. 1993).

A obra *A democracia* foi originalmente organizada na Itália e consiste na junção de ensaios e publicações de Kelsen sobre o tema da democracia. *La democrazia* conta com várias edições italianas, sendo que a versão brasileira teve por base a edição italiana, organizada por Giacomo Gavazzi. Tal obra conta com a introdução do organizador, que também foi mantida na edição brasileira.

Para melhor conhecimento da origem da edição italiana, recomenda-se a leitura de interessante reconstrução histórica e analítica realizada por Losano (2013), que remonta à origem da publicação de *La democrazia*, em 1930 (com outro título). Segundo Losano (2013), a obra surgiu como trabalho conjunto do italiano Arnaldo Volpicelli (1892-1968), marcando o começo da difusão do pensamento de Kelsen na Itália. A obra foi muito criticada à época de sua publicação, sobretudo devido ao contexto fascista que vivia a Itália.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o resgate da democracia na Itália, o interesse por Kelsen viu-se renovado. Em 1952, foi publicada a primeira edição alemã da *Teoria pura do direito* (*La dottrina pura del diritto*), sob a tradução de Renato Treves, pela editora Einaudi. Pouco tempo depois Bobbio comentou a obra kelseniana por meio de seus *Estudos sobre a teoria geral do direito* (*Studi sulla teoria generale del diritto*). O período pós-guerra foi cercado de uma série de traduções, sendo inauguradas duas correntes editoriais, uma politológica, elaborada por Nicola Matteucci e Giacomo Gavazzi, e outra filosófica-jurídica, elaborada por Norberto Bobbio e Renato Treves (Losano, 2013).

Ao longo dos anos, o título dessa obra de Kelsen sobre a democracia foi sendo alterado: O título *Democracia e cultura* (*Democrazia e cultura*), de 1955, deu lugar, em 1966, a *Os fundamentos da democracia e outros ensaios* (*I fondamenti della democrazia e altri saggi*), com o objetivo de formar uma obra única e integrar novos ensaios. Após mais de vinte anos da versão denominada *A democracia* (*La democrazia*), foi publicada nova edição confiada a Giacomo Gavazzi, com nova introdução e inclusão das razões da escolha dos ensaios kelsenianos. Em 1995, foi confiada uma nova edição a Mauro Barberis, edição esta que teve várias reedições (Losano, 2013).

---

<sup>6</sup> Sobre a existência de uma primeira edição de 1920 e outra de 1929: *Positivismo jurídico e nazismo* (Valadão, 2022, p. 296).

<sup>7</sup> Sobre a publicação datar de 1955-56, ver *A democracia* (Kelsen, 2019).

Com base nas obras *Essência e valor da democracia* e *Fundamentos da democracia*, parece ser bastante comum qualificar a concepção teórica kelseniana acerca da democracia como de caráter procedimental, metodológico, formal, técnico, ou seja, um processo para criação de normas em um contexto político estruturado para uma espécie de autogoverno.

Nesse sentido, há quem diga que Kelsen entende a democracia como um modelo estritamente formal, instrumento de gestão de interesses comuns e responsável por garantir a maximização das liberdades individuais. Com base nessa lógica, há o protagonismo da participação do povo, por meio da soberania popular, de maneira que o parlamento é o articulador das decisões políticas e deve governar com base na conciliação e negociação entre a maioria e a minoria populacional (Marques, 2005, p. 52).

Gavazzi também entende que Kelsen teria defendido uma posição procedimental de democracia, mas ressalta que ele entende a democracia como técnica capaz de produzir normas de ordenação, confiando ao parlamento eleito, com base no sufrágio universal e no método eleitoral proporcional, tal atribuição (Gavazzi, 2019, p. 13).

Essa definição de Gavazzi de fato parece adequada, pois sintetiza o pensamento kelseniano. Nesse sentido, cumpre ressaltar que não há, em *Essência e valor da democracia*, a apresentação de um conceito ou definição próprio sobre democracia, que articule todos os elementos percebidos por Gavazzi (técnica de produção de normas, soberania popular, representação, princípio da divisão do trabalho, parlamento, sufrágio universal, método eleitoral proporcional, princípio da maioria simples).

Mas há, em *Essência e Valor da Democracia*, uma passagem em que Kelsen sintetiza seu conceito – ideal – de democracia. Para ele, a democracia é forma de estado e de sociedade em que a ordem social é determinada pelo povo. Em suas palavras, “[d]emocracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (Kelsen, [1929]/2019).

Quanto ao fato de a democracia ser um governo do povo sobre o povo, em *Fundamentos da democracia* Kelsen explicita que a coparticipação no governo, por meio da criação e aplicação das normas, representa fator indispensável ao exercício da democracia (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 142). Do mesmo modo que Kelsen pergunta “quem é esse povo?” cabe também indagar: como esse ultra complexo fenômeno do autogoverno se manifesta na realidade?

Kelsen busca analisar essas questões realizando uma reflexão sobre o problema democrático, confrontando os planos ideal e real. Para ele, é necessário que haja a confrontação

dos dois elementos, de forma a considerar a realidade à luz das ideologias e o mundo ideal respaldado pela realidade fática (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 35).

Na leitura de Kelsen, o problema democrático (confrontação do plano ideal e do real sobre o que é a democracia e como é a democracia) envolve diretamente os elementos liberdade e igualdade. Nesse sentido, segundo João Bastante Marques, em Kelsen, a democracia é instrumento e, portanto, método de viabilização dos debates e articulações entre as mais divergentes ideologias e os distintos pontos de vista. Ela permite a bilateralidade de opiniões políticas que representam os interesses dispersos no seio social. A partir de tal modo de participação social, extrai-se a vontade política. A democracia, portanto, garante o convívio ordenado da sociedade e do Estado, compatibilizando a liberdade e igualdade de todos os envolvidos (Marques, 2005, p. 52).

Para Braga,

[...] a democracia é concebida por Kelsen sob um viés exclusivamente procedimental, apontando para um método específico de criação do direito que concebe os valores da liberdade e da igualdade não como fins, mas como engrenagens da máquina democrática (Braga, 2020, p.1).

De fato parece que, na visão de Kelsen, a liberdade e a igualdade se posicionam mais como constitutivos da noção de democracia que propriamente como fins em si mesmos. Contudo, talvez seja exagerado se falar em um viés exclusivamente ou puramente procedimental da noção kelseniana de democracia, na medida em que nela a igualdade e, sobretudo, a liberdade, ocupam posição extremamente relevante, ao ponto de se confundirem, em alguma medida, com os próprios fins da democracia. Aproveitando a metáfora da democracia como máquina, pode-se dizer que enquanto engrenagens, os valores liberdade e igualdade funcionam como rodas dentadas da máquina democrática, transmitindo rotação, torque e potência à democracia.

Uma razão adicional para essa interpretação é o papel que Kelsen atribui à igualdade na determinação da efetividade de uma democracia. Segundo Kelsen, a efetivação democrática se realiza em graus. Assim, quando se está diante de eleições livres, secretas e universais, de forma que se garanta o sufrágio universal, vislumbra-se maior grau de satisfação dos requisitos democráticos. Caso a satisfação seja somente parcial, menor será o grau de efetivação da democracia (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 142).

Assim, talvez seja um exagero ou até mesmo um equívoco referir-se a um viés exclusivamente ou puramente procedimental da democracia em Kelsen, pois segundo o próprio Kelsen,

[...] é preciso ter em mente que o antagonismo entre forma e substância, ou entre forma e conteúdo, é apenas relativo e que, de um determinado ponto de vista, a mesma coisa pode parecer como forma e, de outro, como substância ou conteúdo. Não há, em particular, nenhum princípio objetivo que estabeleça uma diferença entre o valor de uma e de outra. Em alguns aspectos a forma pode ter mais importância, e, em outros, o conteúdo ou a substituição (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 145).

Daí parecer haver correção na constatação feita por Valadão de que a liberdade, em Kelsen, encontra posição na noção de democracia enquanto método, sendo, ao mesmo tempo, ponto de partida e ponto de chegada (Valadão, 2022, p. 296).

Porém, isso não afasta a possibilidade de se classificar o modelo teórico kelseniano de democracia como procedimental e nem de se reconhecer o caráter meramente secundário de concretização ideal de liberdade face ao aspecto procedimental. O próprio Kelsen intitula a primeira seção de *Fundamentos da democracia* como “A democracia como ‘governo do povo’: um procedimento político” (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 140). Com efeito, para Kelsen, a democracia é governo do povo, de forma que

[o] elemento processual fica em primeiro plano e o elemento liberal – enquanto conteúdo específico da ordem social – tem importância secundária. Até mesmo a democracia liberal é, em primeiro lugar, um processo específico (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 140).

Não por acaso a “Liberdade” intitula o primeiro capítulo de *Essência e valor da democracia*. Kelsen defende uma limitação procedimental e institucional do exercício da liberdade pela maioria, para se garantir a proteção das minorias. Na visão de Kelsen, sem essa limitação a democracia poderia se converter em ditadura da maioria. Nesse aspecto, a proposta teórica de Kelsen é frequentemente mencionada pelo STF, conforme adiante será demonstrado.

Com efeito, dentro do conceito democrático de Kelsen, a proteção das minorias ganha especial destaque, sob duas perspectivas centrais. A primeira, relacionada ao princípio democrático da liberdade, refere-se à tentativa de minimização dos efeitos negativos de uma decisão tomada pela maioria, de forma a respeitar a proteção conferida pela norma à liberdade individual. A segunda está atrelada à dissociação do senso comum que vincula a liberdade à vontade da maioria. Para Kelsen, a noção de que os mais numerosos detêm a força capaz de subjugar a minoria afasta-se dos ideais democráticos, de forma que a proteção dos grupos

minoritários é elemento essencial dos direitos fundamentais vinculados ao jogo democrático. Assim, é característica da democracia um poder limitado (Kelsen, 1993).

De acordo com Kelsen, portanto, a democracia existe somente na medida em que é garantido às minorias mecanismos de salvaguarda de direitos fundamentais, em um exercício contramajoritário. Preservados os grupos minoritários, é possível dizer que a democracia estará preservada (Abboud, 2021).

Em sua exposição na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, com texto publicado em francês, em 1928, e em alemão, em 1929, Kelsen explicitamente atribui papel à jurisdição constitucional na proteção das minorias:

[...] a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. [...] Toda minoria - de classe, nacional ou religiosa - cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. [...] A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria (Kelsen, [1928]/2013, p. 181-182).

Nota-se que, nessa proteção das minorias, Kelsen inclui a imprescindibilidade de que no sistema democrático sejam incluídos direitos fundamentais, o que notadamente enseja a atuação da jurisdição. Nesse ponto encontra-se a relevante contribuição de Kelsen, no início do século XX, para a construção do argumento de que a jurisdição constitucional representa importante papel na proteção das minorias. Em *Essência e valor da democracia*, lê-se que “[essa] proteção das minorias é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares” (Kelsen, [1929]/2019, p. 67).

## 2 AS MENÇÕES, NO STF, SOBRE A DEMOCRACIA EM KELSEN

Em estudo recente sobre as citações a Kelsen no STF, foram identificadas vinte e sete citações envolvendo o tema democracia, sendo que a maior parte delas foram feitas pelos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, como mostra a tabela abaixo:

**Tabela 4 - Ministros que citaram Kelsen no STF sobre o tema democracia (1977-2021)**

Índice	Ministro	Número de citações
1	Gilmar Mendes	13
2	Alexandre de Moraes	8
3	Joaquim Barbosa	3
4	Marco Aurélio	1
5	Néri da Silveira	1
6	Cármen Lúcia	1
		<b>27</b>

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 108.

A citação mais antiga de Kelsen como teórico político, feita por Mendes, data de 2003, sendo que Mendes tomou posse em 2002. A citação mais antiga de Kelsen como teórico político, feita por Moraes, data de 2017, mesmo ano em que ele tomou posse como ministro. As citações mais recentes de Kelsen, sobre o mesmo tema, tanto de Mendes quanto de Moraes datam de 2021. No período estudado, dentre todos os ministros que citaram Kelsen no STF como teórico político, a citação mais antiga é do ministro Néri da Silveira, que data de 1993.

No que diz respeito ao tema democracia, foram identificadas duas obras de Kelsen com apenas uma citação cada e outras três obras com volume considerável de citações. Cumpre ressaltar que, no que diz respeito à temática da democracia, a *Teoria pura do direito* não é a obra mais citada, exatamente porque essa obra fundamental de Kelsen não aborda de forma privilegiada a questão dos regimes políticos. A tabela abaixo descreve as obras de Kelsen citadas por ministros do STF em relação à temática da democracia:

**Tabela 5 - Obras de Kelsen citadas no STF sobre o tema democracia (1977-2021)**

Índice	Título da obra	Número de citações
1	A garantia jurisdicional da constituição	12

2	Quem deve ser o guardião da constituição?	8
3	Essência e valor da democracia	7
4	Teoria geral do direito e do Estado	1
5	Teoria geral do direito	1
		29

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 109.

Cumprido ressaltar que a divergência entre o número de citações por ministro e o número de obras citadas se deve ao fato de que em dois votos com citações a Kelsen houve duas obras citadas em conjunto.

Identificadas as principais citações a Kelsen como teórico da democracia no período estudado, cabe agora uma breve análise do conteúdo dessas citações, por ministro, o que será feito seguindo a ordem da tabela 4.

No julgamento da AC 34 MC<sup>8</sup>, em voto proferido em 2003, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *Essência e valor da democracia*, fazendo referência ao tema do princípio majoritário.

No julgamento do MS 24.831<sup>9</sup> e MS 24.849<sup>10</sup>, em voto proferido em 2005, o ministro Gilmar Mendes cita novamente a obra *Essência e valor da democracia*, bem como a obra *A garantia jurisdicional da constituição*. Ambas as citações abordam o papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias. A referência à proteção das minorias reaparece em várias outras citações de Mendes, a saber: no julgamento do MS 26.441<sup>11</sup> (2007), no julgamento do RE 633.703<sup>12</sup> (2011), no julgamento do RE 633.703<sup>13</sup> (2011) e no julgamento da ADI 4650<sup>14</sup> (2015).

<sup>8</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361344>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86199>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 31 maio 2022.

No julgamento da ADPF 548 MC<sup>15</sup> e da ADPF 548 MC-REF<sup>16</sup>, em votos proferidos em 2018, bem como no julgamento da ADI 3.481<sup>17</sup>, em voto proferido em 2019, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *Essência e valor da democracia*, abordando a questão da educação para a democracia.

Por fim, no julgamento do MS 35.410<sup>18</sup>, do MS 35.812<sup>19</sup> e do MS 35.824<sup>20</sup> e da ADPF 787,<sup>21</sup> em votos proferidos em 2021, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *A garantia jurisdicional da constituição*, fazendo referência uma vez mais ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

Como Moraes tomou posse como ministro bem mais tarde que Mendes, suas menções a Kelsen como teórico político naturalmente aparecem bem depois. No julgamento do MS 35.490<sup>22</sup> (2017), no julgamento do MS 35.494<sup>23</sup> (2018), no julgamento do MS 35.498<sup>24</sup> (2018), no julgamento do MS 35.500<sup>25</sup> (2018), no julgamento do MS 35.836<sup>26</sup> (2018), bem como no julgamento do MS 35.410<sup>27</sup>, do MS 35.812<sup>28</sup> e do MS 35.824<sup>29</sup>, todos de 2021, Moraes cita a obra *Quem deve ser o guardião da constituição?*, fazendo referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019429>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>16</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019429>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755503044>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755796989>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756169901>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346881816&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339196&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>23</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339197&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>24</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339198&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>25</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346324484&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346363761&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>27</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>28</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755796989>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>29</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756169901>. Acesso em: 31 maio 2022.

No julgamento do MS 24.831<sup>30</sup>, do MS 26.441<sup>31</sup> e do MS 24.849<sup>32</sup>, em votos proferidos em 2005, o ministro Joaquim Barbosa cita a obra *A garantia jurisdicional da constituição*, fazendo referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

No julgamento do HC 82.424<sup>33</sup>, em voto proferido no ano de 2003, o ministro Marco Aurélio cita a obra *Teoria geral do direito e do estado*, fazendo referência à proteção das minorias.

No julgamento da ADI 839 MC<sup>34</sup>, em voto proferido em 1993, o ministro Néri da Silveira cita a *Teoria geral do Estado*, fazendo referência ao tema da participação popular.

No julgamento da ADI 5.311 MC, em voto proferido no ano de 2015, a ministra Cármen Lúcia cita a obra *Essência e valor da democracia*, fazendo referência ao tema participação popular.

Em síntese, os temas aos quais os ministros do STF se referem, no período estudado, podem ser agrupados da seguinte forma:

- na AC 34 MC, faz-se referência ao princípio da maioria;
- na ADPF 548 MC, na ADPF 54 MC-REF e na ADI 3.481 faz-se referência à educação para a democracia;
- na ADI 5.311 e na ADI 839 faz-se referência à participação popular;
- no MS 24.831, no MS 26.441, no MS 24.849, no MS 26.441, no RE 633.703, na ADI 4.650, no MS 35.410, no MS 35.812, no MS 35.824, na ADPF 787 MC, no RE 633.703, no MS 35.410, no MS 35.812, no MS 35.824, no MS 35.490, no MS 35.494, no MS 35.498, no MS 35.500, no MS 35.836 e MS 24.849 faz-se referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias,

Nota-se, portanto, que a maioria das citações a Kelsen enquanto teórico da democracia, realizadas por ministros do STF, têm como finalidade, em sua maioria, buscar legitimar e validar o próprio poder do tribunal, enfatizando seu papel contramajoritário na organização do estado democrático, notadamente enquanto garantidor da proteção das minorias. Entre as obras

---

<sup>30</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>31</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>32</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86199>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>33</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>34</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392110>. Acesso em: 31 maio 2022.

mais citadas, as que mais aparecem são *A garantia jurisdicional da constituição*, com um total de 12 citações e *Quem deve ser o guardião da constituição?*, com um total de 8 citações.

Merece destaque o fato de que o maior volume de citações foi realizado pelos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, sendo que os dois possuem em comum o fato de serem autores de obras na área do direito constitucional, o que, naturalmente, confere especial respaldo às suas citações nesta temática, que diz respeito à função jurisdicional a ser desempenhada pelo STF.

A propósito, convém lembrar que o ministro Gilmar Mendes (2018), em seu livro sobre direito constitucional, de forma coerente com as citações que vem fazendo a Kelsen no STF, leciona a matriz kelseniana da ideia de proteção das minorias pela via da jurisdição constitucional, realçando o pioneirismo de Kelsen na defesa da ideia de garantir a atribuição ativa aos partidos político com representação no Congresso Nacional na propositura da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a assegurar aos partidos com menor representatividade a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade das leis. A atribuição conferida pela constituição aos partidos políticos é resultado, de acordo com Gilmar Mendes, da ideia defendida por Kelsen da utilização da jurisdição constitucional como forma de defesa das minorias, principalmente no que se refere ao controle abstrato da constitucionalidade de normas (Mendes, 2018).

O ministro Alexandre de Moraes, em seu livro *Curso de direito constitucional*, também se refere à ideia da proteção das minorias pela via da jurisdição constitucional, propugnada por Kelsen, e realça o pioneirismo de Kelsen nessa defesa. Contudo, ele faz menção a obra diversa da citada por Mendes (2018). Há, ainda, no livro de Moraes, exatamente o mesmo trecho que ele cita no seu voto no julgamento do MS 35.490, do MS 35.494, do MS 35.498, do MS 35.500 e do MS 35.836 (Moraes, 2018). Comparativamente, Mendes (2018) cita a obra de Kelsen intitulada *Essência e valor da democracia*, de 1929, enquanto Moraes (2018) se concentra em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, de 1930.

## CONCLUSÃO

A constatação da existência de todas essas menções a Kelsen, no STF, como teórico da democracia, sobretudo na medida em que citado de forma positiva, isto é, de modo a demonstrar alinhamento com concepções-chaves da noção do conceito de democracia difundido por Kelsen, em especial quanto ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias, de certo modo entra em conflito com a crítica de que o pensamento de Kelsen enquanto teórico

político seja muito pouco conhecido. Frise-se, aliás, que mais do que teórico, Kelsen é defensor da democracia.

Em estudo realizado na Alemanha, Valadão constatou que, não obstante a importância do pensamento kelseniano sobre a moderna democracia, a teoria da democracia de Kelsen “[...] nunca obteve o devido reconhecimento” sendo essa parte importante de seu legado intelectual “[...] lamentavelmente – ou convencionalmente (?) - ignorada pela maioria absoluta de seus críticos” (Valadão, 2022, p. 296). Com efeito, a constatação da existência de um número significativo de menções a Kelsen, no STF, como teórico da democracia, inclusive com certa demonstração de adesão, mostra que a teoria política de Kelsen é, também no Brasil, mais importante do que geralmente se reconhece.

De modo geral, constata-se certa adesão ao pensamento político kelseniano no STF, merecendo destaque o fato de que as menções a Kelsen foram realizadas principalmente por dois ministros que são constitucionalistas, sendo a mesma menção a Kelsen observada em seus livros (livros esses que possivelmente figuram entre os mais vendidos do país).

Por outro lado, vale também realçar que embora o número total de menções a Kelsen, no STF, quanto ao tema democracia, tenha sido significativo, houve concentração do maior volume de citações em apenas dois ministros, ante um universo de vários ministros que compuseram o STF entre 1977 e 2021 (período abrangido pela pesquisa base deste trabalho). Além disso, merece realce o fato de que o ministro Alexandre de Moraes, autor de grande parte das menções, no STF, a Kelsen como teórico político, tomou posse apenas recentemente, em 2017, sinalizando, assim, um reconhecimento tardio do STF acerca da importância e adequação do legado kelseniano no que se refere ao seu papel teórico-político como defensor da democracia.

Enfim, confirma-se uma significativa recepção de Kelsen no Brasil como autor teórico-político. Contudo, é preciso fazer a seguinte ressalva: Kelsen é recorrentemente citado no STF apenas quanto a elementos específicos de suas construções teóricas, de modo que não é possível afirmar uma adesão sistêmica do STF ao seu pensamento sobre a democracia. Assim sendo, verifica-se certa instrumentalização de reforço argumentativo quanto aos elementos específicos de sua construção teórica, o que revela um traço importante para compreensão do funcionamento do aparato judiciário brasileiro. Contudo, tal constatação não afasta a conclusão de que o conjunto de citações a Kelsen, no STF, aqui relacionadas, evidencia certa relevância da teoria kelseniana na construção do argumento do papel da jurisdição constitucional como instrumento garantidor da proteção das minorias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Relativismo moral em Kelsen. **Revista digital GV**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 1-22, maio/ago. 2020.

DE BRITO, Ícaro Fellipe Alves Ferreira. **A recepção de Hans Kelsen no STF: análise do período 1977 a 2021** (Dissertação de mestrado). Belo Horizonte: PUC Minas, 2022.

GAVAZZI, Giacomo. Introdução: Kelsen e a doutrina pura do direito. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo *et al.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 1-22.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo *et al.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, [1929]/2019. p. 23-102.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo *et al.* São Paulo: WMF Martins Fontes, [1955-56]/2019.

LOSANO, Mario G. Kelsen teórico da democracia e o corporativismo dos anos 1930. *In*: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Tradução de Francesca Antonia Pavolini e Júlio Aguiar de Oliveira. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 281-320.

MARQUES, João Batista. O princípio da maioria na doutrina de Hans Kelsen. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, p. 51-58, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/217>. Acesso em: 1 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.720-2.315. Livro digital.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Livro digital.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Edição e recepção de Kelsen no Brasil. **Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, v. 8, p. 199-232, 2014. Disponível em: [escritos.rb.gov.br/numero08/cap\\_11.pdf](https://escritos.rb.gov.br/numero08/cap_11.pdf). Acesso em: 1 out. 2021.  
Submissão: 13/02/2023. Aprovação: 11/11/2024.

## **ESGOTAMENTO DO SISTEMA JURISDICIONAL E A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS: BOAS INTENÇÕES QUE NÃO SE SUSTENTAM NAS AVALIAÇÕES**

*EXHAUSTION OF THE JURISDICTIONAL SYSTEM AND THE NATIONAL JUDICIAL POLICY FOR THE PROPER HANDLING OF CONFLICTS: GOOD INTENTIONS THAT ARE NOT SUPPORTED BY ESTIMATES*

Victor Saldanha Priebe<sup>1</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Fabiana Marion Spengler<sup>2</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

### **Resumo:**

A presente pesquisa pretende investigar o sistema de avaliação utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em vista de avaliar de modo adequado a Política Judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. Em sendo assim, o objetivo principal que se pretende alcançar é o de analisar os reais impactos dos dados obtidos pelo atual sistema de avaliações utilizados para avaliar os mecanismos que compõem a Resolução nº 125/2010 do CNJ. Nisto, a problemática que será enfrentada durante o desenvolvimento do texto origina-se no fato de que, apesar de existir um conjunto de ações que se colocam a avaliar todo o arcabouço de ações que fazem parte do serviço público em questão, não se vislumbra que os resultados apresentados gerem algum tipo de alteração que vise a melhora das circunstâncias constatadas. Para examinar a proposta, optou-se por utilizar o método de pesquisa bibliográfico. Ao fim, concluiu-se que a falta de uma avaliação pela qual seja possível produzir alterações que levem em consideração os não atingimentos de metas/objetivos engessa o desenvolvimento de novos planejamentos que poderiam, por meio de uma leitura mais apurada das ações que dão resultado, e, principalmente, das que não dão resultado, conceber novos rumos capazes de gerar os efeitos pretendidos.

### **Palavras-chave:**

Política judiciária. Esgotamento. Avaliação. Resolução nº 125/2010. CNJ.

### **Abstract:**

The present research intends to investigate the evaluation system used by the National Council of Justice (CNJ) in order to adequately evaluate the national Judiciary Policy for the adequate treatment of conflicts. Therefore, the main objective to be achieved is to analyze the real impacts of the data obtained by the current system of evaluations used to evaluate the mechanisms that make up Resolution nº 125/2010 of the CNJ. In this regard, the problem that will be faced during the development of the text originates in the fact that, despite the existence of a set of actions that aim to evaluate the entire framework of actions that are part of the public service in question, it is not seen that the results presented generate some type of alteration that aims to improve the circumstances observed. To examine the proposal, it was decided to use the bibliographic research method. In the end, it was concluded that the lack of an evaluation through which it is possible to produce changes that take into account the non-achievement of goals/objectives hinders the development of new plans that could, through a more accurate reading of the actions that give results, and especially those that do not work, to design new directions capable of generating the intended effects.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Bolsista CAPES Modalidade II. Mediador e Assessor Jurídico da 24ª Coordenadoria Regional de Educação do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: victor.priebe@hotmail.com

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito). E-mail: fabiana@unisc.br.

**Keywords:**

Judicial policy. Exhaustion. Assessment. Resolution No. 125/2010. CNJ.

## 1. INTRODUÇÃO

De início nesta pesquisa que assunto central o atual cenário de esgotamento da máquina judiciária brasileira, entende-se não ser possível adentrar em tal temática sem que se passe pela temática da crise da Jurisdição, mesmo que tal assunto já tenha sido objeto de diversas teses, dissertações, pesquisas, ações e políticas públicas e judiciárias que tinham por fito trazer contribuições ao cenário.

Neste passo, é pertinente desde logo que se deixe claro que a presente pesquisa não seguirá pela filiação à linha que vislumbra a falta de capacidade da máquina judiciária em dar respostas eficazes aos conflitos<sup>3</sup> a ela submetidos –crise do judiciário–, mas sim, seguirá pelo caminho dos pesquisadores que compreendem este fato como uma consequência derivada de um estado de crise que a sociedade moderna vem enfrentando.

Em sendo assim, o tema de enfrentamento circunda o atual formato do sistema de avaliações proposto pelo CNJ, buscando analisar os reais efeitos positivos quando se fala de esgotamento da máquina judiciária nacional. Com isto, o objetivo principal que se pretende alcançar é o de analisar se há impactos, comprovados em dados, no congestionado sistema judicial frente aos dados obtidos pelo atual método de avaliações dos mecanismos que compõem a Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Deste modo, será objeto de investigação os motivos pelos quais os relatórios estatísticos publicados anualmente constatarem uma estagnação nos níveis de esgotamento jurisdicional sem que nenhuma correção de rumos significativa seja apresentada nas políticas judiciárias as quais são dedicadas, também, a melhorar os índices quantitativos do Poder Judiciário brasileiro.

Nesta toada, o problema que se apresenta origina-se no fato de que, apesar de existir um conjunto de ações que se colocam a avaliar todo o arcabouço de ações que fazem parte do sistema autocompositivo judicial, não se vislumbra que os resultados apresentados gerem algum tipo de alteração que vise a melhora das circunstâncias constatadas.

No que tange ao desenvolvimento do presente estudo, no primeiro item do texto proceder-se-á com uma breve análise do panorama estabelecido atualmente no cenário de esgotamento da máquina judiciária brasileira, observando, com isto, como está realmente esta

---

<sup>3</sup> Sobre o tema sugere-se a leitura de Spengler e Magliacane (2020) no artigo “Il terzo e l’altro. Verso una visione simmeliana del conflitto”.

perspectiva. Adiante, no segundo ponto do texto, será analisada a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos em vista de identificar as formas pelas quais se pretende alterar o cenário posto. Finalizando o desenvolvimento da pesquisa, no terceiro ponto a abordagem segue em busca de demonstrar a estagnação das realidades obtidas pela atual modelagem de avaliações proposta, tal como observar se há uma falha na fase do ciclo de políticas.

Ainda, com a finalidade de se atingir os objetivos, no desenvolvimento da presente pesquisa foi utilizado o método de investigação bibliográfico, essencial para a verificação das teses doutrinárias e jurisprudenciais que embasaram o estudo e chegar a uma conclusão.

## **2. BREVE PANORAMA DO CENÁRIO DE ESGOTAMENTO DA MÁQUINA JUDICIÁRIA BRASILEIRA: como está frente às crises?**

De início neste ponto, ressalta-se que um dos motivos pela utilização da terminologia acima descrita para este caso, e não a comumente utilizada, reside no fato de que não se pode pensar no termo crise de forma segmentada, como o caso da crise do judiciário, sem que tal significado remeta a uma conjuntura temporária, o que, definitivamente, não é o caso frente ao longo histórico de morosidade que os processos apresentam no Brasil.

De uma forma mais objetiva, do sentido de crise denota-se uma característica especial, qual seja,

a sua duração. O tempo das “conjunturas” desfavoráveis, que podiam ser resolvidas num curto período, já passou. Agora, as crises – tão vagas e generalizadas por envolverem uma parte tão grande do planeta – levam éons para reverter a direção. Elas progridem muito lentamente, em contraste com a velocidade na qual todas as demais atividades humanas na realidade contemporânea de fato se movem. Todo e qualquer prognóstico de solução é continuamente atualizado e, em seguida, adiado para outra data. Parece que nunca vai acabar. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 15)

Tais fenômenos que podem ser explicados pelos níveis de complexidade que as sociedades experimentam naquele momento somado ao fato de que, vivências possuem íntima relação com a memória, e, a construção desta última se dá de maneira social e não individual. (OST, 1999, p. 59) Ou seja, se existir um lastro sólido que sustenta sensação coletiva (memórias) que estamos em crise de eficácia jurisdicional há um bom tempo, cada vez mais será difícil reverter o cenário pois não se pode barrar o enfrentamento das novas situações que surjam.

Também, por se estar observando tais relações e correlações no Poder que lida com a aplicação e interpretação do Direito na sociedade em que está inserido, não se pode deixar de

lado adição de outras subjetividades complexificadoras trazidas pelo fato de que o tempo em que o direito, o processo e a sociedade se movem não é o mesmo nos três casos<sup>4</sup>.

Desta maneira, importa perceber que o desenvolvimento do direito, no sentido de alterações, necessita que existam fatos sociais relevantes que atinjam a sociedade/comunidade, e, conseqüentemente, seus representantes sintam a necessidade da existência de dispositivos legais que tragam, de alguma forma, respostas aos acontecimentos, seja no sentido de regulamentá-los ou de reprimi-los. Entretanto, tais movimentos necessitam de tempo para que as expressões colhidas das insatisfações e/ou necessidades sejam identificadas como impactantes na coletividade do grupo, bem como se a resposta que será produzida surtirá os efeitos necessários.

Sob este mesmo prisma é pouco prudente deixar de considerar as alterações no direito também acontecem por meio de alterações nas interpretações das decisões judiciais. Aqui, seguindo a mesma linha, o tempo é um fator determinante uma vez que ao tribunal superior que possui a atribuição de interpretar os ditames constitucionais de um país, é necessário que seja observado se há maturidade social para que seja recebida a nova interpretação, necessitando com isto de um amadurecimento, tanto do julgador quanto da causa, e, quiçá, da sociedade receptora.

Em muitos dos casos o desenvolvimento destas atividades tem como instrumento o processo, meio pelo qual é possível atribuir critérios objetivos ao desenrolar de tais intenções. Com isto, se quer dizer que as cadências processuais próprias de cada método –civil, penal ou legislativo– atuam como válvulas que se prestam, dentre outras coisas, a controlar os avanços e atrasos desproporcionais às insuficiências de elementos mínimos quando do momento de julgar, ou, até mesmo, se confrontado o julgador com urgências que exijam decisões de imediato.

Por outro lado, as expressões do tempo na sociedade não se assemelham em nada aos outros dois elementos antecedentes, pois, neste caso, se está sob o jugo do instantâneo, trazido pelo fácil acesso à informação, do imediato, desenvolvido pelo forte consumismo imposto pela estrutura da sociedade industrial, e, do momentâneo, surgido do extenso cardápio de alienações que a sociedade moderna oferece.

A consequência disto é sentida quando se percebe que cidadãos, comunidades e sociedades não se satisfazem mais com respostas céleres, exigem, portanto, soluções antes da

---

<sup>4</sup> Sobre este assunto ver: PRIEBE, Victor Saldanha. *Tempo do Direito: a razoável duração do processo sob a ótica do CNJ*. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2018.

consolidação da situação, e, ao mesmo tempo, mudam de posições a cada momento quando não satisfeitas de pronto.

Sob esta leitura, não se pode eleger um único culpado para o fato de se possuir um nível tão elevado de esgotamento da máquina judiciária nacional. Se for observado atentamente chegar-se-á a notícias de sobrecarga processual, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que datam dos anos 1930, sendo que deste período até os idos dos anos 1960 algumas reformas foram implementadas, mas, foi neste último período, que se cunhou o termo crise do Supremo descrita por Alfredo Buzaid como um

desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos por ele proferidos, sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento (STJ, 2023).

Contudo, mesmo consciente de que a situação atual advém de um complexo contexto social, político e institucional, não se pode deixar de observar a contribuição que a amplitude de direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira de 1988 aportou ao cenário de esgotamento já instalado. Nestes casos, a responsabilidade não é da positivação do direito em si, o qual somente cumpre a função de regulamentar a vontade da densa maioria dos brasileiros que escolheram seus representantes constituintes.

O que se vislumbra como acréscimo ao fato social “congestionamento” estaria na falta de prestação jurisdicional a contento, dos direitos, pelo Estado consolidando-se com isto o fenômeno da judicialização, pela qual busca-se obter as prestações prometidas no texto constitucional. Sob este prisma, dispõe Luís Roberto Barroso que se a Constituição propicia “o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas” (BARROSO, 2012, p. 24).

Visto por este modo, não se pretende chegar a inclinação argumentativa de que tal situação - demora excessiva nas respostas aos conflitos submetidos à jurisdição -, é um caso exclusivamente brasileiro. Longe disto, necessita-se refutar esta tendência a uma síndrome de inferioridade que remete a supor tal situação como uma mazela “peculiar à Justiça brasileira, ou que o Brasil, no particular, ocupa posição ainda pior do que a que lhe toca em matéria de distribuição de renda. O problema, na verdade, é universal e multissecular” (MOREIRA, 2004, p. 117).

Este último fato – má gestão das ações que melhorariam a distribuição de renda interna –, é correlato ao fenômeno que expropriou o poder genuíno do Estado de prestar os serviços

sociais mais básicos àqueles que deles necessitam, e, por vezes, a toda a coletividade. Tal parcela de poder foi cooptada pelas forças supra estatais –mercado– que possui uma leveza de locomoção que se assemelha as exigidas pela sociedade em se falando de tempo necessários para que seja disponibilizado e acessada tal benesse.

Aqui há, também, uma força que se retroalimenta, pois, ao mesmo tempo que tais forças incitam a sociedade a viver, pensar e exigir direitos em determinado tempo, é ela própria quem dita o ritmo de aceitabilidade desse tempo. Assim sendo, outro contorno deste fato reside na “ausência de agências capazes de fazer o que toda a “crise”, por definição, exige: escolher de que modo proceder e aplicar a terapia reclamada por essa escolha” (BAUMAN, 2016, p. 21).

No caso da atuação do Conselho Nacional de Justiça como agência possuidora de ferramentas que podem, de algum modo, proceder com um enfrentamento à altura dos impactos negativos gerados pelo congestionamento processual, há que se fazer a consideração de que o órgão somente teve sua instituição no ano de 2004 com o advento da Emenda Constitucional nº 45, a qual procedeu com uma grande reforma na máquina judiciária brasileira.

Contudo, quando desta atribuição de competências administrativas, o cenário de esgotamento já era algo extremamente consolidado em todos os níveis e tribunais nacionais, o que, por sua vez, inviabiliza uma responsabilização isolada deste órgão ao cenário macro. Partindo desta linha, são inegáveis os avanços implementados de 2004 até agora, mas, também, é de se observar que as avaliações publicadas neste período mostram um cenário nem tanto promissor. (CNJ, 2022)

Neste caso, o próprio fato de ter sido implementado um calendário de coleta, condensação e publicação dos dados relativos a todos os tribunais nacionais, os quais levam em conta elementos das mais variadas espécies dentro do grande assunto da administração do Poder Judiciário, já é algo muito positivo para quem pretende expor as realidades e buscar construir caminhos que minimamente contornem a realidade apresentada.

Assim, em vista de estabelecer um critério objetivo na demonstração da realidade do panorama de esgotamento/congestionamento jurisdicional, o CNJ passou a publicar periodicamente o relatório Justiça em Números, sendo que, desde o ano de 2004, com dados referentes ao ano anterior, foi demonstrada a taxa de congestionamento enfrentada pelos Tribunais.

Entretanto, buscando uma contemporaneidade maior aos dados, combinado com a publicação do Código de Processo Civil de 2015 o qual procedeu com algumas interessantes alterações que impactam de forma reflexa este cenário, serão observados aqui somente os dados publicizados a partir da entrada em vigor deste último dispositivo legal.

Logo, foi aferido na publicação institucional do ano de 2017, que teve por data-base o ano de 2016, que a taxa de congestionamento média para o Poder Judiciário ficou em 73% (CNJ, 2017, p. 82). Já no ano de 2018, referência de 2017, foi identificado um percentual na casa dos 72,1% (CNJ, 2018, p. 91). Seguindo, no relatório do ano de 2019, que observou dados de 2018, a taxa ficou em 71,2% (CNJ, 2019, p. 96) O resultado para a publicação de 2020, base 2019, foi identificado um congestionamento na casa dos 68,5% (CNJ, 2020, p. 113). Em sequência, a edição de 2021, analisando 2020, mostrou que o índice sob análise ficou em 73% (CNJ, 2021, p. 128). Ao fim, no último diagnóstico publicado, ano 2022 e dados de 2021, a porcentagem em observância foi constatada na casa dos 74,2 pontos (CNJ, 2022, p. 127).

Deste modo, a síntese que se extrai para o índice em questão aponta para uma curva decrescente regular, variando intensidades, do ano de 2016 até 2020 (anos de base). Neste caso, merece destaque que neste último ano houve um o acontecimento sanitário mundial, pandemia de SARS-CoV-19, a qual fez com que as atividades jurisdicionais fossem suspensas por alguns meses até que se conseguisse implementar meios que proporcionassem segurança sanitária e tecnológica para a retomada das atividades jurisdicionais a pleno, o que veio a ser consolidado em meados do ano de 2021.

Sob este cenário, é possível compreender que há pontuais evoluções frente enrustado sentimento de crise de eficácia, pois, uma argumentação positiva para tanto reside no fato de que, por meio de um gerenciamento de crise –pandemia– dentro de uma consolidada crise –congestionamento–, identifica-se que para o ano de 2021 a explosão do índice já não se sustentou, havendo, portanto, um acréscimo já não tão significativo como antes.

Logo, resta saber quais são os pontos a serem enfrentados a partir dos resultados apresentados pela política de avaliação já consolidada. Pretende-se com isto, compreender quais serão as conclusões que o CNJ reverterá em ações práticas a partir dos resultados que ele mesmo periodicamente apresenta.

### **3. POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS: como se pretende alterar o cenário?**

De início neste ponto que busca analisar a maneira pela qual se pretende alterar o cenário de congestionamento por meio da instituição da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos em suas várias frentes de enfrentamento, é interessante observar as atuais portas de acesso disponíveis para esta ferramenta, como estão instituídas e se há indícios

que sustentem as expectativas de que os resultados obtidos nestas ações tragam respostas que impactem na taxa de congestionamento.

Nesta linha, o conjunto de serviços disponibilizados pela política judiciária em questão é composto pelos mecanismos de autocomposição<sup>5</sup> compreendidos pela mediação<sup>6</sup> e conciliação<sup>7</sup>. Entretanto, nestes existem subvertentes que se diferem no momento da aplicação destes métodos, pois, tanto poderão ser prestados na forma pré-processual, processual, quanto extrajudicial ou até mesmo por meio de câmaras privadas.

Sobre estes mecanismos, vale destacar que a maior diferença reside na forma de acessar os mecanismos, sendo que, na modelagem pré-processual, mesmo que não seja necessário que a lide esteja estabelecida, há que se cumprir alguns procedimentos tal como protocolizar a intenção de autocomposição em algum Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's). Entretanto esta não é a realidade da autocomposição judicial, a qual necessita de um processo em curso para que se desenvolva nos termos previamente estabelecidos pelo próprio rito processual (SPENGLER, SPENGLER NETO, 2018).

Em ambos estes casos uma consequência procedimental também merece destaque, pois, nestes, o acordo produzido seja pela conciliação ou pela mediação será levado ao juízo vinculado para que seja homologado e produza os efeitos jurídicos decorrentes disso.

De outra forma, as autocomposições que são levadas a tratamento nas câmaras privadas podem ser compreendidas como um híbrido entre as anteriormente mencionadas, pois, aqui, existe a necessidade de que o conflito seja levado a uma câmara que esteja devidamente conveniada com o Tribunal de Justiça competente. Contudo, os procedimentos adotados não necessariamente deverão estar adstritos com aqueles praticados no âmbito do Judiciário restando livres desde que não transbordem os limites e princípios definidos pela Lei de Mediação.

Sob estes prismas das vertentes autocompositivas observa-se a existência de correlações conceituais dos elementos analisados no ponto anterior, quais sejam, direito, processo e

---

<sup>5</sup> Para conceituar este termo utiliza-se a seguinte interpretação: “A autocomposição, ato de volitivo das partes no sentido de resolver o conflito [...]. Baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, mediante os quais as partes compõem o litígio, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras e exequíveis.” (SPENGLER, 2019a, p. 75)

<sup>6</sup> Para conceituar este termo utiliza-se a seguinte interpretação: “É uma “gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro”, com uma “técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão.” (SPENGLER, 2019b, p. 53)

<sup>7</sup> Para conceituar este termo utiliza-se a seguinte interpretação: “A conciliação, instituto cujo objetivo é chegar voluntariamente a um acordo neutro, conta com a participação de um terceiro – conciliador –, que intervém, podendo inclusive sugerir propostas para dirigir a discussão.” (SPENGLER, 2019a, p. 105)

sociedade, em vista de que, suas temporalidades, cadências e anseios encontram-se representados pelos procedimentos e ritos definidos para estas ferramentas.

Acontece que, para todas estas possibilidades

cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesse que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação. (WATANABE, 2019, p. 88)

Em vista de concretizar a instauração de tais mecanismos iniciou-se com a agenda político-institucional do CNJ pautando o debate sobre as necessidades de uma política judiciária de tratamento adequado dos conflitos que conseguisse, ao mesmo tempo, atualizar a interpretação do conceito de acesso à justiça e também, de alguma forma, propusesse meios que auxiliares na substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2018).

Sob esta linha foi editada no mês de Novembro do ano de 2010 a Resolução nº 125 pelo Conselho Nacional de Justiça. Com a intenção de considerar as justificações que ensejaram a constituição de tal política judiciária foi mencionado que cabe ao Judiciário construir políticas públicas permanentes que tenham por mote central o aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. (CNJ, 2010)

No entanto, também foi levado em consideração que a mediação e conciliação processuais e pré-processuais, apesar de serem efetivos instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, também tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças no contexto geral da congestionada máquina judiciária. (CNJ, 2010)

Frente as definições trazidas pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, a qual tratou de duas sub-vertentes autocompositivas, não é incoerente vislumbrar a possibilidade de que inicialmente o órgão gestor do Judiciário buscava que os procedimentos desenvolvidos antes da instituição de um processo judicial aportassem sentidos que contribuíssem para a consolidação de uma cultura de pacificação por meio de uma maior coesão social. Enquanto que, suas apostas para aqueles procedimentos em desenvolvimento durante o curso dos processos, que estes impactassem o contexto social no momento em que auxiliassem a redução dos índices de congestionamento por meio de soluções, aos litígios, construídas pelos próprios litigantes.

De outro modo, o exercício das atividades mediatórias e conciliatórias praticadas de forma extrajudicial<sup>8</sup> tiveram como normativa regulamentadora o Provimento nº 67 editado no mês de Março do ano de 2018, o qual autorizou “os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil” (CNJ, 2018).

Neste caso, foi levado em consideração a necessidade de que fosse atribuído uma “organização e uniformização de normas e procedimentos afetos aos serviços de conciliação, mediação e a outros métodos consensuais de solução de conflitos, a serem prestados, de forma facultativa, pelos serviços notariais e de registro” (CNJ, 2018). Também, tal como nos casos anteriores, foi considerado que há possibilidades de que estas atividades produzam índices positivos de efetividade, tornando, com isto, os presentes mecanismos interessantes instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. (CNJ, 2018)

Vistas as intenções levadas em consideração para a instituição por parte do CNJ destas *soft law's*<sup>9</sup>, observa-se uma harmonia nos motivos que justificaram suas edições, uma vez que ficou nítido que nas duas normativas houve menção direta sobre a utilidade de ambas as ferramentas –mediação e conciliação– nos propósitos de aportar sentido na pacificação social e melhorar a efetividade da máquina judiciária com a queda do número de processos que tramitam nos tribunais brasileiros.

Entretanto, a instituição destes mecanismos de maneira ampla também passa pela edição da Lei 13.140 do ano de 2015 (Lei da Mediação), responsável por definir os marcos legais para as atividades que envolvam estas ferramentas. Como não poderia ser diferente, neste caso, por se tratar de um dispositivo legal, não se observa em sua redação uma inclinação direcionada a fomentar setores específicos dos serviços jurisdicionais tal como ocorreu na edição da resolução que implementou a política judiciária de tratamento dos conflitos e ações correlatas a ela.

Frente a esta observação, entende-se que nos dois casos (política judiciária e Lei) estão de certa maneira cumprindo suas funções, pois, no caso da norma, há uma exigência por um grau elevado de abstratividade na construção do seu texto, característica intrínseca das Leis, enquanto que na política judiciária pretende-se atacar um situações que estejam gerando situações não satisfatórias na condução/prestação de algum serviço público ligado a direito fundamental.

---

<sup>8</sup> Nomina-se como extrajudicial aquelas atividades de conciliação e mediação praticadas no âmbito dos cartórios notariais e regidos pelo Provimento nº 67/2018 do CNJ.

<sup>9</sup> O significado do termo *soft law* utilizado é explicado por Fredie Didier JR e Leandro Fernandez como sendo o documento pelo qual pode servir de “instrumento de divulgação das boas práticas com pretensão de institucionalização [...] quando de consolidação e sistematização das boas práticas desenvolvidas para atendimento das peculiaridades de um caso concreto” (DIDIER JR; FERNANDEZ, 2021, p. 92).

Visto deste modo, em que pese exista uma legislação que fixe de forma clara parâmetros como os princípios que orientarão os procedimentos, determine como e quem poderá ser mediador e os seus limites nos contextos judiciais e extrajudiciais, bem como pontue as linhas gerais de como os procedimentos deverão se desenvolver, ainda assim se põe latente o serviço pelo qual a política judiciária em questão se presta. (BRASIL, 2015)

O ponto fundamental nesta situação reside em descobrir qual seria o equilíbrio, na política pública, quando analisadas as considerações que ensejaram sua implementação, pois, entende-se que

os meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser estudados e organizados não como solução para a crise de morosidade da Justiça, como uma forma de reduzir a quantidade de processos acumulados no Judiciário, e sim como um método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. A redução dos processos será uma resultante necessária do êxito de sua adoção, mas não seu escopo primordial. (WATANABE, 2019, p. 99)

Em sendo assim, o que surge como questionável não é a política judiciária propriamente dita, mas as estratégias pelas quais suas ações vêm sendo colocadas em prática. Logo, se o Conselho Nacional de Justiça pretende enfrentar a crise de congestionamento pela faceta reflexa quantitativa dos mecanismos autocompositivos, este falha, pois tais índices somente decorreriam em escala perceptível e desejada quando a qualidade da jurisdição atingir patamares ainda não experimentados na cultura jurídica brasileira.

Este raciocínio ganha força no momento em que se busca verificar sua procedência frente aos relatórios de avaliação da máquina judiciária, especialmente comparando os índices da política judiciária e o de congestionamento, os quais apontam que não há indícios que sustentem as expectativas de que os resultados obtidos nestas ações –mediação/conciliação– tragam respostas que impactem positivamente na taxa de congestionamento.

Observando de maneira mais pontual a série histórica do índice que representa os métodos autocompositivos no relatório Justiça em Números, e, partindo do mesmo raciocínio utilizado no ponto anterior quando da observação da taxa de congestionamento, qual seja, dados publicados a partir da entrada em vigor do CPC/15, de imediato a percepção se confirma na linha composta pela totalidade dos procedimentos (total).

Logo, foi aferido na publicação institucional do ano de 2017, que teve por data-base o ano de 2016, que o índice de conciliação ficou em 13,6%. Já no ano de 2018, referência de 2017, foi identificado um percentual na casa dos 13,5%. Seguindo, no relatório do ano de 2019, que observou dados de 2018, a taxa ficou em 12,8%. O resultado para a publicação de 2020, base 2019, foi identificado um volume na casa dos 12,4%. Em sequência, a edição de 2021, analisando 2020, mostrou que o índice sob análise ficou em 11%. Ao fim, no último diagnóstico

publicado, ano 2022 e dados de 2021, a porcentagem em observância foi constatada na casa dos 11,9 pontos percentuais. (CNJ, 2022, p. 202)

Frente a este cenário de dados, vale gizar que as políticas judiciárias do CNJ trabalham no sentido de uma linha decrescente na taxa de congestionamento e esperam que suas ações gerem uma perspectiva crescente no índice de conciliação, para que se possa, em sede de avaliação das políticas, dizer que os resultados estão sendo satisfatórios.

Contudo, o que se pôde constatar foi uma redução da lentidão/congestionamento em 4,5% até 2020, ano que iniciou a pandemia, e, mesmo com os serviços judiciais paralisados por um período, não se verificou uma explosão no indicador que avalia o estoque processual. De outro modo, a série histórica para o índice de conciliação, a qual se esperava alcançar resultados positivos, verificou-se, no período, uma também redução de 1,2% até o ano de 2020, sendo que, no último dado publicado apresentou um crescimento que remete a linearidade da curva.

Deste modo, o panorama geral investigado demonstra que as pretensões de alteração do cenário pelo Conselho Nacional de Justiça não possuem o alinhamento que delas se espera, pois, se o congestionamento reduz e, também, reduz o quantitativo de autocomposição, não é este último quem está sendo o propulsor da mudança. Assim, seria interessante que o ciclo de avaliação da política judiciária em questão fosse melhor trabalhado para que se compreenda melhor os motivos das faltas de êxito, sendo este o debate que passa-se a fazer.

#### **4. ESTAGNAÇÃO EVOLUTIVA DAS REALIDADES OBTIDAS PELAS AVALIAÇÕES: qual a falha desta fase do ciclo das políticas?**

Com este ponto buscar-se-á demonstrar o panorama de estagnação que a sequência de avaliações traz como realidade, no que tange a busca por uma evolução, no cenário da política judiciária de tratamento adequado dos conflitos colocada a contornar a realidade de esgotamento da máquina jurisdicional.

Neste passo, é premente que se faça um breve apanhado geral de como é estruturado o ciclo das políticas públicas, o qual sua conceituação pode ser compreendida como “etapas racionais que permitem uma ordenação ótima de tempo, recursos, pessoas etc. na busca de execução daquilo que a vontade política intentou projetar” (CHRISPINO, 2016, p. 66).

Logo, a teoria dos ciclos apresenta cinco fases que visa estabelecer uma metodologia que possibilita um entendimento mais bem apurado de como surge e se desenvolvem as políticas. Assim, definiu-se como ciclo das políticas os elementos de: “(i) percepção e definição

do problema; (ii) inserção na agenda política; (iii) formulação; (iv) implementação; e (v) avaliação” (SCHMIDT, 2018, p. 131).

Frente a isto, pode se dizer que a percepção do problema do esgotamento jurisdicional é mais antiga que a própria instituição CNJ, e, ainda, que a concepção deste órgão administrativo se deu em vista de buscar formas de apresentar soluções para a problemática do congestionamento.

Entretanto, a observação do ciclo que prima pelo estabelecimento de uma agenda política que proporcione respostas ao problema identificado “se deu com a aprovação do CNJ, na sessão de 08 de agosto de 2006, para a instalação do Movimento pela Conciliação, o qual iniciou os debates sobre tratamentos de conflitos dentro do judiciário nacional”. (PRIEBE, 2018, p. 49-50)

No ponto que trata do ciclo de formulação sua identificação tem como base o incentivo à autocomposição dos conflitos e consequente disseminação da cultura de pacificação social, conceitos os quais serve de marco a ser seguido pelo instrumento que colocará em prática as ações. Logo em sequência, o ciclo da implementação é representado pela Resolução nº 125 de 2010, a qual coube normatizar, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, as formas que serão desenvolvidos os tratamentos adequados dos conflitos, tendo como ferramentas a mediação e a conciliação judiciais. (CNJ, 2010)

Contudo, no ciclo que cabe avaliar a situação das políticas, não se percebe que uma ferramenta específica foi criada para que as atividades propostas pela política judiciária em questão sejam analisadas de maneira que suas peculiaridades tenham observância na medida de suas relevâncias para o contexto.

Isto seria viável pois a definição da última etapa do ciclo das políticas é compreendida como

(a) atividade destinada a aquilatar os resultados de um curso de ação cujo ciclo de vida se encerra; (b) a fornecer elementos para o desenho de novas intervenções ou para o aprimoramento de políticas e programas em curso; e (c) como parte da prestação de contas e da responsabilização dos agentes estatais, ou seja, como elemento central da *accountability*. (FARIA, 2005, p. 97-98)

Neste caso, coube ao relatório Justiça em Números, editado desde a criação do CNJ no ano de 2004, a incumbência de apresentar também os dados relativos à Resolução nº 125 de 2010, implementadora da política judiciária em questão. Acontece que, a proposta inicial deste relatório não era a de produzir conhecimento sobre as realidades de maneira que seja possível pautar correções de rumos, mas sim, uma prestação de contas sobre os números de acervo processual, orçamentário e de recursos humanos com que o Poder Judiciário lida anualmente.

Sob este prisma, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tal como a Lei de Mediação de 2015 e reformas na Resolução nº 125 de 2010, o sistema de avaliação utilizado pelo órgão administrador da máquina judiciária passou a considerar os dados de mediação e conciliação apresentando os números totais de homologação de acordos no ano base do relatório, o qual denominou como Índice de Conciliação. (CNJ, 2022)

A justificação inicial para a inclusão destes números em seu relatório anual utilizou o argumento de que o novo indicador seria uma potente ferramenta capaz de apresentar “o resultado das políticas de estímulo à conciliação e à mediação no Brasil, uma das linhas de atuação do Conselho Nacional de Justiça desde a sua implementação” (BRASIL, 2016, p. 05)

Acontece que, ao simplesmente apresentar o percentual anual alcançado de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo frente ao total de sentenças proferidas, não gera potencialidade de alteração do cenário como se pretende que os métodos de tratamento adequado dos conflitos alcancem.

Para tanto, entende-se necessário que houvesse um mecanismo mais próximo de uma abordagem de avaliação executiva que permita, de forma rápida e prática, ser identificado os elementos, processos ou bloqueios legais e orçamentários que estejam aptos a receberem modificações e, conseqüentemente, produzir resultados mais próximos do esperado.

Em sendo assim, tal abordagem avaliativa contemplaria

a apresentação do panorama geral da política, a análise do problema que a política pretende combater, a teoria do programa, das atividades e produtos, dos resultados e impactos, de custo e gestão financeira, e dos indicadores de eficiência. A partir dessas evidências, será desenvolvida uma análise global da política, traçando conclusões e recomendações para o seu aprimoramento ou para o debate de priorização dos recursos públicos na sua execução. (BRASIL, 2018, p. 30)

Contudo, não é o que se percebe na evolução da avaliação que leva em conta a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos. Diz-se isto, pois, mesmo com uma elevação significativa no quantitativo de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em todos os tribunais nacionais, alcançando um total de 1.476 no ano de 2021, contra 654 no ano de 2015, mesmo assim, os dados apresentados anteriormente na série história do índice de conciliação não acompanham este crescimento. (CNJ, 2022, p. 201)

Neste assunto, também é interessante observar que o tribunal que atualmente mais possui CEJUSC's, qual seja, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com 285 unidades, trabalha com um índice de conciliação na casa dos 12,5%, enquanto que, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul possui 9 centros e alcança 20% para o mesmo índice, sendo todos estes dados relativos ao ano de 2021. (CNJ, 2021, p. 203-205)

À luz destas porcentagens, ainda é preciso que sejam observados outros índices com a intenção de que o apontamento das diferenças não seja raso. Assim, ao ser observado o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) para os respectivos tribunais, pôde ser observado que o rendimento para o TJMG ficou em 80%, enquanto que para o TJMS o percentual ficou em 88%. Esta linha ganha força quando combinada com as realidades de suas taxas de congestionamento, restando 79,7% (TJMG) e 75,6% (TJMS). (CNJ, 2021, p. 244-254)

Ou seja, mesmo com maciça criação de CEJUSC's pelo tribunal de Minas Gerais verifica-se que não há uma correlação disto com melhoras no cenário de esgotamento enfrentado se comparado ao tribunal de Mato Grosso do Sul, o que, por sua vez demonstra a fragilidade das ações e a baixa eficácia do sistema de avaliação.

Frente a isto, observa-se que em diversos casos o CNJ vem aportando incentivos em mecanismos que não possuem aderência com a base do que realmente se pretende enfrentar, esgotamento jurisdicional. O ponto de dissonância deste fato pode residir no encastelamento do Poder Judiciário, por meio dos seus agentes, que por sua vez não permite um controle social<sup>10</sup> capaz de exercer análise e sugestões externas.

Com isto, a modalidade *ex ante* do ciclo avaliativo das políticas públicas resta comprometida, uma vez que, tem-se como fundamental que o diagnóstico do problema identificado pelas instituições, afetadas ou competentes para produzir respostas, seja submetido a grupos externos no momento ainda da formulação da ação, sendo que, por meio deste movimento se alcançará uma definição diagnóstica isenta que também leve em consideração outros efeitos correlatos que não estejam no radar principal do órgão/organização envolvida, mas que possa observar a intersetorialidade das políticas públicas. (BRASIL, 2018, p. 31).

Nesta mesma linha, ainda deve ser observado que a modalidade *ex post* da avaliação, em nível de controle externo, também não prospera, pois sem a submissão externa não se poderá emanar sentidos desde o ciclo da formulação, e, com isto, identificar se o problema alvo da política/ação está devidamente sendo tratado, inviabilizando, portanto, o monitoramento de se o diagnóstico inicial ainda permanece correto, pois a problemática em si pode não se alterar, mas os motivos que a geram são outros. Exemplo disto é identificado “quando novas evidências são apresentadas de modo a modificar a teoria anteriormente estabelecida entre o problema e suas causas” (BRASIL, 2018, p. 31).

---

<sup>10</sup> O significado do termo controle social utilizado segue a linha que este aduz “a possibilidade de uma decisão ser substituída por outra, enquanto a participação consiste na existência de canais institucionais de interação com a sociedade na gestão governamental” (TAVARES, 2021, p. 48-49).

Em sendo assim, denota-se que a característica primeira do ciclo avaliativo das políticas públicas, qual seja, a possibilidade de que os “formuladores e gestores de políticas públicas desenhem políticas mais consistentes, com melhores resultados e melhor utilização dos recursos” (RAMOS; SCHABBACH, 2012, p. 1273), não se vislumbra como atingida.

Tal situação é facilmente percebida pelos dados anteriormente mencionados, remetendo a ação avaliativa à uma característica de prestação de contas de dados gerais produzido pelo conjunto global das atividades típicas do Poder Judiciário nacional. Isto por si não colide com a intenção final do ciclo de políticas em questão, apenas mostra que as intenções últimas não são aquelas que dele se espera, ou seja, não reavaliação dos contextos de ação tendo como base os resultados apresentados.

Desta forma, o já consolidado cenário de estagnação em que se encontra o esgotamento é simplesmente atualizado a cada publicação do relatório Justiça em Números, pois deste não se consegue visualizar a construção de nenhuma diretriz especificamente direcionada à autocomposição.

Entretanto, os dados para que esta formulação em prol de uma avaliação da política judiciária de tratamento dos conflitos seja construída já se encontram disponibilizados no próprio relatório anual, tal como nos portais que armazenam e publicizam dados relativos à máquina judiciária.

Um bom exemplo de um aproveitamento da análise avaliativa seria se os fomentos da autocomposição pudessem ser direcionados aos assuntos mais demandados no Poder Judiciário, uma vez que, em sede das competências da justiça estadual, há viabilidade de que a mediação e conciliação atue fortemente, sob primeira análise, em três dos cinco grandes ramos do direito com maior demanda, quais sejam Direito Civil, no ramo das obrigações espécie contratos, Direito do Consumidor, no segmento responsabilidade do fornecedor e dano moral, e, Direito Civil, com a temática de responsabilidade civil e indenizações por dano moral. (CNJ, 2022, p. 275)

Em sendo assim, estes macroassuntos se abordados e monitorados com uma proximidade certamente apresentariam um resultado mais relevante quando tratados pelas ferramentas de autocomposição atualmente disponíveis à Jurisdição. Tal entendimento surge do raciocínio que para isso seria necessário o aproveitamento da política de fomento dos CEJUSC's os quais atuariam como a base garantidora da procedimentalização.

Desta maneira, as atuais desconexões das políticas de fomento das quais o CNJ tenta atacar o estado de crise do esgotamento jurisdicional, seriam minimizadas pois, estar-se-ia combinando ações isoladas com a intenção de enfrentar um inimigo em comum maior,

ganhando, com isto, uma credibilidade que atualmente falta às avaliações apresentadas pelo órgão administrador do Poder Judiciário. Assim, as meras exposições de dados atualmente procedidas deixariam de ter um caráter meramente ornamental.

## 5. CONCLUSÃO

Frente a tudo o que foi apresentado quanto cenário atual de esgotamento da máquina judiciária brasileira, tal como as intenções de alteração deste por meio da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos e ao fim a apresentação do panorama de estagnação evolutiva das realidades apresentadas pelas avaliações procedidas pelo Conselho Nacional de Justiça com a intenção de demonstrar os pontos a serem enfrentados, é possível que se tenha uma melhor compreensão das intenções frente os dados apresentados pelas avaliações.

Destas leituras interpretativas a análise que se alcançou quando foi observado o cenário de esgotamento foi o de que, mesmo afastando o período da pandemia mundial de SARS-CoV-19, os números se mantiveram estáveis mesmo com a implementação de diversas ações/políticas que possuíam o condão de enfrentamento direto desta chaga.

Logo, passa-se ao questionamento de que não se vive mais uma crise do Judiciário brasileiro, mas sim, em um estado de crise para as respostas deste Poder constituído, seja aos jurisdicionados quanto ao próprio Estado que necessita em muito de respostas eficazes para que consiga prestar os direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Neste passo, observou-se que os instrumentos autocompositivos utilizados por meio da política judiciária em questão –mediação/conciliação– possuem características pelas quais não dificultam seu exercício quando sua atuação for direcionada, como objetivo primeiro, a redução do estoque processual. Neste caso, para que seja necessário o atingimento deste propósito há a necessidade de que tais ferramentas sejam praticadas sob uma lógica que leve em consideração, no primeiro momento, a qualidade da prestação e não sua quantidade.

Mesmo assim, não se desconsidera que a mediação e a conciliação não possam figurar como instrumentos aptos a auxiliar no alcance dos resultados de se espera em assuntos de eficácia jurisdicional, mas, o que se entende como inadequado é que estas sejam as ferramentas primeiras desta busca.

Nesta linha, como não poderia ser diferente, foi identificado na análise dos dados apresentados uma estagnação na evolução da produtividade que se almeja alcançar com a

aplicação da política judiciária em comento como elemento alterador da realidade de falta de eficiência que se consolidou no Judiciário nacional.

A partir desta lógica, o fato de que as avaliações das ferramentas de conciliação e mediação não se colocam aptas a modelar alterações que possam gerar os efeitos positivos que dela se esperam é compreendido como um elemento negativo na condução do contorno ao estado de crise, pois, a simples prestação de contas dos dados de prestação dos serviços jurisdicionais não possuem base para que se consiga propor alterações na condução da política.

Soma-se a isto, o severo nível de encastelamento por parte do órgão administrador da máquina judiciária, uma vez que a instituição carece de uma participação social na avaliação dos resultados antes, durante e pós execução.

Buscando pontualmente responder ao objetivo geral que se pretendeu atingir, qual seja, analisar os reais impactos dos dados obtidos pelo atual sistema de avaliações utilizados para avaliar os mecanismos que compõem a Resolução nº 125/2010 do CNJ, concluiu-se que, o modelo de avaliação atualmente implementado pelo órgão administrador do Poder Judiciário não é capaz de subsidiar modelagens direcionadas à ação para que se atinja de maneira mais eficaz os metas previamente definidas.

Do mesmo modo, buscando responder o problema justificador deste estudo, conclui-se que a hipótese foi confirmada, pois, como visto, a avaliação no modelo de prestação de contas, por meio de apresentação de índices quantitativos, não gera efeitos sem que exista uma abertura à atores externos que possam interpretá-los, e, assim, auxiliar na produção de novos rumos.

Portanto, concluiu-se que a falta de uma avaliação pela qual seja possível produzir alterações que levem em consideração os não atingimentos de metas/objetivos engessa o desenvolvimento de novos planejamentos que poderiam, por meio de uma leitura mais apurada das ações que dão resultado, e, principalmente, das que não dão resultado, gerar novos rumos capazes de gerar os efeitos pretendidos.

Frente a isto, identifica-se, a título de proposição, que o Conselho Nacional de Justiça passe propor uma abertura de discussões maior quanto as possibilidades de modelação de suas ações, as quais, sem dúvidas, devem ser pautadas sob a avaliação/prestação de contas publicizada anualmente, mas, também, esteja aberto aos elementos externos trazidos no sentido de melhorar a interdependência de suas políticas.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. 1.ed. Rio de Janeiro : Zahar, 2016.

BRASIL. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post*. Vol. 2. Casa Civil da Presidência da República [et al.]. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 13.140 de 2015 - Lei da Mediação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CHRISPINHO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

CNJ. *Justiça em Números 2017*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2019*. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2020*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2021*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Justiça em Números 2022*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CNJ. *Provimento nº 67 de 2018*. Disponível em: <[https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_67\\_26032018\\_03042018081709.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2023.

FARIA, Carlos A. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 97-109, out 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A duração dos processos: alguns dados comparativos*. Ver. Minist. Público, Rio de Janeiro, RJ, (20), 2004.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

PRIEBE, Victor Saldanha. *Tempo do Direito: a razoável duração do processo sob a ótica do CNJ*. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2018.

RAMOS, Marília; SCHABACH, Letícia. O estado da arte da avaliação de políticas públicas: conceituação e exemplos de avaliação no Brasil. *Rev. Adm. Pública*, —v. 46, n. 5, p. 1271-294, set./out. 2012.

S.T.J. *A crise do Supremo*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-crise-do-Supremo>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SCHMIDT, João Pedro. “Para Estudar políticas Públicas: Aspectos Conceituais, metodológicos E Abordagens teóricas”. *Revista Do Direito*, nº 56 (setembro):119-49. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Vol 1. (2019a) Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Vol 2. (2019b) Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A (des)institucionalização da mediação pelo poder judiciário brasileiro. *Revista eletrônica de direito processual*. v.19, p.251 - 275, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; MAGLIACANE, Alessia. *Il terzo e l'altro. verso una visione simmeliana del conflitto*. *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul. ONLINE). v.3, p.35 - 53, 2020.

TAVARES, André Afonso. *Governo digital e aberto como plataforma para o exercício do controle social de políticas públicas*. 2021. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2021.

WATANABE, KAZUO. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

**Submissão: 03/05/2023. Aprovação: 01/07/2024.**

## TRABALHO DOMÉSTICO REALIZADO POR MEIO DE PLATAFORMAS DIGITAIS: *GIG ECONOMY* DA SERVIDÃO?<sup>1</sup>

*DOMESTIC LABOR PERFORMED THROUGH DIGITAL PLATFORMS: GIG ECONOMY OF SERVITUDE?*

Milena Libralon Kosaki Ponchio<sup>2</sup>  
*Universidade Presbiteriana Mackenzie*

Patrícia Tuma Martins Bertolin<sup>3</sup>  
*Universidade Presbiteriana Mackenzie*

### Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar a relação entre a exploração do trabalho doméstico e a economia de plataformas ou *gig economy*, sob a perspectiva de que as transformações histórico-econômicas da sociedade brasileira resultam em cenários sociais que por si só já são complexos, mas que convergem e ocasionam realidades cruéis em diferentes níveis, a depender da pessoa que as encara. Pretende-se examinar separadamente aspectos envolvendo os direitos trabalhistas, as perspectivas de gênero e de divisão sexual do trabalho, bem como as discriminações de raça e as particularidades legadas pelo sistema escravocrata, com o objetivo de realizar em seguida um estudo triangulando esses três objetos. Será empregado o método dialético, em busca de aprofundar a pesquisa, tendo em conta a evolução da sociedade, acompanhado de uma metodologia de caráter bibliográfico, dispondo do amparo teórico principalmente de livros, artigos científicos e preceitos legais, e a partir de uma perspectiva interseccional e feminista das relações de raça, gênero e divisão sexual do trabalho. Conclui-se que a conjuntura em seu todo agrava a precarização de uma categoria já precarizada, mesmo quando ausentes as complicações interseccionais, pois a plataformação escancara as vulnerabilidades do trabalho reprodutivo doméstico.

### Palavras-chave:

Plataformas digitais. Trabalho doméstico. Trabalho reprodutivo. Separação sexual do trabalho. Servidão.

### Abstract:

This article aims to analyze the relationship between the exploitation of domestic work and the platform economy or gig economy, from the perspective that the historical-economic transformations of Brazilian society result in social scenarios that are already complex themselves, but that converge and causes cruel realities in different levels, depending on the person who faces them. It is intended to examine separately aspects involving labor rights, the perspectives of gender and sexual division of labor, as well as racial discrimination and the particularities bequeathed by the slavery system, with the aim of then carrying out a study triangulating these three objects. The dialectical method will be used, seeking to deepen the research, taking into account the evolution of society, accompanied by a methodology of a bibliographic nature, having theoretical support mainly from books, scientific articles and legal precepts. It is concluded that the conjuncture, as a whole, aggravates the precariousness of an

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM - bolsa CAPES PROEX Mod. I), com cotutela em Ciências Jurídicas na Università degli Studi di Firenze (UNIFI/Itália - bolsa CAPES PrInt Doutorado Sanduíche). Mestre (2021) em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM - bolsa CAPES PROSUC Mod. I). Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ - 2018). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania”. E-mail: milenalkponchio@gmail.com.

<sup>3</sup> Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, com Estágio Pós-Doutoral na Superintendência de Educação e Pesquisa da Fundação Carlos Chagas. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Líder do grupo de pesquisa (CNPq) “Mulher, Sociedade e Direitos Humanos”. E-mail: patricia.bertolin@mackenzie.br.

already precarious category, even when intersectional complications are absent, as platformization exposes the vulnerabilities of domestic reproductive work.

**Keywords:**

Digital platforms. Housework. Reproductive work. Sexual separation of work. Servitude.

## **1 INTRODUÇÃO**

A vasta exploração do trabalho reprodutivo doméstico das mulheres negras no Brasil é amplamente conhecida pela nossa sociedade. É uma realidade desafortunada e repleta de lutas sociais que são invisibilizadas e desvalorizadas. Neste sentido, a pesquisa a seguir esmiuçar separadamente os sistemas sociais e as estratégias de subjugação inerentes a cada um deles.

Assim, em um primeiro momento serão examinados elementos do reconhecimento de um vínculo empregatício, o qual pressupõe o gozo de direitos e garantias trabalhistas, tanto do trabalho em sentido amplo quanto do trabalho doméstico em específico. Será abordado também o avanço do sistema capitalista neoliberal e da flexibilização do trabalho, em especial no que diz respeito à sua influência sobre a distorção da subordinação, como um trunfo para a informalização e a supressão de direitos devidos aos empregados, a fim de reduzir custos e elevar lucros empresariais.

Em seguida haverá a análise de particularidades envolvendo o trabalho doméstico. Como o regime escravocrata do colonialismo se desenvolveu de forma a prolongar até os dias de hoje, com contornos contemporâneos, mas sem abandonar ideais de discriminação racial e de servidão. Como a sociedade patriarcal, de forma semelhante, prosperou com ideais de divisão sexual do trabalho onde as mulheres devem exercer o trabalho reprodutivo de cuidados do lar e da família.

Ulteriormente, a plataformação do trabalho doméstico será o centro da construção argumentativa. A forma como a economia de plataformas se constrói e se reproduz no intuito de obscurecer a relação de trabalho instituída em seu âmbito é trazida juntamente com argumentos teóricos opostos aos seus discursos. Estendendo-se até o desdobramento que abrange a prestação do trabalho reprodutivo doméstico por tais meios, tudo utilizando o método dialético e o estudo conforme a evolução da sociedade, amparado principalmente em materiais bibliográficos e com a pretensão de, ao final, possibilitar a realização de um estudo triangulando de três premissas sociais de opressão de gênero e raça.

## **2 COMPREENSÃO BASILAR DO TRABALHO E SEUS ELEMENTOS**

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943)<sup>4</sup>, com amparo doutrinário e jurisprudencial, conta com a definição da figura de “empregado”, e estrutura os cinco elementos fático-jurídicos<sup>5</sup> necessários para o reconhecimento de um vínculo empregatício: pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Em uma compreensão básica acerca de tais elementos<sup>6</sup> (PONCHIO, 2021, pp. 49-50), pessoa física é a necessidade de o trabalho ser exercido por um ser humano (e não por uma pessoa jurídica) e pessoalidade diz respeito à realização das funções pela pessoa que foi contratada (e não por terceiro), em face da necessária confiança, elemento subjetivo vital a todo contrato de trabalho. Não eventualidade reflete a existência de frequência na realização do trabalho e onerosidade é o salário como pagamento pelos serviços prestados. Já a subordinação é compreendida aqui como a submissão a estruturas de poder e controle, das quais os empregados dependem para que a realização do trabalho seja viabilizada (PONCHIO, 2021, p. 54).

Como parte do objeto central deste artigo está uma relação de emprego conhecida e amplamente disseminada no país, a do trabalho doméstico<sup>7</sup>. Esta se diferencia de uma relação de emprego padrão pois, além destes elementos fático-jurídicos gerais, estão presentes três elementos especiais, materializados na prestação de “serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas”<sup>8</sup> (DELGADO, 2019, p. 441). A distinção se verifica sobretudo nas características de o serviço ser realizado na esfera residencial e familiar, e sem finalidade lucrativa, bem como o elemento da não eventualidade se consubstancializar em “continuidade”.

A não eventualidade, tida como um elemento geral, possui aspectos jurídicos específicos quando se trata de uma relação de trabalho doméstico. Nesse sentido, há o desdobramento para o elemento específico da continuidade, juridicamente admitida quando o labor ocorre com vinculação a um mesmo empregador três ou mais vezes por semana, possibilitando assim o reconhecimento do vínculo doméstico (DELGADO, 2019, p. 446). Seu escopo principal é

---

<sup>4</sup> **CLT, Art. 3º** - Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

<sup>5</sup> Para detalhamento dos elementos, vide NASCIMENTO, 2010, pp. 637-638; DELGADO, 2019, pp. 337-354.

<sup>6</sup> Os elementos caracterizadores do vínculo empregatício de maior relevância para o desenvolvimento deste trabalho serão aprofundados ao longo do texto.

<sup>7</sup> A seguir, em “2. TRABALHO DOMÉSTICO: ASPECTOS SERVIS, DE GÊNERO E RAÇA”, serão apresentados embasamentos teóricos e dados extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) que corroboram esta afirmação.

<sup>8</sup> Para detalhamento dos elementos específicos do vínculo de emprego doméstico, vide DELGADO, 2019, pp. 442-451.

abranger a “diarista doméstica”, que não trabalha durante toda a semana em uma mesma residência, ou seja, para um mesmo empregador.

A finalidade não lucrativa dos serviços se analisa a partir da perspectiva do empregador, o qual não pode obter resultados rentáveis (seja em âmbito comercial ou industrial) relacionados à ocupação do trabalhador doméstico. Importante ressaltar que, apesar de não poder gerar rendimentos provenientes do proveito de terceiros, o trabalho doméstico produz valor de uso, contribuindo para o sustento do ambiente doméstico.

Como último elemento específico há a exigência de que a contratação deve ser feita por pessoa física ou família. Ou seja, ambas a prestação e a tomada de serviços não podem ser realizadas por pessoa jurídica.

Portanto, tem-se que o vínculo doméstico pressupõe a existência da prestação de serviços por pessoa física, em âmbito residencial e sem finalidade lucrativa, para tomadora que deve ser também pessoa física ou a família, realizada de forma contínua (mais de dois dias por semana), com subordinação, onerosidade e pessoalidade, conforme o *caput* do artigo 1º da Lei Complementar nº 150 (BRASIL, 2015), bem como a jurisprudência trabalhista:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017 1 - DIARISTA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. SÚMULA 126 DO TST. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu o vínculo de emprego no período anterior ao registro da CTPS, consignando, com base na prova dos autos, que a autora trabalhava 2 a 3 vezes na semana e recebia salário mensalmente. Assim, diante da existência da continuidade no trabalho - pressuposto específico para a configuração do vínculo de emprego doméstico -, a Corte de origem manteve a sentença que reconheceu o vínculo. Para dissentir da conclusão assentada na decisão recorrida e entender não configurado o vínculo empregatício, far-se-ia necessário revolver o conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta esfera recursal extraordinária, nos termos da Súmula 126 do TST. Agravo não provido. (Ag-AIRR-1001110-22.2018.5.02.0061, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes, DEJT 27/05/2022).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA PREJUDICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. LABOR EM DOIS DIAS NA SEMANA. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. O Regional, soberano no exame do conjunto fático probatório dos autos, mantendo a sentença, entendeu pela não configuração de vínculo empregatício entre as partes. Asseverou que a prestação de serviços domésticos, sob a ótica da Lei 5.859/72, era realizada duas vezes por semana. Note-se que a jurisprudência desta Corte Superior somente tem reconhecido o vínculo empregatício, em se tratando de empregado doméstico, quando a prestação laboral se dá por período habitual superior a duas vezes por semana. Assim, não tendo a reclamante provado a prestação de serviços por três vezes na semana de forma contínua não há como reconhecer o vínculo empregatício entre as partes. Destaque-se que esta Corte Superior apenas pode valorar os dados fáticos delineados de forma expressa no acórdão regional. Assim, se a pretensão recursal está frontalmente contrária às afirmações do Tribunal Regional acerca das questões probatórias, o recurso apenas se viabilizaria mediante o revolvimento de fatos e

provas, circunstância que atrai o óbice da Súmula 126 do TST. Não ficou demonstrado o desacerto da decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento. Agravo não provido, sem incidência de multa, ante os esclarecimentos prestados" (Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 25/02/2022).

Uma vez compreendida tal estruturação básica do vínculo empregatício, passaremos à exposição de algumas transformações de mercado, as quais afetaram e ainda têm afetado as relações de trabalho.

O avanço do sistema capitalista e, especialmente, dos ideais neoliberais que ele estimula e movimenta, tem como meta a flexibilização trabalhista, pautada na ânsia de reduzir custos e elevar lucros.

O neoliberalismo, alicerçado nos ideais de individualidade e competitividade em escala mundial, busca por empregos flexíveis, que possibilitem a diminuição dos custos trabalhistas às empresas. Tais custos podem dizer respeito ao montante pecuniário efetivamente despendido no pagamento de salários e benefícios, bem como ao distanciamento de quem emprega de suportar os riscos da própria atividade econômica, riscos estes que se transferem aos trabalhadores. (PONCHIO, 2021, p. 30)

Sendo a venda de mão de obra o âmago da subsistência do proletariado, a reestruturação produtiva sob essas convicções impele os trabalhadores a se adaptarem o mais rápido possível às transformações do mercado, de modo a se sujeitarem à precarização e ao abalo de perspectivas de estabilidade profissional (SANTOS; DUTRA, 2023, p. 204). Para o neoliberalismo, “o Direito do Trabalho, e não apenas o trabalho, são tidos como mercadoria” (SANTOS; DUTRA, 2023, p. 205-206), impulsionando a existência de obstáculos práticos e legislativos de combate ao trabalho precário, especialmente em situações complexamente submetidas à tecnologia e às formas modernas de labor.

Para o presente estudo, o trunfo da flexibilização se concentra sobretudo no elemento da subordinação e nos métodos aplicados para justificar o afastamento desta, como um dos principais atributos da estruturação da *gig economy*: a gestão algorítmica, com “predominância do código na mediação das relações de trabalho” (CHERRY, 2016, p. 20). Consequentemente, seu principal desdobramento (e objetivo) é a evasão do vínculo empregatício e dos direitos que o acompanham, o que será aprofundado adiante.

### **3 TRABALHO DOMÉSTICO: ASPECTOS SERVIS, DE GÊNERO E RAÇA**

No Brasil dos tempos coloniais, a sociedade se construiu sobre um regime escravocrata no qual as famílias manifestavam riqueza e elevação social não em móveis luxuosos, obras de

arte, pratarias ou joias, mas em casas grandes (em ambos os sentidos literal e figurado que tal expressão apresenta em nosso país) e na propriedade de muitos escravizados<sup>9</sup> (FREYRE, 2003, p. 520; PEREIRA, 2012, p. 14).

Nesse contexto se incluía também (ou pode-se dizer até mesmo principalmente) um grande número de escravizados domésticos, “as mucamas, as amas de leite, os *muleques*. Era esta relação mais íntima que implicava na manutenção de um ‘status quo’ simbolicamente estabelecido e cotidianamente atualizado” (itálico original) (PEREIRA, 2012, p. 14).

Da referida colonização, a sociedade brasileira herdou uma cultura alimentada pela idealização escravocrata, que se prolongou abertamente por séculos e tinha o trabalho braçal como a pior e mais desvalorizada atividade laboral (PEREIRA, 2012, p. 15).

E uma vez que escravizados domésticos traduziam “status” social, o trabalho doméstico ainda nos dias de hoje reflete a perpetuação contínua da exploração em moldes servis, segundo delinea Maria Betânia de Melo Ávila:

Escravidão e emprego doméstico estão historicamente associados no caso do Brasil. A relação de servidão como parte do trabalho doméstico, e como elemento das relações sociais de sexo, é um problema levantado por Hirata (2004). Assim, a questão da escravidão constrói um sentido histórico que dá significado até hoje ao emprego doméstico, assim como o trabalho doméstico como relação de dominação dos homens sobre as mulheres transpõe para o emprego doméstico o problema da servidão. (ÁVILA, 2009, p. 36)

Atualmente, o trabalho doméstico está excluído da incidência das normas da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme consta expressamente de seu artigo 7º, “a” (BRASIL, 1943)<sup>10</sup>. Resta-lhe, assim, a aplicação das tardias Emenda Constitucional nº 72 de 2013, a qual alterou a redação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>11</sup>, com o fim de suprir a até então premente necessidade de reconhecer a

---

<sup>9</sup> O emprego do vocábulo se justifica na existência de diferenciação entre ser escravo como uma condição permanente e estar escravizado como uma circunstância teoricamente transitória. Além disso, se funda na rejeição da ideia de que existam pessoas predestinadas a serem propriedades de outras e na interpretação conforme a perspectiva já elucidada por Harkot-de-la-Taille e Santos (2012): “Enquanto o termo escravo reduz o ser humano à mera condição de mercadoria, como um ser que não decide e não tem consciência sobre os rumos de sua própria vida, ou seja, age passivamente e em estado de submissão, o vocábulo escravizado modifica a carga semântica e denuncia o processo de violência subjacente à perda da identidade, trazendo à tona um conteúdo de caráter histórico e social atinente à luta pelo poder de pessoas sobre pessoas, além de marcar a arbitrariedade e o abuso da força dos opressores.”

<sup>10</sup> **CLT, Art. 7º** Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: **a)** aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas;

<sup>11</sup> **CF, Art. 7º [...] Parágrafo único.** São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das

igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais (BRASIL, 2013), e Lei Complementar nº 150 de 2015 (BRASIL, 2015)<sup>12</sup>.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (DELGADO; DELGADO, 2016, pp. 20-25) identificam um “ciclo de institucionalização da cidadania trabalhista doméstica”. Seu início se deu com a Constituição de 1988 e conta com três períodos.

No primeiro, da “cidadania deflagrada”, a Constituição de 1988 estendeu à categoria dos domésticos oito direitos empregatícios (que antes eram apenas quatro, totalizando doze direitos, portanto). Dezoito anos depois, no segundo e chamado “cidadania ampliada”, foram acrescentados outros quatro direitos à categoria<sup>13</sup>. Enfim, no terceiro período, chamado “cidadania consolidada”, com a Emenda Constitucional n. 72 (BRASIL, 2013) e a Lei Complementar nº 150 (BRASIL, 2015), foram acrescentados dezesseis novos direitos, “vários deles tendo caráter multidimensional e, assim, desdobrando-se em outros direitos trabalhistas e conexos” (DELGADO; DELGADO, 2016, p. 20).

Apesar dessa evolução e da atual existência de uma regulamentação para o trabalhador doméstico, Raianne Liberal Coutinho e Mariana Maciel Viana Ferreira entendem pela sua insuficiência, afirmando que

as trabalhadoras domésticas não alcançaram essa cidadania plena, de modo que ainda persistem distinções no tratamento jurídico dessa categoria e dos demais profissionais. Além disso, apesar da inclusão jurídica promovida nos últimos anos, mais de 70% dos trabalhadores domésticos laboram no mercado informal, sem acesso material aos direitos conquistados. (COUTINHO; FERREIRA, 2021, pp. 126-127)

É possível compreender, então, que o trabalho doméstico sofre com o legado do regime escravocrata e dos ideais servis, que permeiam a sociedade brasileira até os dias de hoje. Nota-se o apego da população brasileira à herança ideológica do “status” social de privilégio e da cruel comodidade de “possuir”<sup>14</sup> em sua residência servidores domésticos realizando as tarefas diárias, o qual se arrasta por décadas a fio.

---

obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

<sup>12</sup> Antes desta, vigorou por 40 anos a Lei Especial dos Domésticos nº 5.859 de 11 de dezembro de 72 (BRASIL, 1972), a qual era extremamente reduzida.

<sup>13</sup> Com a Lei n. 11.324, de 19 de julho de 2006 (BRASIL, 2006), a qual alterou a então vigente Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972 (BRASIL, 1972), a qual dispunha sobre a profissão de empregado doméstico e foi revogada pela Lei Complementar nº 150 (BRASIL, 2015).

<sup>14</sup> Aqui, a palavra “possuir” é utilizada propositalmente, com o intuito de exprimir o entendimento de tratar-se de mera modernização da escravidão posta nas casas-grandes do passado.

Sandra Lauderdale Graham (1992, p. 20) identifica como “servidores domésticos” os “escravos, negros pobres e imigrantes europeus também pobres” do Rio de Janeiro à época entre 1890-1930. A autora narra a sociedade da época como uma elite que impunha

os padrões de conduta da vida doméstica, um modelo imitado, em menor escala, pelas famílias de meios modestos que, no entanto, queriam afetar um ar de fidalguia. Era um estilo de vida que, em todas as suas variantes, dependia dos criados não apenas para suprir as necessidades da existência diária mas também para exibir uma posição social de privilégios.

O padrão desse período, que sucede a abolição da escravatura pela Lei Áurea (BRASIL, 1888), alcança o século XXI sem embaraços de seus replicadores, em conjunto com aspectos de gênero e raça, posto que

a raça e o racismo são elementos estruturantes do trabalho de cuidado remunerado, sendo este socialmente desprestigiado e desvalorizado porque é sistematicamente realizado por mulheres negras. Isso porque as relações de poder nas quais era fundada a prestação do trabalho de cuidado durante o período final da segunda metade do século XIX, ainda informam a organização social e jurídica das trabalhadoras domésticas e cuidadoras na contemporaneidade, haja vista a permanência de imagens de controle sobre essas mulheres, que insistem em remetê-las a condições servis. (SANTANA, 2020, p. 232)

Danièle Kergoat (2009, p. 67) salienta que a divisão sexual do trabalho decorre não de particularidades biológicas, mas de construções sociais que materializam a relação de poder dos homens sobre as mulheres, e não a partilha de tarefas familiares. Isso se confirma diante da classificação de trabalhos que seriam apropriados aos homens e outros às mulheres e da hierarquia superior que o trabalho masculino possui, materializada em remuneração e prestígio mais altos.

O homem representa o provedor da família e seu trabalho se estende à chamada esfera pública, externa à residência e que fornece recursos econômicos. À mulher resta a esfera privada, limitada ao exercício dos cuidados do lar e dos familiares, de modo que se estabelece a divisão “homens provedores e mulheres cuidadoras” (SOUSA; GUEDES, 2016, p. 123), “trabalho produtivo e trabalho reprodutivo” (VIEIRA, 2018, p. 43).

Ambas as expressões “trabalho de cuidado” e “trabalho reprodutivo” são utilizadas em textos diversos para fazer referência ao trabalho exercido em âmbito doméstico. Apesar de existirem ocorrências do termo “trabalho de cuidado” nas citações do presente artigo, na escrita autoral será utilizada a expressão “trabalho reprodutivo”.

Isto será feito para se contrapor à limitação da visão mercantil ao trabalho tido como “produtivo” e acompanhando teorias feministas no sentido de que o trabalho doméstico produz “bens materiais para o suprimento físico das pessoas”, bem como “o cuidado direto e a gestão das relações emocionais” (VIEIRA, 2016, p. 52).

Nesse cenário, a aversão ao trabalho braçal como atividade laboral de respeito e a idealização do trabalho reprodutivo como inerente ao gênero feminino, “cujo desempenho [...] decorre da atribuição cultural do trabalho reprodutivo doméstico não remunerado às mulheres, historicamente surgida da relação dialética entre patriarcado e capitalismo” (VIEIRA, 2018, p. 44), reforçando a segregação e a desvalorização desse trabalho em nossa sociedade. Não à toa, “o trabalho doméstico remunerado é, de fato, um universo em que a desigualdade de gênero, invisibilização do cuidado e miséria material atinge proporções colossais” (DUARTE; PEREIRA; NICOLI, 2021, p. 41).

Outro obstáculo a ser enfrentado é a discriminação racial, vez que a “raça, enquanto categoria social, adquiriu no decorrer da história funções e significados específicos, que estão entremeados ao funcionamento do capitalismo brasileiro” (ENGEL; PEREIRA, 2015, p. 15), consoante as reflexões trazidas acima.

Bell Hooks (1995, p. 470) enfatiza que, mesmo quando as mulheres negras alcançam *status* profissional em que não são “mais obrigadas pelas práticas trabalhistas exploradoras racistas a servir apenas em empregos julgados servis, espera-se que limpem a sujeira de todos”. Há uma “insistência cultural em que as negras sejam sempre encaradas como empregadas domésticas”, levando a autora a considerar que este é um fator preponderante a inibir seu trabalho intelectual.

A combinação do legado do regime escravocrata e dos ideais servis, com a concepção social paternalista da divisão do trabalho e a discriminação racial, resulta na predominância de mulheres negras exercendo o trabalho reprodutivo remunerado. Esta afirmação é corroborada pelos dados trazidos a seguir.

A partir da PNAD Contínua<sup>15</sup>, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2022, n.p.) delinea importantes estatísticas acerca do trabalho doméstico:

- 5,7 milhões de brasileiros exercem o trabalho doméstico;

---

<sup>15</sup> A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) é empreendida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em âmbito nacional e “visa acompanhar as flutuações trimestrais e a evolução, no curto, médio e longo prazos, da força de trabalho, e outras informações necessárias para o estudo do desenvolvimento socioeconômico do País. [...] Tem como unidade de investigação o domicílio” (IBGE, s.d.).

- 92% das pessoas ocupadas nesta categoria são mulheres, somando 5,2 milhões de trabalhadoras;
- 65% destas domésticas são negras, somando 3,4 milhões.

Assim, combinados os dados dos anos de 2019 e 2021, tem-se o seguinte infográfico:



Fonte: IBGE - PNAD Contínua - dados do 4º trimestre de 2019 e de 2021.  
Elaboração: DIEESE, 2022 (adaptado pelas autoras).

Esse quadro se reproduz mesmo em situações em que exista um redirecionamento da incumbência associada ao provimento da subsistência familiar. Com mulheres usufruindo de posições laborais externas ao âmbito domiciliar, sob a égide de aspirações de igualdade de gênero e emancipação feminina, “as trajetórias profissionais femininas passam a depender estruturalmente do trabalho doméstico remunerado de outra mulher” (DUARTE; PEREIRA; NICOLI, 2021, p. 46-47). Essa outra mulher, que suprirá as necessidades domésticas de uma moradia de maior renda que a sua, usualmente é negra e periférica, e a exploração de desigualdades de gênero, classe e raça é replicada.

#### 4 PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO

As mudanças nas formas de trabalho na contemporaneidade tornaram intrincada a tarefa de definir não apenas quem é o “empregado”, mas até mesmo quem é o “trabalhador”, que tem sido alçado à errônea noção de empreendedor de si mesmo. A sociedade do século XXI

conheceu e hoje se encontra repleta de plataformas de serviços<sup>16</sup>, um instrumento que se revelou formidável na execução dos ideais capitalistas neoliberais de flexibilização trabalhista.

Para Wilfredo Sanguinetti Raymond (2020, p. 3), a economia de plataformas, também conhecida como *gig economy*,

constitui um modelo de negócio [...] pelo qual se busca oferecer produtos ou serviços de forma mais direta, rápida e econômica aos consumidores mediante a utilização de um novo instrumento, facilitado pelo desenvolvimento tecnológico, como as plataformas digitais, que possibilitam a conexão com um amplo universo de consumidores, facilitam um atendimento rápido às suas necessidades e permitem uma redução significativa nos custos de transação, incluindo custos trabalhistas, através da utilização de algoritmos que automatizam a tomada de decisão relacionada às transações que constituem o seu objeto e permitem um controle automatizado de sua implementação. (tradução nossa) (SANGUINETI RAYMOND, 2020, p. 3)<sup>17 18</sup>

Ludmila Costhek Abílio (2020, p. 112) conceitua processos dessa natureza como uma ampla informalização do trabalho, com supressão de direitos e produto da flexibilização “compreendida como essa eliminação de freios legais à exploração do trabalho, que envolve a legitimação, legalização e banalização da transferência de custos e riscos ao trabalhador”.

Quando analisado o nível de informalização no Brasil, observa-se uma estabilidade. Conforme os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2020, 2021 e 2022), a taxa de informalidade da população ocupada<sup>19</sup> foi 41,1% em janeiro de 2020, 40% no terceiro trimestre de 2021 e 39,1%, em outubro de 2022. Comparada com o decréscimo da desocupação a partir de 2021, a redução do número de trabalhadores informais foi proporcionalmente menor, posto que entre o primeiro trimestre de 2021 e outubro de 2022 houve a diminuição de aproximadamente 6,4% da desocupação, mas de apenas 0,9% da informalidade.

---

<sup>16</sup> “No início de 2019, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 3,8 milhões de brasileiros tinham no trabalho por aplicativo sua principal fonte de renda” (ABÍLIO, 2020, p. 111).

<sup>17</sup> Original: “*constituye un modelo de negocio [...] a través del cual se busca ofrecer productos o servicios de forma más directa, rápida y barata a los consumidores mediante el recurso a un instrumento nuevo, facilitado por el desarrollo tecnológico, como son las plataformas digitales, que posibilitan la conexión con un amplio universo de consumidores, facilitan una veloz atención de sus necesidades y permiten una reducción significativa de los costes de transacción, incluyendo entre estos los laborales, a través del uso de algoritmos que automatizan la toma de decisiones relativas a las transacciones que constituyen su objeto y permiten un control automatizado de su puesta en práctica.*”

<sup>18</sup> Existem discussões acerca da acertada utilização do termo *gig economy* na economia brasileira (ABÍLIO; AMORIM; GROHMANN, 2021, p. 37) e, em razão disso, cumpre ressaltar que a utilização da expressão *gig economy* neste trabalho se dá no sentido elucidado por Wilfredo Sanguinetti Raymond (2020, p. 3).

<sup>19</sup> Sucintamente, é considerado desocupado ou desempregado quem não está trabalhando por motivos alheios à sua vontade e como ocupado o trabalhador remunerado ou em auto-ocupação remunerada (que detém um trabalho regular e contínuo). O ocupado pode ser considerado informal quando suas atividades não são tipicamente capitalistas (não têm o lucro como objetivo principal) ou são atividades proibidas ou não previstas pela legislação (como um trabalhador sem registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS).

Vide PONCHIO, 2021, p. 33-34.

No que concerne o trabalho doméstico, no trimestre encerrado em fevereiro de 2023 estimou-se que 5,8 milhões de pessoas exerciam tal função no Brasil, sendo 38,9% sua taxa de informalidade (IBGE, 2023).

A flexibilização conforme o referido sistema permite que o trabalho seja fissurado, descentralizado e afastado de padrões legais (PONCHIO, 2021, p. 35), ao mesmo tempo que se mantém o controle empresarial sobre os prestadores (ABÍLIO, 2020, p. 114).

Nas plataformas digitais (PONCHIO, 2021, 58-59), os trabalhadores realizam um cadastro (que não se caracteriza formalmente como um contrato de trabalho), a partir do qual ficarão disponíveis por tempo indeterminado à procura dos usuários clientes e para o atendimento imediato. Apesar desta consoante prontidão, a remuneração recebida será referente apenas aos serviços efetivamente prestados. Esta situação invoca a utilização do termo “trabalhador *just-in-time*”, o qual “inicia sua jornada sem ter qualquer garantia sobre qual será sua carga de trabalho, sua remuneração e o tempo de trabalho necessário para obtê-la” (ABÍLIO; ALMEIDA; AMORIM; CARDOSO; FONSECA; KALIL; MACHADO, 2020, p. 6).

As empresas sustentam que, com a intenção de facilitar o contato entre os consumidores e os prestadores de serviços, elas se limitam ao fornecimento de ferramentas tecnológicas para a mediação da procura e da oferta de serviços. Assim, relembramos aqui o referido trunfo deste método, que é a ilusão de afastamento do elemento da subordinação, do vínculo empregatício e de seus direitos intrínsecos. No entanto, trata-se de uma ilusão, dado que o controle sobre os trabalhadores se mantém por meio da coleta de dados e da utilização de algoritmos.

Compreende-se que as plataformas digitais, portanto, não são apenas meios técnicos, mas “empresas que controlam infraestruturas digitais alimentadas por dados e organizadas por algoritmos” (ABÍLIO; AMORIM; GROHMANN, 2021, p. 33).

Ainda assim, defendendo sua linha argumentativa, as empresas insistem na disseminação de mantras empreendedoristas. Elas alegam que os trabalhadores são livres para determinar onde e por quanto tempo exercerão suas atividades, bem como quais ferramentas e estratégias governarão o trabalho (ABÍLIO; AMORIM; GROHMANN, 2021, p. 40 e 46).

Enfim, devemos nos concentrar no ponto em que contemplamos a intersecção das duas categorias descritas ao longo do texto: o trabalho doméstico realizado por meio de plataformas digitais. Como padrão, nos aplicativos os clientes contratam a prestação de serviços domésticos, mediante o agenciamento da empresa detentora da tecnologia utilizada, a qual retém uma taxa do valor que é pago pela realização do serviço.

Na *App Store*, vitrine *online* de aplicativos da gigante Apple (APPLE, s.d.), foi realizada busca utilizando os termos “serviço limpeza doméstica”, “serviço faxina” e “serviço diarista”, o que permitiu a catalogação direta de vinte aplicativos onde há possibilidade de contratação de trabalho reprodutivo.

São eles<sup>20</sup>: 1) +Diarista; 2) Ahoy Serviços Expressos; 3) Care4You; 4) Clin Serviços; 5) Diarista Fácil; 6) Domus Serviços Residenciais; 7) EasyBee; 8) Famyle; 9) Fixo; 10) GetNinjas; 11) Helpie!; 12) Joob; 13) Majik; 14) MolezaApp; 15) Parafuzo; 16) Pilar; 17) Riverflix; 18) Rose; 19) Velge; 20) Zita.

Como não é possível a análise de todos os aplicativos neste estudo, em razão da natural limitação de dimensão, foi escolhida a empresa Parafuzo, pois esta apareceu como primeira sugestão da *App Store* em duas das três buscas realizadas (“serviço limpeza doméstica” e “serviço faxina”), além de ser a segunda com maior número de avaliações (3,6 mil no total) e ser voltada especialmente para a realização de trabalho reprodutivo remunerado.

A Parafuzo (s.d.) existe desde 2014 e atua em 18 estados (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Distrito Federal, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Pernambuco, Pará, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Norte), alcançando mais de 100 cidades brasileiras. Em sua página, se descreve da seguinte forma:

A Parafuzo nasceu para trazer praticidade para o seu dia a dia. Em nossa plataforma você pode contratar desde uma limpeza simples para a sua casa até uma montagem de móveis. Os profissionais parceiros que prestam serviço conosco passam por um período de adaptação e são constantemente avaliados com notas de 1 a 5 estrelas referente aos serviços que prestaram. A nota mínima para atuar conosco é de 4.75.

Seu funcionamento segue os mesmos padrões do trabalho em plataforma típico: o usuário cliente seleciona o tipo de serviço desejado (limpeza padrão, limpeza pesada, passadoria ou montagem de móveis) e fornece alguns dados pessoais e acerca da solicitação (como tamanho da residência e número de banheiros, pré-mudança ou pós-obra, quantidade de horas passando roupas ou móvel a ser montado). Em seguida, a empresa irá gerar um orçamento, momento a partir do qual pode ser escolhida a data e o horário para a realização do serviço e a forma de pagamento.

Em seus Termos e Condições de Uso (s.d.), a empresa sustenta que, por meio do sítio eletrônico e aplicativo, presta desenvolvimento de *software* e intermediação de serviços. Também dispõe que o trabalhador cadastrado é um “profissional autônomo e/ou

---

<sup>20</sup> Vide anexo da catalogação.

microempreendedor individual - MEI", revelando a invariável finalidade de afastar o vínculo empregatício com os trabalhadores.

Há, além disso, cláusula que prevê expressamente sua não responsabilização por situações diversas, dentre as quais estão inseridos quaisquer custos dispendidos pelos trabalhadores, como a “aquisição de aparelho celular” ou “aqueles relacionados a transporte, estacionamento, alimentação, vestuário e/ou atinentes à aquisição de ferramentas e/ou materiais de proteção para execuções das atividades”. Tal como a insatisfação dos clientes e “eventuais danos materiais, morais e/ou lucros cessantes, diretos ou indiretos, decorrentes das contratações intermediadas”.

Tem-se, por consequência, a transferência para os trabalhadores tanto dos custos da atividade quanto dos riscos da atividade econômica, que conforme a proteção trabalhista, é de responsabilidade da empresa (PONCHIO, 2021, p. 59).

Os profissionais devem pagar uma assinatura mensal à plataforma e do valor pago pelo cliente, que é estipulado “segundo dados do algoritmo da plataforma”, é descontada uma comissão à empresa que pode chegar a 30%. A atividade, dessa forma, se afasta da essência da economia de compartilhamento, posto que esta é entendida como uma relação de equivalência entre as partes e sem características mercantis (SLEE, 2017, p. 36), e aquela pressupõe a cobrança de taxas para fins lucrativos da empresa detentora de tecnologia.

No aplicativo estudado (PARAFUZO, s.d.), uma diária na cidade de São Paulo, de oito horas de trabalho de limpeza padrão (para a qual estão incluídos os serviços: varrer e passar pano no piso; exterior de móveis/eletrônicos; pia, louça, fogão e área externa do forno; vaso sanitário, pia, box/banheira, espelho; arrumar cama, organizar roupas expostas; organizar itens da diária/repor sacos de lixo), para um apartamento com quatro cômodos somados a dois banheiros, foi orçada em R\$ 181,00 no mês de abril de 2023. Considerando um desconto de 30%, a trabalhadora receberia R\$ 126,70 pelo dia de trabalho (lembrando que, além do desconto realizado sobre o valor pago pelo cliente, existe também o pagamento da assinatura mensal da plataforma, o qual deve ser custeado pela trabalhadora).

Vale ressaltar que o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos realiza mensalmente a Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos<sup>21</sup>, a

---

<sup>21</sup> “A pesquisa da Cesta Básica de Alimentos (Ração Essencial Mínima) realizada hoje pelo Dieese em 27 capitais do Brasil acompanha mensalmente a evolução de preços de treze produtos de alimentação, assim como o gasto mensal que um trabalhador teria para comprá-los. Outro dado importante da pesquisa são as horas de trabalho necessárias ao indivíduo que ganha salário-mínimo, para adquirir estes bens. O salário-mínimo necessário, também divulgado mensalmente, é calculado com base no custo mensal com alimentação obtido na pesquisa da Cesta.” (DIEESE, 2016, p. 8).

qual calcula o Salário-Mínimo Necessário para atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, considerada a composição de dois adultos e duas crianças (DIEESE, 2016, p. 10). Segundo tal estrutura, o salário-mínimo necessário apontado para o mês de março de 2023 seria R\$ 6.571,52 (DIEESE, s.d.).

A subordinação às programações delimitadas pela plataforma é nítida, configurando-se uma subordinação programada ou algorítmica, de modo que uma análise da exploração “também sob uma perspectiva de gênero, evidencia uma tendência de intensificação dessa divisão sexual da precarização do trabalho” (CIRINO, 2022, p. 60 e 69). Isso agrava a vulnerabilidade das mulheres, como grupo social, no mercado de trabalho.

A exploração do trabalho doméstico sob este contexto “agrava os problemas de gênero, classe e raça dessa categoria ocupacional, por intensificar a divisão sexual da precarização do trabalho no capitalismo da era digital” (CIRINO, 2022, p. 51). Isto se soma ao não reconhecimento de vínculo empregatício, inerente às intenções das empresas exploradoras de mão-de-obra por meio de plataformas tecnológicas.

Como já elucidado, o não reconhecimento do vínculo empregatício e de seus direitos intrínsecos se dá mediante a criação de uma ilusão de inexistência do elemento da subordinação. Ilusão porque, ainda que não correspondam à concepção clássica de subordinação, as atividades são executadas sob o controle empresarial e suas estruturas de poder.

Em abril de 2022 o Tribunal Superior do Trabalho (RR 100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma) proferiu relevante julgamento em um caso que pode ser considerado análogo no que concerne o elemento em análise. Em sua decisão, o relator Mauricio Godinho Delgado reconhece a existência de vínculo empregatício entre um motorista (trabalhador prestador de serviços) e a plataforma digital Uber do Brasil Tecnologia LTDA (em sentido amplo, empresa que organiza, oferta e efetiva a gestão de plataforma digital de disponibilização de serviços):

Recurso de Revista. Processo sob a égide da Lei 13.015/2014 e anterior à Lei 13.467/2017. Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Natureza jurídica da relação mantida entre os trabalhadores prestadores de serviços e empresas que organizam, ofertam e efetivam a gestão de plataformas digitais de disponibilização de serviços de transporte ao público, no caso, o transporte de pessoas e mercadorias. Novas formas de organização e gestão da força de trabalho humana no sistema capitalista e na lógica do mercado econômico. Essencialidade do labor da pessoa humana para a concretização dos objetivos da empresa. Projeção das regras civilizatórias do direito do trabalho sobre o labor das pessoas naturais. Incidência das normas que regulam o trabalho subordinado desde que não demonstrada a real autonomia na oferta e utilização da mão de obra do trabalhador (art. 818, II, da clt). Confluência dos princípios constitucionais humanistas e sociais que orientam a matéria (Preâmbulo da CF/88; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, *caput* e seus incisos e parágrafo único; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193, todos da Constituição de 1988). Vínculo de emprego. Dados fáticos constantes do acórdão regional referindo-se a relação socioeconômica abrangente de período de

quase dois meses. Presença dos elementos integrantes da relação empregatícia. Incidência, entre outros preceitos, também da regra disposta no parágrafo único do art. 6º da CLT (inserida pela lei n. 12.551/2011), a qual estabelece que “*os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”. Presença, pois, dos cinco elementos da relação de emprego, ou seja: pessoa humana prestando trabalho; com pessoalidade; com onerosidade; com não eventualidade; com subordinação. Ônus da prova do trabalho autônomo não cumprido, processualmente (art 818, CLT), pela empresa de plataforma digital que arremata, organiza, dirige e fiscaliza a prestação dos serviços especializados de serviços de transporte. [...] Recurso de revista conhecido e provido. (RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022). (itálicos no original)

Conforme a argumentação do Ministro, para o atendimento dos clientes, as plataformas têm o objetivo de reunir prestadores de serviços, coordená-los, supervisioná-los e direcioná-los. Para isso, os modos de organização e gestão de mão-de-obra que surgiram na estrutura do mercado capitalista e sua lógica lucrativa caracterizam a materialização de propósitos empresariais. Destacando o parágrafo único, do artigo 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943), o reconhecimento do trabalho subordinado deve ocorrer.

Assim, há no acórdão a inferência de que se trata de uma empresa para a qual são prestados serviços por um trabalhador do aplicativo digital, com presença clara dos elementos constituintes de uma relação de emprego. Ou seja, o trabalho é realizado por uma pessoa humana; com pessoalidade, posto que existe um cadastro individual, o qual conta com dados pessoais e bancários, bem como supervisão e avaliação individualizada dos serviços; onerosidade; não eventualidade, considerando que o trabalhador era naturalmente parte da operação da empresa e sua atividade não era casual ou relacionada a ocorrências esporádicas; e a subordinação, conforme relacionado no parágrafo anterior.

A partir das premissas presentes na decisão no Tribunal Superior do Trabalho, entende-se que pode ser considerada a possibilidade de reconhecimento de uma relação de emprego padrão. Tal conclusão se fundamenta na inteligência de que os trabalhadores vinculados aos aplicativos onde há possibilidade de contratação de trabalho reprodutivo sequer precisariam contar com a incidência dos elementos especiais do trabalho doméstico, porque a empresa detentora da tecnologia e que explora a mão de obra obtém resultados lucrativos relacionados à atividade.

Desse modo, uma vez verificados os cinco elementos fático-jurídicos gerais de uma relação de emprego padrão, ou seja, prestador de serviços pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação às estruturas de poder e controle, existe uma relação fática de emprego entre a empresa (que coordena, propõe e executa a plataforma digital

de fornecimento de serviços) e o prestador de serviços domésticos. Todavia, tal relação não é formalmente reconhecida, nem os direitos e as garantias a ela concernentes, propagando e multiplicando as inseguranças enfrentadas por essa categoria ocupacional.

Assim, além do enfrentamento das adversidades intrínsecas ao trabalho reprodutivo remunerado, há ainda a soma de privações e problemas impostos pela plataformização. Marcada pela manifestação da precariedade com maior intensidade sobre determinados grupos sociais e pela divisão sexual da precarização do trabalho (HIRATA, 2009, p. 24 e 26), a desvalorização dos serviços domésticos na estrutura do mercado de trabalho apresenta uma intensificação com o uso das plataformas digitais.

Sob as circunstâncias elucidadas, as trabalhadoras são desprovidas de sete garantias que, reunidas, configuram o trabalho precário conforme delineado por Guy Standing (2014, p. 28). Tratam-se das garantias 1) de mercado, sem oportunidades de trabalho com renda satisfatória; 2) de vínculo empregatício; 3) de segurança no emprego, privadas de chances de ascensão social e econômica; 4) de segurança do trabalho, inexistindo prevenção contra acidentes e doenças no trabalho como, por exemplo, a observância de normas de segurança e saúde; 5) de reprodução de habilidades, ou seja, de aprimoramento de conhecimentos relacionados à profissão; 6) de remuneração, posto que não possuem renda estável e apropriada para sua subsistência, garantida por intermédio de mecanismos como o salário mínimo, por exemplo; 7) de representação, sendo uma categoria coletivamente enfraquecida.

Portanto, são notadas ambas as categorias estudadas e os desafios de precarização laboral que sofrem, de modo que sua combinação faz com que o trabalho reprodutivo venha a ser ainda mais desvalorizado e invisibilizado quando realizado por meio de plataformas.

## **5 CONCLUSÃO**

Desde seus primórdios, o ser humano em sociedade enfrenta reveses em sua capacidade de garantir a existência de igualdade no corpo social, a que hoje chamamos de dignidade humana. A despeito de notáveis melhorias terem sido conquistadas em múltiplos aspectos sociais e humanitários, por séculos parecemos encarar problemas semelhantes, apenas com novas roupagens. Tem-se uma triangulação repleta de emaranhados, que o texto buscou deslindar.

A compreensão sobre como o sistema patriarcal subjuga as mulheres à realização do trabalho reprodutivo e reduz este a uma contribuição com natureza de benevolência à família e não merecedor de remuneração.

A percepção de que o legado da escravidão reproduz até os dias de hoje ideais de servidão que circundam o trabalho doméstico, ao qual se remete um caráter de geração de *status* social daqueles que usufruem do trabalho sobre aqueles que o prestam.

E o reconhecimento de que a combinação desses sistemas sociais de opressão, dominação e discriminação faz as mulheres negras as mais graves vítimas de suas violências e mazelas.

A intelecção de que o avanço do capitalismo neoliberal se apossa da flexibilização trabalhista para suprimir direitos como remuneração mínima e garantias básicos, e sua evolução tem alastrado pelas mais variadas atividades laborais, dentre as quais o trabalho reprodutivo doméstico está.

Assim, com a pesquisa buscou-se discorrer sobre os complexos reveses que a interseccionalidade dos preconceitos de gênero e raça, e do avanço do capitalismo, constrói. Conclui-se que a aglutinação analisada torna ainda mais precária uma categoria já precarizada, posto que a plataformização aprofunda as fragilidades do trabalho doméstico.

Apesar de ser proveitoso tal entendimento, ele apenas não se basta e restam inúmeras perguntas a serem desenvolvidas. Cumpre citar como inquietações resultantes desta pesquisa: quem são as pessoas físicas que exercem o trabalho reprodutivo doméstico por meio de plataformas? Como podemos chegar até elas, para depreender ações com pessoas reais? Como garantir que essas pessoas gozem do trabalho doméstico decente?

Recordando inclusive a global importância destes temas, abarcados nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nº 5. Igualdade de gênero, nº 8. Trabalho decente e crescimento econômico e nº 10. Redução das desigualdades, do plano da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU, s.d.).

Com o presente texto, espera-se ter conseguido dar ao menos um primeiro passo em direção à resolução de tantas questões.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*? **Estudos Avançados**, v. 34, n. 98, pp. 111-126, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.008>. Acesso em: 16 jun. 2021.

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paula Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a COVID-19.

**Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, v. 3, pp. 1-21, 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/74/37>. Acesso em: 07 mai. 2021.

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIM, Henrique; GROHMANN, Rafael. Uberização e plataformização do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas. **Sociologias** [online], v. 23, n. 57, pp. 26-56, epub. 20 set. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/15174522-116484>. Acesso em: 22 set. 2022.

APPLE. **App Store**. Disponível em: <https://www.apple.com/br/app-store/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. **O tempo do trabalho das empregadas domésticas: tensões entre dominação/exploração e resistência**. 2009. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade Federal de Pernambuco (CFCH), Recife, 2009. 319 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9427>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ, 01 maio 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013. **Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais**. Brasília, 2 abr. 2013. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. **Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico**; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, 1 jun. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm#art46](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm#art46). Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006. **Altera dispositivos das Leis nº s 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949**. Brasília, 19 jul. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111324.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111324.htm). Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. **Declara extinta a escravidão no Brasil**. Rio de Janeiro, 13 maio 1888. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art). Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. **Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências**. Brasília, 11 dez. 1972. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5859-11-dezembro-1972-358025-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho (3ª turma). **Recurso de Revista nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066**. Recorrente: Elias do Nascimento Santos. Custos Legis: Ministério Público do Trabalho. Recorrido: Uber do Brasil Tecnologia LTDA e outros. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 11 de abril de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/b4f05b716c668bb027c5cbf0913c77fc>. Acesso em: 09 maio 2023.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho (6ª turma). **Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136**. Agravante: Olivia Bernadete Michellim. Agravado: Isabel Sebastiana Pereira Da Silva e outro. Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, 25 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/232816f45494a9708ee61518b34359e7>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho (8ª turma). **Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-1001110-22.2018.5.02.0061**. Agravante: Waldemar Verdi Junior. Agravada: Ivana Almeida Borba. Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, 27 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/fe7f4aa7cf7a42e27ddf229e654b45c0>. Acesso em: 13 abr. 2023.

CHERRY, Miriam A. Beyond misclassification: The digital transformation of work. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Forthcoming, Saint Louis U. Legal Studies Research Paper, n. 2, 20 fev. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2734288>. Acesso em: 27 jul. 2022.

CIRINO, Samia Moda. Divisão sexual da precarização do trabalho no capitalismo da era digital: a lógica da subvalorização do trabalho de domésticas em plataformas tecnológicas. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 22, n. 42, p. 51-74, 4 maio 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.31512/rdj.v22i42.112>. Acesso em: 21 abr. 2023.

COUTINHO, Raianne Liberal; FERREIRA, Mariana Maciel Viana. **A uberização do trabalho doméstico em tempos de pandemia**: Precarização de uma categoria precarizada. Revista Palavra Seca, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, mar./ago. 2021, p. 125-147. Disponível em: <https://palavraseca.direito.ufmg.br/index.php/palavraseca/article/view/3>. Acesso em: 01 set. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 Ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **O Novo Manual do Trabalho Doméstico**. 2 Ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Infográfico: Trabalho doméstico no Brasil**, abr. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/infografico/2022/trabalhoDomestico.html>. Acesso em: 24 nov. 2022.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 25 abr. 2023.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Metodologia**, 15 fev. 2016. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/metodologia/metodologiaCestaBasica2016.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

DUARTE, Bárbara; PEREIRA, Flávia Souza Máximo; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Desvalor jurídico do trabalho reprodutivo: uma crítica político-econômica do feminismo ao Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**, v. 24, n. 47, p. 35-62, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n47p35-62>. Acesso em: 12 maio 2023.

ENGEL, Cíntia; PEREIRA, Bruna C. J. A organização social do trabalho doméstico e de cuidado: considerações sobre gênero e raça. **Revista Punto Género**, Santiago, v. 5, pp. 4-24, nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/0719-0417.2015.376588>. Acesso em: 24 nov. 2022.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. **Proteção e obediência**: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro 1860-1910. Tradução: Viviana Bosi. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

HARKOT-DE-LA-TAILLE, Elizabeth; SANTOS, Adriano Rodrigues dos. Sobre escravos e escravizados: percursos discursivos da conquista da liberdade. In: III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade, 2012, Campinas. **Anais do III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade: Desafios e percursos na contemporaneidade**. Disponível em: [https://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/HARKOT\\_DE\\_LA\\_TAILLE\\_ELIZABETH.pdf](https://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/HARKOT_DE_LA_TAILLE_ELIZABETH.pdf). Acesso em: 19 abr. 2023.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 11, n. 21, jan./jun. 2009, p. 24-41. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222009000100003>. Acesso em: 24 abr. 2023.

HOOKS, Bell. Intelectuais negras. **Revista Estudos Feministas**, v. 3, n. 2, pp. 464-478, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16465>. Acesso em: 24 nov. 2022.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas Sociais**: População: PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 25 nov. 2022.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Notícias:** PNAD Contínua - Com taxa de 8,6%, desemprego volta a crescer no trimestre até fevereiro. Agência de notícias IBGE. Rio de Janeiro, RJ, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36569-com-taxa-de-8-6-desemprego-volta-a-crescer-no-trimestre-ate-fevereiro>. Acesso em: 24 abr. 2023.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Notícias:** PNAD Contínua - Desemprego cai para 11,9% na média de 2019; informalidade é a maior em 4 anos. Agência de notícias IBGE. Rio de Janeiro, RJ, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos>. Acesso em: 09 ago. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Notícias:** PNAD Contínua - Desemprego fica em 14,6% no trimestre até maio e atinge 14,8 milhões de pessoas. Agência de notícias IBGE. Rio de Janeiro, RJ, 30 jul. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31255-desemprego-fica-em-14-6-no-trimestre-ate-maio-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 09 ago. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Notícias:** PNAD Contínua - Desemprego segue em queda e chega a 8,3% no trimestre encerrado em outubro. Agência de notícias IBGE. Rio de Janeiro, RJ, 30 nov. 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/35632-desemprego-segue-em-queda-e-chega-a-8-3-no-trimestre-encerrado-em-outubro>. Acesso em: 07 fev. 2023.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 67-75.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Início: Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PARAFUZO. **Escolha um serviço**. Disponível em: <https://parafuzo.com/limpeza/contratar/padrao/>. Acesso em: 25 abr. 2023.

PARAFUZO. **Parafuzo - Limpeza, Passadoria e Montagem de Móveis**. Disponível em: <https://parafuzo.com/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PARAFUZO. **Termos e Condições de Uso**. Disponível em: <https://parafuzo.com/termos-de-uso/>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PEREIRA, Virgínia Areias. **Herança escravocrata e trabalho doméstico remunerado: rupturas e permanências**. 2012. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade

Federal de Pernambuco (CFCH), Recife, 2012. 114 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/19121>. Acesso em: 09 nov. 2022.

PONCHIO, Milena Libralon Kosaki. **Precarização do trabalho no Brasil**: competitividade e percurso da regulação trabalhista à luz dos impactos ocasionados pelas transformações de mercado. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021. 125 f.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy. **Trabajo y Derecho**, n. 69, pp. 1-8, set. 2020. Disponível em: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2020/09/el-test-de-laboralidad-y-la-gig-economy-td-69-wsanguineti.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

SANTANA, Raquel Leite da Silva. **O Trabalho de Cuidado Remunerado em Domicílio como espécie jurídica do Trabalho Doméstico no Brasil**: uma abordagem trabalhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus. 2020. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38850>. Acesso em: 22 set. 2022.

SANTOS, Leonardo Alves dos; DUTRA, Renata Queiroz. Regulação do trabalho, neoliberalismo e pandemia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**, v. 25, n. 50, p. 197-218, maio 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2022v25n50p197-218>. Acesso em: 12 maio 2023.

SLEE, Tom. **Uberização**: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

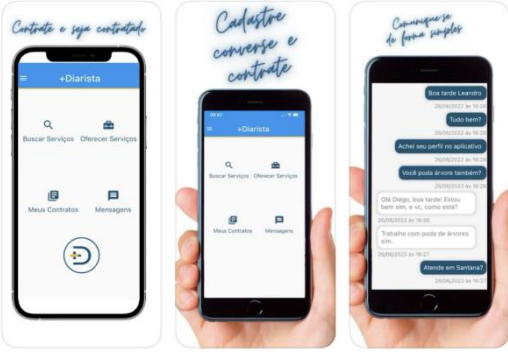
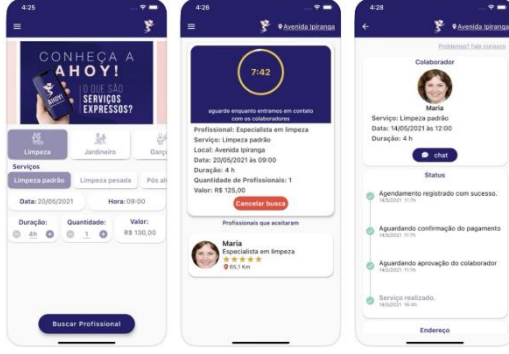

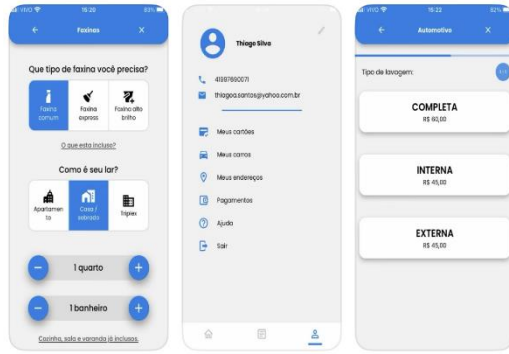
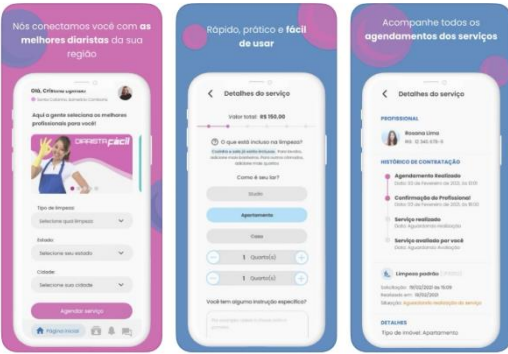
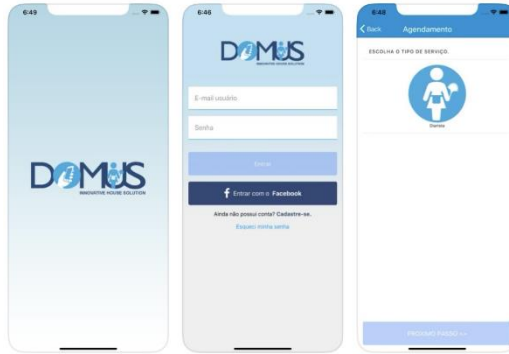
SOUSA, Luana Passos de; GUEDES, Dyeggo Rocha. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 87, p. 123-139, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142016.30870008>. Acesso em: 14 ago. 2022.


STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. 1 Ed; 1 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **O cuidado como trabalho**: uma interpelação do direito do trabalho a partir da perspectiva de gênero. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2018.tde-30102020-143919>. Acesso em: 13 set. 2022.

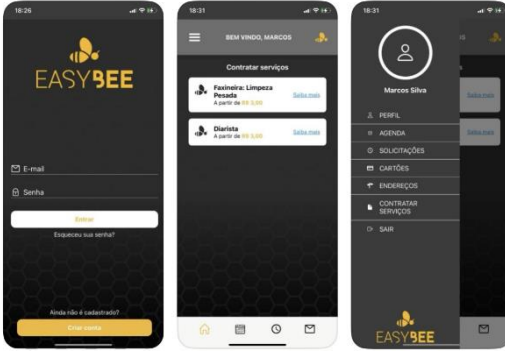
**Submissão: 15/05/2023. Aprovação: 13/01/2024**

**ANEXO - Aplicativos catalogados na busca realizada na App Store**

<p><b>1</b></p> <p><b>+Diarista</b> Estilo de vida ★★★★★ 1</p> <p><b>OBTER</b></p> 	<p><b>2</b></p> <p><b>Ahoy Serviços Expressos</b> Contrate serviços expressos ★★★★★ 10</p> <p><b>OBTER</b></p> 
<p><b>3</b></p> <p><b>Care4You - Marketplace</b> Saúde, beleza e bem-estar! Compras Dentro do App</p> <p><b>OBTER</b></p> 	<p><b>4</b></p> <p><b>Clin Serviços</b> Limpeza, cuidados e tecnologia ★★★★★ 2</p> <p><b>OBTER</b></p> 
<p><b>5</b></p> <p><b>Diarista Fácil - CLIENTE</b> Encontre as melhores diaristas ★★★★★ 18</p> <p><b>OBTER</b></p> 	<p><b>6</b></p> <p><b>Domus Serviços Reside...</b> Negócios ★★★★★ 6</p> <p><b>OBTER</b></p> 

**7**  **EasyBee - Cliente**  
Utilidades  
★★★★★ 1

**OBTER**



**8**  **Famyle - Contrate para...**  
Cuidando de todas as famílias  
★★★★☆ 159

**OBTER**  
Compras Dentro do App



**9**  **FIXO – Serviços para a...**  
Cuidados da casa profissionais  
★★★★★


**OBTER**




**10**  **GetNinjas - Contratar s...**  
Profissionais qualificados  
★★★★★ 11 mil


**OBTER**




**11**  **HELPIE! Contrate Servi...**  
Encontre Profissionais!  
★★★★★ 356

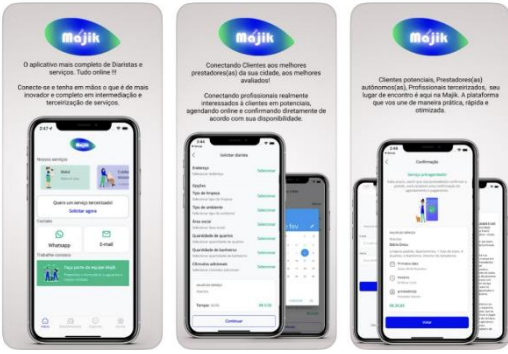
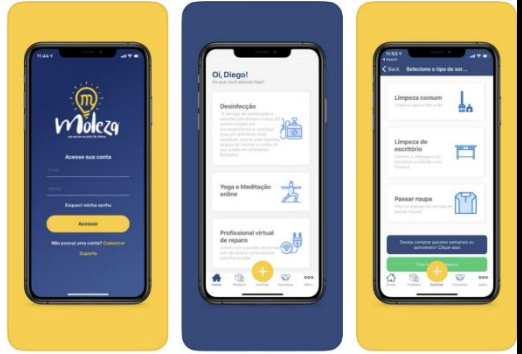


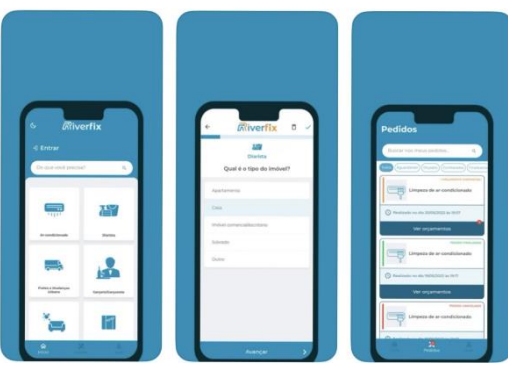
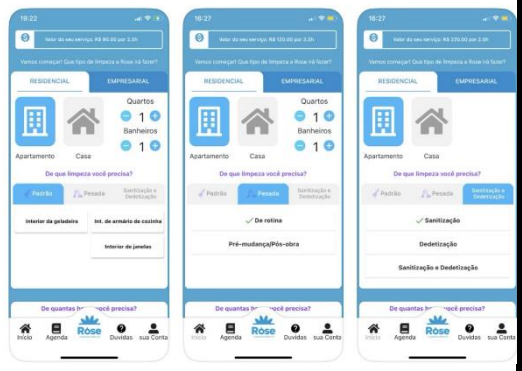
**OBTER**

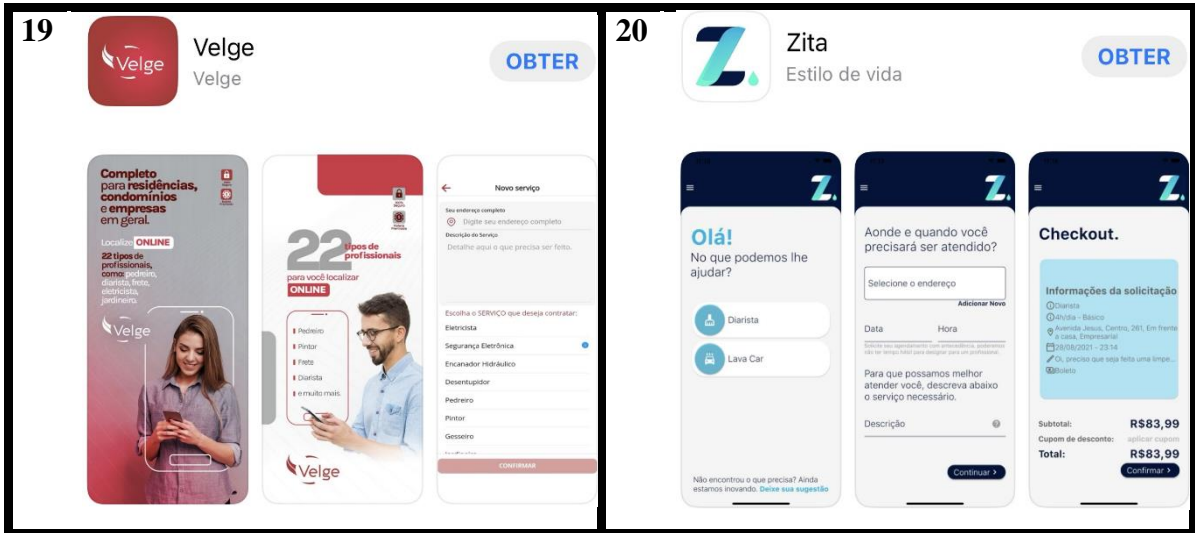


**12**  **Job - Serviços Gerais**  
Clientes e Profissionais  
★★★☆☆ 11

**OBTER**



<p><b>13</b></p> <p><b>Majik</b> Diaristas, Faxinas e Serviços ★★★★★ 1</p> <p><b>OBTER</b></p>  <p>O aplicativo mais completo de Diaristas e serviços. Tudo online! Conecte-se e tenha em mãos o que é de mais inovador e completo em intermediação e formalização de serviços.</p> <p>Conectando Clientes aos melhores prestadores(a) de sua cidade, aos melhores avaliados! Conectando profissionais realmente interessados a clientes em potenciais, agendando online e confirmado diretamente de acordo com sua disponibilidade.</p> <p>Clientes potenciais, Prestadores(a) autônomos(a), Profissionais remunerados, seu lugar de encontro é aqui na Majik. A plataforma que em uma de maneira prática, rápida e otimizada.</p>	<p><b>14</b></p> <p><b>MolezaApp</b> Utilidades ★★★★★ 15</p> <p><b>OBTER</b></p>  <p>Olá Diego! Desinfecção Higiene e higienização online Profissional virtual de reparos</p> <p>Limpeza comum Limpeza de escritório Passar roupa</p>
<p><b>15</b></p> <p><b>Parafuzo - Diaristas e F...</b> Limpeza e Passadoria para vo... ★★★★★ 3,6 mil</p> <p><b>OBTER</b></p>  <p>Contrate uma diarista em poucos toques!</p> <p>Escolha o serviço ideal para o seu lar</p> <p>Faça um orçamento sem compromisso</p> <p>Agende uma faxina online</p> <p>Escolha um serviço</p> <p>Como é seu lar?</p> <p>Qual a frequência das diárias</p>	<p><b>16</b></p> <p><b>Pilar - Doméstica e em...</b> Utilidades ★★★★★ 3</p> <p><b>OBTER</b> Compras Dentro do App</p>  <p>Encontre a profissional ou emprego ideal</p> <p>Escolha entre nossas categorias</p> <p>Profissionais podem anunciar seus serviços de forma gratuita</p>
<p><b>17</b></p> <p><b>Riverfix</b> Riverfix Serviços ★★★★★ 1</p> <p><b>OBTER</b></p>  <p>Qual é o tipo de imóvel?</p> <p>Pedidos</p>	<p><b>18</b></p> <p><b>Rose</b> Chame Rose ★★★★★ 2</p> <p><b>OBTER</b></p>  <p>RESIDENCIAL EMPRESARIAL</p> <p>Quartos 1 Banheiros 1</p> <p>Apartamento Casa</p> <p>De que limpeza você precisa?</p> <p>Padrão Padrão Sanitização e Desinfecção</p> <p>Interior de geladeira Interior de cozinha Interior de paredes</p> <p>De quantas vezes você precisa?</p> <p>Pre-moedura/Pré-obra Dedetização Sanitização e Desinfecção</p>



## **FAKE NEWS E MEMÓRIA COLETIVA: REPERCUSSÕES NO ESTADO DE INOCÊNCIA CONSTITUCIONAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DA PERSONALIDADE**

*FAKE NEWS AND COLLECTIVE MEMORY: REPERCUSSIONS ON THE STATE OF CONSTITUTIONAL INNOCENCE AS A FUNDAMENTAL RIGHT OF PERSONALITY*

Débora Alécio<sup>1</sup>  
*UniCesumar*

Gustavo Noronha de Ávila<sup>2</sup>  
*UniCesumar*

### **Resumo:**

A presente pesquisa tem como objetivo central explorar a ligação entre as *Fakes News* e a síndrome das falsas memórias como possível (in)efetividade da busca da “verdade” no processo penal. As falsas memórias são lembranças construídas ou distorcidas por sugestões, pressões sociais e outras influências. Estando diante do plano jurídico, tais memórias podem resultar em acusações injustas e condenações errôneas, afetando diretamente os direitos da personalidade no que tange a identidade humana. Desta forma, este artigo argumenta sobre a preocupação da justiça no caso concreto frente a grande incidência de prova testemunhal nos processos para solução dos delitos que permeiam a sociedade. Para a realização do mesmo, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com a pesquisa bibliográfica em diferentes plataformas de pesquisa científica sobre o tema, como em bibliotecas físicas e virtuais, artigos científicos e na legislação vigente. Com o trabalho observou-se que as *Fake News* são fatores que podem permear as memórias, alterando-as falsamente no seio social, ao passo que sua incorporação tem reflexos catastróficos nos processos penais frente as provas testemunhais, pois ferem os direitos fundamentais da personalidade com a descaracterização da identidade do acusado.

### **Palavras-chave:**

Falsas memórias. Processo penal. Direitos da personalidade. Direito à identidade. *Fake News*.

### **Abstract:**

The main goal of this research is to explore the connection between Fake News and the false memories syndrome as a possible ineffectiveness of the search for truth in the criminal process. False memories are memories constructed or distorted by suggestions, social pressures, and other influences. Being at the legal level, such memories can result in unfair accusations and erroneous convictions, directly affecting personality rights with regard to human identity. In this way, this article argues about the concern of justice in the specific case given the high incidence of testimonial evidence in processes to resolve crimes that permeate society. To carry it out, the hypothetical-deductive method was used, with bibliographical research on different scientific research platforms on the topic, such as physical and virtual libraries, scientific articles and current legislation. With the work it was observed that Fake News are factors that can permeate memories, falsely altering them within society, while their

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas e Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), no Espírito Santo. Pós-graduada em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR. Graduada no Curso do Direito da Instituição de Ensino Superior UNICESUMAR. Realização de graduação-sandwich em Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto-Portugal, no período de 2015-2016. Advogada.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2004), Mestrado (2006) e Doutorado (2012) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Realizou Estágio de Pós-Doutoramento, sob a supervisão da Profa. Dra. Lilian Milnitsky Stein, no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS (2018). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciência Jurídica da Universidade Cesumar.

incorporation has catastrophic consequences in criminal proceedings in the face of testimonial evidence, as they violate the rights of the personality with the mischaracterization of the identity of the accused.

**Keywords:**

False memories. Criminal proceedings. Personality rights. Right to identity. Fake News.

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto jurídico contemporâneo, as investigações e julgamentos de casos criminais frequentemente dependem da chamada prova penal dependente da memória (CECCONELLO, ÁVILA; STEIN, 2018) como um dos pilares fundamentais da busca pela “verdade”.

É no âmbito do processo penal em que se busca a imparcialidade como um vetor essencial para a concretização dos princípios fundamentais ao ser humano na solução dos delitos que ocorrem no meio social. Assim, vislumbra-se um abandono da concepção unilateral de um processo restrito à aplicação do *ius puniendi*, que servia apenas como um instrumento para o exercício do direito de punir do Estado.

Desta forma, o foco deve estar na preservação da dignidade do indivíduo, com a devida proteção das garantias inerentes a um Estado Democrático de Direito. O imputado deve ser tratado como efetivo sujeito no processo, e não mais como mero objeto.

Levando tais considerações sobre o processo penal e a proteção do indivíduo em apreço, o ambiente social da atualidade é caracterizado pela disseminação generalizada de informações enganosas, desinformação e notícias falsas, popularmente conhecidas como *Fake News* (PAIVA, 2019). Essa realidade complexa apresenta um desafio significativo para o sistema de justiça, pois coloca em questão a integridade da prova testemunhal e, em última instância, os direitos da personalidade das partes envolvidas em processos penais.

Partindo destas breves concepções iniciais acerca da contextualização da temática da pesquisa, questiona-se: a disseminação de informações incorretas pode influenciar a formação de falsas memórias em testemunhas e, conseqüentemente, a integridade do sistema de prova dependente da memória e os direitos fundamentais da personalidade?

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar se a disseminação de informações incorretas e a exposição de testemunhas às *Fakes News* afetam os direitos da personalidade do acusado diante do sistema de provas penais.

Como objetivos específicos, esta pesquisa se propõe a investigar a influência da exposição de testemunhas a notícias falsas das partes processuais. Bem como, avaliar se há conseqüências desta disseminação na criação de falsas memórias e a influência na credibilidade

das testemunhas. E, por fim, se há a violação da personalidade humana e dos direitos correspondentes diante da possível formação de falsas memórias a partir das *Fake News*.

Essas são questões que merecem uma análise cuidadosa diante de sua complexidade, considerando o cenário em constante evolução das interações entre direito, psicologia e comunicação. A compreensão destes impactos na vida dos indivíduos acusados em um processo criminal torna-se um foco essencial para preservação da integridade do sistema de justiça, e consequentemente na garantia do respeito aos direitos fundamentais da personalidade.

Com este intuito, a pesquisa não possui apenas os aspectos legais envolvidos na temática, mas também as perspectivas psicológicas na formação de memórias falsas e a realidade devastadora das *Fake News* como força motriz de violação de garantias na seara individual.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo como escolha de abordagem ideal para investigar a problemática proposta. A busca de dados se deu por meio do procedimento teórico-bibliográfico a fim de investigar a exposição das testemunhas a informações enganosas frente aos direitos da personalidade, com coletas de dados realizadas em bibliotecas físicas e virtuais e sites de busca que permitiram o acesso as pesquisas acadêmicas sobre o tema. A escolha da biblioteca da UniCesumar (física e virtual) se deu frente a vasta bibliografia acerca dos direitos da personalidade e obras-base que centram as temáticas mais atuais e urgentes da sociedade atrelada ao Direito Penal. Bem como, sites de pesquisa como o Google Scholar, EBSCO, SCIELO e Portal de Periódicos da CAPES foram utilizados para buscar os temas relacionados as *Fake News*, falsas memórias, direitos fundamentais da personalidade e prova penal.

A escolha desta temática justifica-se pelas consequências e implicações que as *Fake News* podem gerar no contexto dos processos criminais. É crucial compreender como essas influências externas afetam não apenas a administração da justiça, mas também os direitos dos envolvidos. O perigo das *Fake News* é pauta da UNESCO (2018) diante da severidade dos fatos disseminados falsamente e a vulnerabilidade das pessoas que estão susceptíveis a estas inverdades. E ainda, conforme os estudos de Ávila e Siqueira (2018), o sistema penal está em xeque diante das temíveis condenações pautadas apenas na prova dependente da memória.

Com isto, toda a sociedade enfrenta desafios significativos relacionados à integridade e confiabilidade dos procedimentos legais que impactam diretamente a confiança no sistema de justiça. Logo, a pesquisa contribuirá para a proteção dos direitos da personalidade e garantias dos cidadãos envolvidos em processos penais, fortalecendo a justiça e a equidade diante das mudanças dinâmicas no contexto da sociedade da informação.

Quanto a estrutura do artigo, o segundo capítulo tratou sobre a busca da “verdade” que é perseguida no processo penal, diante das possibilidades jurídicas de se retratar o delito ocorrido diante da realidade brasileira, a qual se observa a grande utilização da prova penal dependente da memória para a resolução de questões penais. Já no terceiro tópico do desenvolvimento da pesquisa é abordado sobre a influência das *Fake News* e a criação de falsas memórias na coletividade como vetor de violação da identidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

## **2 A BUSCA DA “VERDADE”: UMA ANÁLISE DAS PROVAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL E A PARTICIPAÇÃO DA TESTEMUNHA**

A busca incessante pela “verdade” é uma das maiores responsabilidades impostas ao sistema judicial. No âmbito do processo penal, tal tarefa adquire conotações ainda mais desafiadoras, já que a “verdade” deve ser buscada no meio de uma teia complexa de possibilidades, em que a probabilidade de ocorrerem erros possui consequências dramáticas e irreparáveis.

As provas judiciais, encarregadas de conduzir a revelação dessa verdade, se inserem nesse contexto como um instrumento de vital importância para a efetivação da justiça, demandando uma análise apurada de sua função, eficácia e conformidade com os princípios jurídicos regentes no Estado Democrático de Direito.

O alcance do direito penal representa a conjuntura necessária para desenvolver um sistema que elucide quais são as situações e critérios que justificam a imposição da sanção penal, e como a autoridade judicial deve reagir a essa justificativa. Assim, tais regras devem englobar questões permissivas ou restritivas ao uso do poder coercitivo do Estado, pois cada domínio de conhecimento necessita de uma prévia delimitação a fim de possibilitar a regulação da sua lógica.

Acerca das questões que envolvem o direito penal, Zaffaroni (2000, p. 4) aduz que é preciso reconhecer que qualquer tentativa de definir o campo de conhecimento é, por vezes, desagradável, visto que os limites restringem um terreno de saber. Ao passo que,

Con esta advertência – que indica prudência – podemos completar el concepto, afirmando que el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.

O direito penal envolve um exercício de poder exercido pelos juristas, assim como uma programação, ao qual deve se levar em prática as possibilidades e limites de atuação, objetivando o fornecimento de critérios e requisitos coerentes para a orientação dos julgadores em suas decisões e casos apresentados ao judiciário.

Procedendo ao poder de punir e dentro os limites em que se impõe ao Estado de aplicar sanções àqueles que estão sobre a responsabilidade estatal, o processo penal surge como o instrumento de garantia efetiva a segurança jurídica dos indivíduos e meio de promoção das finalidades a qual as legislações criam para promover uma vida permeada pela paz social. Além de ser de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pois regula as relações entre o poder punitivo do Estado e o indivíduo. Por intermédio dele que se dá o devido processo legal, garantindo a todos os cidadãos os princípios da igualdade, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e juiz natural.

Substancialmente, o processo penal trabalha na proteção dos direitos individuais e coletivos, evitando que inocentes sejam injustamente punidos e que culpados fiquem sem a devida aplicação das normas restritivas comportamentais. Ele assegura que todas as investigações e julgamentos sejam realizados de maneira justa, equitativa e dentro das normas legais previstas, buscando alcançar a justiça materializada na adequação fática do comportamento ao tipo penal, conferindo realidade à expressão contida na Constituição Federal de 1988 que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Desta feita, são as provas penais que fornecem o substrato empírico para a decisão judicial dentro do processo devidamente instruído, servindo para clarificar os fatos e apresentar a “verdade” aos olhos da lei. Sem as provas que compõe o andamento processual, o julgador não tem elementos suficientes para fundar a sua decisão e a justiça não é alcançada no plano concreto.

A prova é apontada como o método pelo qual o magistrado se aproxima da “verdade”, convencendo-se da existência ou inexistência dos eventos com relevância jurídica no julgamento do caso. Além disso, as provas também salvaguardam os direitos do acusado, dando-lhe a oportunidade de contestar as alegações contra ele e provar sua inocência. Inversamente, as provas também possibilitam que o Estado prove o caso contra o acusado, estabelecendo a culpa além como é exigido pelo sistema penal.

Direcionando para uma análise dentro do processo penal, nota-se uma disputa de natureza factual. O Ministério Público ou a parte queixosa alega a ocorrência de eventos com relevância penal, enquanto a defesa refuta essas alegações negando os fatos. Assim, reside aqui

o maior desafio do processo, que é realizar uma reconstrução histórica dos eventos de acordo com regras lógicas e epistemológicas que regulam a investigação, a admissibilidade, a produção e a avaliação das provas. (BADARÓ, 2023, p. 375).

A palavra "prova" tem sua origem no latim "*probatio*", que abrange os significados de verificação, inspeção, exame, razão, aprovação e confirmação. Já no contexto jurídico, o termo "prova" refere-se especificamente à apresentação clara e evidente da veracidade ou autenticidade de algo, intrinsecamente ligado ao propósito de tornar inequívoca para o juiz a realidade de um fato (NUCCI, 2023, p. 380).

As provas penais precisam ser relevantes, lícitas e concretas para servirem como base para uma decisão judicial e comprovar a realidade alegada nos fatos. A coleta, manuseio e apresentação das provas também precisa seguir estritamente as diretrizes legais e éticas para garantir a integridade do processo jurídico.

Desta forma, o estudo da prova sobrepasa as fronteiras do mundo do direito, abrangendo a Epistemologia, Psicologia e outras áreas correlatas. De acordo com Badaró, a prova é aquilo que tem a capacidade de transmitir conhecimento sobre algo a alguém. E ainda, a prova como atividade probatória:

[...] significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução história dos fatos (por exemplo, a prova da alegação incumbe a quem a fizer - CPP, art. 156). A prova também pode ser considerada o meio de prova. Isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias. É nesse sentido que se fala em prova testemunhal, prova pericial etc (BADARÓ, 2023, p. 380).

Conforme se nota, o autor supramencionado ressalta que a prova se apresenta como um resultado hábil para o convencimento do juiz e das partes envolvidas no processo judicial. Tendo em mente que, as provas devem ser lícitas e realizadas de acordo com as garantias fundamentais do devido processo legal para que se alcance a almejada justiça.

Aury Lopes Júnior (2023, p. 395) destaca que o processo penal serve como um meio de fazer uma aproximação da reconstrução de um evento histórico preciso. Nesse contexto, as provas desempenham o papel de ferramentas que viabilizam essa recriação do evento passado com a complexa relação temporal inerente ao procedimento legal, com um juiz proferindo o julgamento no presente acerca de um fato ocorrido em um passado distante, baseado em provas coletadas em um passado próximo com consequências para o futuro. Fica palpável que os acontecimentos passados nunca poderão ser revividos devido a sua historicidade, e aquele que

está em julgamento já não é o mesmo que está sendo julgado, visto que seu presente no futuro será uma contínua revisitação ao passado.

Desta feita, o principal objetivo do juiz é reconstituir os eventos da maneira mais fiel possível ao que ocorreu na realidade. Essa tarefa de recriação é sempre uma aproximação, uma vez que é inviável replicar o evento em sua totalidade, visto que as circunstâncias das pessoas e objetos sofrem alterações com o decurso do tempo (CONDE, 2000, p. 37).

Presentemente, mesmo aqueles que se dedicam à filosofia da consciência reconhecem que a obtenção do conhecimento absoluto da “verdade” é uma meta inalcançável, pois o entendimento sobre um evento é perpetuamente relativo. Logo, para a reconstituição aproximada dos eventos que possivelmente constituem um ato criminoso, o juiz se vale de uma variedade de elementos que são considerados “provas” sobre a maneira como esses acontecimentos realmente se desdobraram.

Nas percepções de Conde, essas evidências englobam a observação visual, documentos, depoimentos de testemunhas, testemunhos de especialistas e, ainda que com alguma incerteza, as confissões do próprio acusado, juntamente com quaisquer outras provas permitidas pela lei. Desta feita, o valor informativo de cada um desses meios de prova está intrinsecamente relacionado ao que se busca comprovar, eivado de conclusões em diferentes graus de probabilidade (CONDE, 2000, p. 39).

Neste diapasão, Badaró (2023, p. 375) também defende que essa “verdade” atingida no processo nada mais é do que um elevado grau de probabilidade de que o enunciado fático seja verdadeiro. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da “verdade”, também é relativa. O magistrado tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Em suas palavras,

A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que de termina a verdade ou a falsidade dos enunciados no caso, da imputação feita no Processo Penal. [...] Assim, o juízo de fato no processo penal implica uma relação de correspondência entre linguagem e mundo, entre a proposição que descreve o que ocorreu e a realidade sobre a qual essa se refere, isto é, o "passado a ser reconstruído". O juiz deve, portanto, verificar se é verdadeira a afirmação de que o imputado praticou a conduta, enquanto essa corresponde a fatos da realidade (BADARÓ, 2023, p. 376).

No âmbito processual a realidade deve determinar a “verdade”, devendo existir uma relação de correspondência entre a expressão linguística que descreve o fato e um acontecimento fora do âmbito da linguagem, a qual é o objeto do julgamento. E com isto, a “verdade” alcançada dentro do processo confere legitimidade ao exercício da jurisdição, pois

caso contrário “seria melhor que o processo fosse decidido pela sorte, jogando-se dados” (BADARÓ, 2023, p. 377). A decisão deve estar fundamentada em uma atividade de construção racional, evitando o autoritarismo baseado apenas na vontade pessoal.

É neste ponto que centra o questionamento quanto a “verdade” que se tem diante do processo penal. Segundo Lopes Júnior, há autores que afirmam que a busca da “verdade” é o objetivo fundamental do processo. Entretanto, tal pensamento não se mostra adequado quando seu foco principal centra na “verdade” como um fator de legitimação do próprio processo. Com o alcance de estudos ao longo dos tempos, está corroborado que a busca de uma “verdade” mais consistente e com menos limites produziu uma “verdade” de menor qualidade, e até mesmo a confissão de delitos não cometidos pela admissão de tortura (LOPES JR., 2023, p. 403). Por conseguinte,

O mito da “verdade” (real) está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). O maior inconveniente da “verdade” (real) foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a “verdade”.

Conforme se observa, Lopes Júnior critica a “verdade” real como ponto de partida justificador de uma série de atrocidades às garantias de um bom andamento processual e diretamente aos direitos fundamentais pertencentes a cada ser humano. Em nome da “verdade”, muito se feriu a troco de obter uma noção de eventos do passado relacionado a delitos.

O discurso da “verdade” real reforça o autoritarismo estatal contra o indivíduo estigmatizado na relação processual, requerendo uma atenção especial diante desta condição que fere os preceitos legais (FERREIRA, 2018, p. 438). Na esfera criminal, a busca pela “verdade” encontra limitações ao considerar o respeito pelas garantias reconhecidas como intrínsecas ao ser humano, de modo que

En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura. Principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado “suero de la verdad”, el detector de mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial. (CONDE, 2000, p. 101).

Dentro do processo penal, apenas a “verdade” formal ou processual é considerada legítima. Para chegar nesta “verdade”, deve-se seguir o modelo formalista por intermédio da estrita observância das regras relacionadas as garantias processuais penais e constitucionais.

A “verdade” formal surge em contraste à “verdade” material e está arraigada na expressão “o que não está nos autos não está no mundo”. À vista disto, a deliberação do juiz deve ser moldada pela prova constante no processo, pois esta “verdade” alcançada e humanamente possível pode ou não ter correspondência com os fatos que aconteceram na realidade além dos autos (GRUBBA, 2017, p. 273).

A “verdade” processual não tem a pretensão de ser uma “verdade” absoluta, visto que não é obtida por meio de investigações inquisitivas que não estejam relacionadas ao objeto do processo. Porém, ela é condicionada pela aderência rigorosa aos procedimentos e garantias de defesa, sendo mais restrita ao método de obtenção e adquirindo menos informações (LOPES JR., 2023, p. 404).

Logo, alcançar a “verdade” não representa o objetivo final do processo penal, mas sim um meio para a aplicação correta da lei penal, tendo como finalidade verificar a veracidade ou falsidade da acusação de que alguém tenha cometido um ato definido como crime (BADARÓ, 2023, p. 379-380). Nesse sentido, as provas permitem ao juiz determinar se a alegação feita na acusação está respaldada por elementos suficientes que atendam ao padrão de prova necessário para uma condenação.

Como se não bastasse apenas as dificuldades inerentes a busca da “verdade” no processo penal, há também de trazer à baila a complexidade diante da concepção da nominada “teoria dos jogos”, abordada por Alexandre Morais da Rosa. Ela é representada pelo populismo penal abrangendo a mídia, políticos, pressões de grupos corporativos e profissionais forenses. Em busca de seus interesses, egoístas ou não, esses grupos fazem do processo uma espécie de jogo onde cada um busca a vitória, e não a representação da justiça com o equilíbrio (ROSA, 2013, p. 10).

Para além disto, atualmente, apesar do avanço tecnológico, não é possível alcançar uma demonstração absolutamente livre de dúvidas da “verdade”, mesmo com o uso das perícias laboratoriais mais avançadas. E, se nem mesmo tais tecnologias são capazes de constatarem absolutas certezas, imagine a prova testemunhal? Assim, em todos os elementos de convicção existe a intervenção do elemento humano com naturais limitações, que sempre propicia algum tipo de dúvida (SILVEIRA; SILVEIRA, 2015, p. 225).

Côngruo ao pensamento de Conde (2000, p. 107-108) sobre a “verdade” no processo criminal, este deve obedecer a uma equidade entre a busca pela verificação dos fatos diante da dignidade da pessoa humana aplicada ao acusado:

El proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.

Assim, ao se refletir sobre o tema da “verdade” processual a partir de uma perspectiva crítica, pode-se inferir que a “verdade” não deve ser considerada como o fim em si mesmo, mas sim como um instrumento de efetividade da justiça. Acima de tudo, a “verdade” processual deve ser entendida como um compromisso ético e jurídico de se promover um ambiente de justiça, respeitando os direitos fundamentais e os limites da atuação estatal.

Nesta busca pela “verdade” possível dentro do trâmite processual penal, evidencia-se a figura da testemunha. Esta é a pessoa que “toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a “verdade”” (NUCCI, 2009, p. 98).

Cabe ao juiz avaliar o depoimento de cada testemunha no processo de formação de seu juízo de convicção. Devido às limitações técnicas geralmente presentes na polícia judiciária do Brasil, a evidência testemunhal frequentemente se torna o elemento central no sistema de justiça criminal brasileiro. Conforme Lopes Júnior (2023, p. 555), a prova testemunhal constitui-se o pilar de grande parte das decisões judiciais, seja para condenar ou absolver, mesmo diante de sua notória fragilidade e falta de confiabilidade.

Desta feita, tem-se que a testemunha possui um processo cognitivo sujeito a erros, evidenciando ainda mais a relação complexa entre o ser humano e o objeto de conhecimento, tendo relevância primordial diante da relação entre prova e a sentença aferida, sendo ponderado a sua qualidade.

A confiabilidade de uma testemunha não é uma “verdade” inquestionável, mas sim um aspecto que permite variações no que se refere à sua apreciação. Essa avaliação resulta da experiência, do entendimento psicológico, de fatores pessoais e profissionais, bem como do nível intelectual ou ético da testemunha. Todas estas questões inerentes a testemunha são levadas em consideração pelo magistrado em um contexto específico (CONDE, 2000, p. 100).

Sem contar a suscetibilidade a emoções que podem desviar da busca pela “verdade” possível no processo.

Os depoimentos das testemunhas são apresentados na primeira pessoa e devem ser interpretados como um ponto de vista subjetivo. Não se pode assumir que esses relatos capturem objetivamente todos os detalhes dos eventos, uma vez que a memória humana é limitada e não consegue abranger todos os aspectos sensoriais do ocorrido, dadas a complexidade e a natureza aleatória da situação. Portanto, é essencial recorrer a outras fontes de evidência para obter um panorama do acontecimento mais próxima possível (GESU; GIACOMOLLI, 2016, p. 154).

Frente a esta constatação, tem-se que a realidade no sistema judiciário brasileiro, e aqui, particularmente no processo penal, é de que a prova testemunhal é a que prevalece sobre as demais existentes. Assim, é a prova penal dependente da memória que é a mais utilizada em nosso meio forense (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 74), sujeitando a uma produção deficitária da “verdade” processual.

Além destas concepções sobre a prova testemunhal, de acordo com o estudo empírico de Ávila e Stein frente ao transcurso do tempo, observou-se que em média, um ano havia decorrido entre o fato criminoso e a coleta de provas da testemunha e vítima em juízo. Denota-se aqui que este tempo é considerado excessivo em função do natural processo de esquecimento, as quais são amplificadas com a passagem dos dias (STEIN; ÁVILA, 2018, p. 48).

A principal complicação relacionada aos depoimentos das testemunhas surge devido à sua dependência da memória humana. Esse problema pode ser compreendido a partir do campo da psicologia experimental, uma vez que a qualidade do testemunho é influenciada pelas inerentes limitações da memória humana e pelos fatores externos que afetam essa memória (BADARÓ, 2023, p. 496). Assim, tal temática será abordada no tópico da pesquisa seguinte.

Portanto, as provas penais devem buscar a “verdade” possível para o processo, que é a formal, devido à dificuldade de constar a “verdade” real de fatos históricos e ocorridos no passado. Bem como, até mesmo a “verdade” formal sofre riscos de não alcançar uma justiça aos acusados no âmbito penal, visto que a realidade brasileira é a evidente utilização massiva da prova testemunhal por conta da ausência de demais provas juntadas nos autos sobre os fatos. Assim, com a falibilidade e falta de credibilidade desta modalidade de prova, prejudica-se a busca da “verdade” processual resultando em possíveis condenações injustas. Será viável afirmar que há justiça nos processos criminais em que a condenação é pautada apenas na testemunha?

### **3 FAKE NEWS E A CRIAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS COLETIVAS: A MEMÓRIA DA TESTEMUNHA COMO UM PILAR DA JUSTIÇA OU COMO VETOR DE VIOLAÇÃO DA PERSONALIDADE DO ACUSADO?**

Seguindo a diante para a melhor compreensão da temática, é primordial a análise da discussão sobre a memória e sua interferência no processo penal. Como já abordado anteriormente, a prova testemunhal é dependente da memória humana, devendo ser objeto de estudo para compreender a importância dela no alcance da justiça, e verificar se interferências humanas podem afastar a efetividade do processo.

Primeiramente, tem-se que a memória corresponde na aquisição, formação, conservação e a evocação de dados. Também se pode referir à aquisição como aprendizagem, e a evocação pode ser conhecida como recuperação ou recordação (IZQUIERDO, 2002, p. 9). Desta feita, as recordações são apenas de eventos gravados e aprendidos.

Em uma conceituação de Alvarez *et al* (2005, p. 3), tem-se que a memória é a capacidade de armazenamento das formas de conhecimento adquiridas pelo ser humano e suas relações com o meio ambiente. Possui um condão de aprender novas experiências e correlacioná-las com dados já gravados, podendo construir novas ideias a partir destas conexões.

Importante destacar que as memórias não são adquiridas imediatamente na sua forma final, pois são suscetíveis à interferência. Observa-se que a formação de uma memória de longa duração, por exemplo, envolve uma série de processos metabólicos na estrutura cerebral até que sejam consolidadas (IZQUIERDO, 2002, p. 35). Estes efeitos refletem na vida dos cidadãos de modo coletivo e no aspecto individual de cada um.

Apesar da existência de ideias divergentes, e às vezes em conflito, há algumas afirmações fundamentais que recebem consenso entre os estudiosos da memória. Uma das observações de grande importância é que ela está longe de ser infalível, estando sujeita a equívocos, ilusões e distorções (SCHACTER; ADDIS, 2007, p. 773).

O processamento de informações foi exemplificado no modelo da memória sensorial visual proposto por Perling. Simultaneamente, o equivalente auditivo, conhecido como memória ecoica, começou a ser objeto de investigação. E com o tempo esses sistemas sensoriais passaram a ser considerados como parte integrante do processo de percepção. Inicialmente acreditava-se que esses sistemas resultavam em uma forma de memória de curto prazo concebida predominantemente de modo verbal, mas posteriormente se visualizou que ela era capaz de armazenar informações de outras modalidades sensoriais (BADDLEY; EYSENCK;

ANDERSON, 2011, p. 29) Com isto, o processo de memorização engloba a atenção aos estímulos recebidos, compreensão, codificação, estocagem e evocação quando requerido (ALVAREZ; CARVALHO; YASSUDA, 2005, p. 7). Estas etapas podem sofrer interferências a todo momento, seja no ato da percepção sensorial e até mesmo quando inquirir sua recordação.

Quanto à confiabilidade de nossas memórias, tem-se uma especial fragilidade do depoimento de testemunhas oculares, por partir de uma percepção sensorial rica de detalhes que nem mesmo a visão é capaz de captar na integralidade. Assim, em contextos criminais é frequente que a vítima concentre sua atenção na arma de fogo, em detrimento de outros detalhes periféricos, sendo mais difícil recordar com precisão o que realmente aconteceu. Além disso, ao analisar tais depoimentos de forma reflexiva, é importante destacar que as memórias podem ser alteradas na direção do que se espera lembrar, em vez de refletir com precisão os eventos que ocorreram de fato (COSTA, 2022, p. 112).

Não é de se descartar que a memória humana tem um papel crucial para a vida, e para além da vivência da rotina, é amplamente utilizada como um instrumento de evidência durante os processos legais. No entanto, sua natureza falível coloca esta prática sob escrutínio. Por se tratar de um sistema de armazenamento que está sujeito a alterações e distorções ao longo do tempo, a memória pode ser influenciada por uma série de fatores, incluindo o estresse, a pressão do tempo, a predisposição para acomodar informações que confirmam crenças preexistentes e até mesmo a manipulação intencional de informação.

Não obstante a falibilidade da memória, o esquecimento também é um fator que a altera e que são concomitantes, pois é impossível lembrar a totalidade das experiências vividas. A riqueza da linguagem também atua como um limitador da memória, pois recolhe apenas parcialmente e no instante em que se rememora fatos vividos, reformula-os (RIVERA, 2018, p. 1.195).

Partindo destas concepções iniciais e traçando os déficits da memória, tem-se a existência das falsas memórias, que são lembranças de um evento que não ocorreu, e se caso tenha de fato ocorrido, foi de maneira distinta da lembrada pelo indivíduo (BALDASSO; ÁVILA, 2018, p. 373). Tais distorções da realidade podem ser formadas por uma variedade de fatores, incluindo sugestões externas, pressuposições pessoais, ou predisposições cognitivas. Tais memórias distorcidas, apesar de falsas, podem ter impacto real e profundamente prejudicial em vários setores da sociedade, incluindo o campo jurídico.

De acordo com Ávila (2013, p. 111), existem essencialmente duas maneiras pelas quais falsas memórias podem ser formadas: por meio da introdução de informações enganosas

que parecem estar alinhadas com a experiência pessoal e, portanto, se incorporam à memória dessa experiência, ou através do processo normal de compreensão, onde são criadas espontaneamente devido a falhas inerentes no processo de retenção de memória.

Além das possíveis distorções internas e sem manifestação externa, há também a memória que é evocada por meio do *priming*, o qual consiste em pequenos fragmentos de informações para que possa se recordar de um evento específico completo (IZQUIERDO, 2002, p. 25). Sua utilização é feita rotineiramente por todos, porém diante da perspectiva do processo penal, relatar trechos da denúncia em uma audiência de oitiva de testemunha pode sugerir estímulos ao depoente, e criar uma memória que este indivíduo passará a acreditar que de fato aconteceu.

Com o enfoque na memória que pode ser sugestionada pelos fatores externos, tem-se que eventos posteriores acabam por intervir na recordação. Conforme Stein (2010, p. 26), “o efeito da sugestionabilidade na memória pode ser definido como uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior a ocorrência do evento original”. Até mesmo em situações da fase da infância é possível criar situações posteriores e incorporar na memória como se fossem reais. Assim,

The finding that an external suggestion can lead to the construction of false childhood memories helps us understand the process by which false memories arise. It is natural to wonder whether this research is applicable in real situations such as being interrogated by law officers or in psychotherapy. Although strong suggestion may not routinely occur in police questioning or therapy, suggestion in the form of an imagination exercise sometimes does. For instance, when trying to obtain a confession, law officers may ask a suspect to imagine having participated in a criminal act. Some mental health professionals encourage patients to imagine childhood events as a way of recovering supposedly hidden memories (LOFTUS, 1997, p. 73).

Conforme observado nas palavras de Loftus, a sugestão externa leva a construção de falsas memórias por provocar a imaginação de alguém. Destacando aqui como agentes da polícia ao interrogar um suspeito pode inspirar um processo criativo na memória, incorporando ações e traços de um crime relatado.

Dada esta concepção sobre a existência das falsas memórias, como podem se dar e o impacto na população, faz-se agora um link com a ocorrência das *Fakes News*, com a análise de como elas podem afetar a memória dos indivíduos e da sociedade como um todo.

As *Fake News* são conceituadas como informações criadas intencionalmente e divulgadas com o propósito de ludibriar e levar outras pessoas a acreditar em informações falsas ou questionar fatos que podem ser verificados. Além disto, tem um caráter sensacionalista e apelativo para as emoções dos que estão acessando, frente a capacidade viral de se espalhar

rapidamente, atingindo um determinado público principalmente nas redes sociais (PAIVA, 2019, p. 472). Por conta disto é que as plataformas de mídias sociais são tão utilizadas por todos, dando a acessibilidade de diversos conteúdos mesmo ausente a característica da veracidade.

Atualmente, a sociedade vive na era da hiperconectividade onde a informação é um elemento chave para a tomada de decisões, interferindo tanto no âmbito individual quanto no coletivo. A propagação de informações que sejam verdadeiras se torna imprescindíveis para a garantia de uma sociedade mais justa, transparente e democrática. Visto que no cenário nacional, a disseminação de informações verídicas reluz essencialidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito, permitindo que os cidadãos estejam devidamente cientes dos direitos e deveres que englobam a sua realidade social.

Á vista disto, de um lado tem-se as *Fake News* e do outro as falsas memórias. No caso das *Fake News*, essas falsidades são propagadas com o objetivo de enganar o público para atingir algum fim. Por outro lado, as falsas memórias são vivências que uma pessoa acredita verdadeiramente ter experimentado, mas que na realidade nunca ocorreram. Então questiona-se, existe conexão entre ambas as situações?

A conexão fica evidente quando a insurgência de *Fake News* tem a capacidade de alterar a memória dos indivíduos, seja no individual quanto no coletivo. Por exemplo, se alguém lê uma notícia falsa afirmando que um evento específico ocorreu, essa pessoa pode começar a acreditar que realmente se lembra desse evento. Por conseguinte, pode-se visualizar uma implantação de memória que pode ocorrer quando sugestões são feitas sobre eventos passados que não aconteceram. Através de técnicas de persuasão e repetição, as *Fake News* podem efetivamente "implantar" falsas memórias nas pessoas, levando-as a acreditar que se lembram de algo que na sua raiz é falso.

Desta forma, pode-se até mesmo destacar em especial a exposição de *Fake News* que são emocionalmente carregadas ou que se alinham a crenças pessoais, pois podem ser distorcidas ou criadas, tornando estas informações falsas consistentes com sua memória, levando a uma confiança inabalável na sua veracidade.

De acordo com Hashtroudi e Lindsay (1993, p. 3), as memórias não são registradas com marcações de sua origem, sendo determinada por meio de uma avaliação que envolve julgamentos heurísticos e sistemáticos. Assim, quando uma pessoa presencia um fato criminoso, ela realiza diversos julgamentos, analisando se há concordância com outras informações já obtidas sobre o que acredita daquele crime. Com isto, Murphy *et al* (2019) traz o estudo sobre tais fatos:

Instead, the source is inferred through a rapid evaluation of the memory details, including heuristic judgments (e.g., temporal, spatial, and affective qualities) and systematic judgments (e.g., comparing the memory with preexisting beliefs and knowledge). For example, when asked about a political scandal, a voter makes a series of judgments, both heuristic (Is this recollection vivid and detailed?) and systematic (Is this in line with other information I have about this politician?). False memories can arise when these mechanisms lead individuals to unwittingly manufacture thoughts and images and mistake them for prior experience.

O estudo acima analisou as *Fake news* e as falsas memórias a partir do contexto do referendo irlandês sobre o aborto, realizado em 2018. Para tanto, o experimento foi realizado na semana anterior à votação com 3140 participantes, que visualizaram seis notícias relativas à campanha: duas fabricadas e quatro autênticas.

48% dos pesquisados relatou a implantação de uma falsa memória para ao menos uma das notícias fabricadas, sendo que mais de um terço dos participantes (37%) relatou uma memória específica do evento falso. Durante a pesquisa, um aviso posterior à exposição das informações falsas, retificando o que fora divulgado, reduziu ligeiramente as taxas de falsas memórias. Porém, não foi suficiente para eliminá-las.

Foi apontado que os eleitores numa campanha política no mundo real são mais susceptíveis de formar memórias falsas para notícias falsas que se alinham com as suas crença. Os pesquisadores Frenda *et al* (2013) mostraram aos participantes eventos políticos verdadeiros e fabricados, e descobriram que os liberais eram mais propensos a recordar do presidente Bush de férias com um atleta famoso de beisebol após o furacão Katrina, enquanto os conservadores eram mais propensos a para lembrar do presidente Barack Obama apertando a mão do presidente iraniano Ahmadinejad. Observando que a absorção de eventos falsos, porém condizentes com a crença do indivíduo, é possível ocorrer, tornando-se facilmente aceito para a memória humana.

Danielle Polage (2012) conduziu um experimento no qual analisou se a familiaridade, ou seja, o contato prévio com notícias falsas aumentaria as taxas de confirmação de sua suposta veracidade. Os participantes foram expostos a novas histórias falsas, cada uma retratada pelo investigador como notícias verdadeiras. Após um intervalo de cinco semanas, os participantes que leram as histórias experimentais falsas classificaram-nas como mais verdadeiras e mais plausíveis do que os participantes que não foram expostos previamente às histórias. Além disso, houve evidências da criação de falsas memórias para a origem da notícia.

Os participantes que já tinham lido sobre as histórias eram mais propensos a acreditar que tinham ouvido as histórias falsas de uma fonte externa à experiência. Estes resultados

sugerem que a repetição de alegações falsas não só aumentará a sua credibilidade, mas também poderá resultar em erros na origem da fonte. As pesquisas denunciam a prejudicialidade para a democracia, pois distorce a percepção pública sobre os próprios institutos envolvidos pelo aparato estatal e as pessoas que a representam, deslegitimando a confiança e agregando um ceticismo generalizado. Logo, as *Fake News* afetam a democracia, evidenciando como a disseminação de informações falsas pode prejudicar o funcionamento adequado das instituições democráticas.

Neste diapasão, Araujo e Eichler (2023, p. 187) apontam em seus estudos sobre a repercussão das *Fake News* na política brasileira nas eleições de 2018. Neste evento a qual é focado na concretização da mais alta manifestação da cidadania e democracia, houve diversas notícias falsas e mecanismos de disseminação destas. Os impactos foram incalculáveis no cenário político, exercendo influência decisiva também em desenvolvimentos científicos e tecnológicos durante o seu período eleitoral.

Além disto, um estudo conduzido no Brasil revelou que no período entre 29 de janeiro e 31 de março de 2020 foram identificadas 70 notícias falsas sobre a COVID-19 no banco de dados do Ministério da Saúde. Acerca destas 70 inverdades, 40 relacionavam-se aos discursos das autoridades de saúde, 17 abordavam questões terapêuticas, nove tratavam das medidas de prevenção, duas diziam respeito aos prognósticos da doença e duas estavam associadas à vacinação (ROBAZZI *et al*, 2021, p. 346). A velocidade de propagação neste período pandêmico foi significativa, e demonstrou-se prejudicial a vida e saúde de milhares de brasileiros, gerando um impacto social drástico e catastrófico no país.

Ainda no contexto pandêmico no Brasil, ressalta-se uma Fake News que ganhou destaque nas redes sociais, na qual alegava que em Manaus caixões vazios estavam sendo enterrados, gerando pânico sobre a quantidade de mortes por Covid-19 na cidade, inflamando os números de óbitos. No entanto, investigações de veículos de imprensa, como Uol, G1 e BBC News, revelaram que a notícia era uma Fake News, pois o retrato do caixão vazio foi tirado em São Carlos-SP em 2017 e estava relacionada a um golpe em seguros de vida (LIVRAMENTO; PEREIRA, 2021, p. 22.203).

Frente a estes fatos que ocorreram e foram comprovados como Fake News, no contexto brasileiro e fora deste, observa-se que a memória dos cidadãos é afetada significativamente, alterando decisões e percepções sobre a verdadeira realidade. Com narrativas que se assemelham a crenças pessoais ou a gostos particulares, os cidadãos podem ter uma criação de falsa memória baseado em dados falsos, e serem facilmente manipulados.

Posto este ambiente de congruência entre as falsas memórias que podem surgir das *Fake News*, há uma situação ainda mais ampla que a esfera individual das falsas memórias. Visto que, com a ampla divulgação de notícias falsas, pode-se atingir falsas memórias coletivas, por extrapolar as fronteiras da memória individual. E como isso se daria?

Primeiramente, a memória coletiva se refere ao compartilhamento de informações, conhecimentos e experiências dentro de um grupo social. Esta partilha pelos membros de um determinada coletividade vai incorporando na própria essência do indivíduo, com crenças e valores culturais transmitidas de geração em geração. Além disso, a memória coletiva pode ser dinâmica, evoluindo com o tempo à medida que a cultura e a sociedade mudam.

A representação temporal coletiva é indispensável para a vida em sociedade, na qual a divisão social do tempo é resultado de convenções que expressam uma ordem de sucessão das diferentes fases da vida coletiva (RIVERA, 2018, p. 1.188). Logo, a memória coletiva é a recordação do passado de modo vivo no presente dos grupos (GONDAR, 2008, p. 3).

Desta forma, os eventos que são criados para propagar falsas informações com a utilização das mídias sociais, por exemplo, constituem memórias coletivas e integram a sociedade como além do indivíduo. E este, acaba por incorporar esta informação produzindo uma falsa memória, pois os fatos como narrados não aconteceram no mundo concreto.

Assim, as falsas memórias interferem diretamente no comportamento e na tomada de decisões de uma sociedade. Pois, o indivíduo particularmente considerado, sem saber da origem errônea da informação, passa a acreditar nesta memória coletiva falsa que se torna consolidada pelo grupo. E então, esta conexão entre as *Fake News* e a memória coletiva é justaposta pelos vieses de confirmação e a propensão humana para aceitar como verdadeiras as informações que confirmam suas crenças pré-concebidas.

Percebe-se que as memórias individuais se conectam à memória de grupos sociais maiores, pois possuem um papel importante na construção da história cultural e na manutenção da coesão social nas comunidades. Com isso, a manipulação de informações pode distorcer a percepção da realidade de uma coletividade e contribuir para a criação de memórias baseadas em fatos falsos.

Portanto, as *Fake News* e a formação de falsas memórias coletivas estão intimamente ligadas a uma questão de justiça, uma vez que elas apresentam um desafio significativo para a eficácia e legitimidade do sistema jurídico, principalmente diante de um processo criminal com a existência da prova testemunhal.

O estabelecimento da “verdade” é uma das pedras angulares da jurisdição penal, posto que determina não só a realização da justiça, mas também, a legítima punição do infrator. No

limiar do século XXI, esse postulado tem sido severamente desafiado pela emergência das *Fake News*, as quais têm o potencial de distorcer percepções, moldar narrativas e induzir à erro durante todo o processo penal, especialmente no que tangem às provas testemunhais.

Por meio da mídia e das redes sociais, a vida em sociedade pode se tornar um espetáculo, no qual questões judiciais e casos criminais são amplamente discutidos e debatidos ao público. A trivialização e a conversa com a maldade em relação à presunção de inocência são alimentadas pelo foco da atenção pública, pela procura do sensacionalismo e pela influência da opinião pública ao formar opiniões, mesmo que não condizentes com a realidade dos fatos (LOURENÇO; CABRAL; RIBEIRO FILHO, 2023, p. 3).

Assim, a prova testemunhal deve se ater a uma certa objetividade, com um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e sem um julgamento por parte da testemunha sobre o fato testemunhado (LOPES JR., 2023, p. 570). Por mais que é isto que se busca, as *Fake News* podem interferir significativamente nesta prova judicial, e com isso, prejudicar a “verdade” formal buscada no processo. E a consequência? Esta é a possibilidade de condenação injusta ao acusado que está sob o julgamento do Estado, ferindo a sua identidade enquanto um direito da personalidade.

As informações falsas podem resultar em violações aos direitos da personalidade, pois quando uma testemunha afirma, com certeza, sobre um fato de um crime *sub judice* baseado em falsas memórias provenientes de *Fake News*, a condenação injusta abala a sua personalidade e identidade como pessoa humana.

A personalidade possui uma conexão profunda com a liberdade, uma vez que o indivíduo livre é aquele capaz de maximizar seus atributos de personalidade em um ambiente que permite tal crescimento. Por conseguinte, Cupis (2008, p. 21) relata que não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não se está revestido da susceptibilidade da qualidade de pessoa.

A identidade ligada a personalidade é uma qualidade do conjunto de características de um indivíduo, como seu nome, idade, peso, altura e assim por diante (OLIVEIRA; BARRETO, 2010, p. 201). Assim, os direitos da personalidade exigem o reconhecimento de proteção legal desta individualidade, até mesmo considerando como a pessoa é visualizada pela sociedade.

Todas as características individuais que tem o condão de distinguir uns dos outros são elementos centrais da personalidade e da identidade. E com isso, a identidade está intrinsecamente ligada com seu oposto, ou seja, a diferença. Deste modo, a alteridade pode influenciar na definição da própria identidade individual diante do papel desempenhado pela identidade coletiva (LORENZETTO, 2016, p. 305-306).

Como a identidade é tida como característica inerente a pessoa humana, Cupis (2008, p. 24) especifica que os direitos da personalidade são aqueles que se não existissem, todos os demais direitos subjetivos não teriam valor. Eles se apresentam como um instrumento de escudo jurídico à pessoa humana, ao qual mesmo com a individualidade de cada ser humano, há a possibilidade da pessoa enquanto um cidadão manter sua a evolução e autodesenvolvimento em sociedade (SZANIAWSKI, 2005, p. 115).

Partindo destas análises ao longo da pesquisa, pode-se induzir que a proliferação de *Fake News* demonstra impactos significativos sobre a criação de falsas memórias, criando memórias coletivas em determinados grupos sociais de eventos que não ocorreram da maneira em que é divulgado e propagado nos meios sociais.

Esta situação traz implicações alarmantes nas esferas jurídicas, principalmente quando se está diante de processos criminais. Desta maneira, a prova testemunhal como dependente da memória denota uma demonstração de que, para o mundo jurídico, a memória assume a responsabilidade de pilar da justiça no caso concreto diretamente ligada a vida e personalidade do indivíduo que está sobre o apreço do judiciário.

Portanto, a memória da testemunha pautada em distorções do evento presenciado pode violar a personalidade do acusado frente a descaracterização de sua identidade, indo na direção oposta de assegurar a efetividade da justiça, visto que afasta ainda mais a “verdade” processual e integridade do sistema de prova testemunhal almejada com a presença das temidas e reprováveis *Fake News* que assolam o cotidiano de toda a população mundial.

## CONCLUSÃO

Como considerações finais da referida pesquisa realizada, observa-se que o campo de estudo das provas penais é vasto e ainda requer ser explorado, a fim de ser compreendido em toda sua essência e correlação com as demais áreas da vida em sociedade.

Pode-se pontuar que as provas penais não buscam a “verdade” real dos fatos em torno dos processos criminais. Isto é, por mais que esta “verdade” exista, é impossível alcançá-la dentro do devido processo legal sem ferir os princípios do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. Portanto, a “verdade” possível e alcançável é a “verdade” processual, ou também chamada “formal”, que erradia frente as possibilidades dentro do processo judicial.

Ocorre que com esta pesquisa notou-se que até mesmo a “verdade” formal sofre risco de não obter a justiça aos acusados dentro do processo penal, diante da realidade do judiciário

e a superlotação de processos, é a prova testemunhal que prevalece para solução dos delitos. Seria esta a modalidade da prova que detém a credibilidade para tratar de direitos mais intrínsecos a vida humana, como a liberdade?

Desta forma, com a grande possibilidade de erro e falta de credibilidade desta modalidade de prova, prejudica-se a busca da “verdade” processual resultando em possíveis condenações injustas. Logo, por mais que as provas penais atuem como instrumentos fundamentais para a justiça, não garantem ao acusado, nem ao Estado, que se tenha uma chance justa no processo legal.

Em avanço a análise sobre as provas, a pesquisa buscou descobrir se as *Fake News* possuem correlação com as falsas memórias, e consequentemente, alterar a verdade processual diante da solução dos delitos.

Com isto, pode-se observar nas pesquisas realizadas que o aumento das notícias falsas mostra efeitos marcantes na formação de memórias inautênticas, gerando recordações em determinados grupos e coletividades, de acontecimentos que não aconteceram da forma que são difundidos e propagados nos meios de comunicação social. Situação esta que transmite encadeamentos trágicos no processo penal.

Como consequência alarmante, as *Fake News* disseminadas nas mídias sociais sobre determinados delitos criam memórias coletivas, incorporando na memória individual de cada um da sociedade. E, com o tempo, quando um indivíduo atuar como testemunha em um processo criminal, pode acabar relatando uma falsa memória, por àquela estar incorporada em sua mente erroneamente. Como percebe-se, é uma cadeia de situações desastrosas na vida daquele que está sob julgamento.

Este cenário prejudica a integridade da prova, impedindo que se faça de fato, justiça. A isto acresce o declínio da confiabilidade da prova por poder ser agravada pelas notícias falsas, que afetam o dia-a-dia da população. Portanto, a prova testemunhal que depende da memória indica que para o processo judicial a memória assume um papel fundamental no alcance da justiça, estando fortemente associada à vida e personalidade do indivíduo acusado.

Com o processo embebido de provas testemunhais pautadas em falsas memórias por meio das *Fake News*, há a violação da identidade e personalidade do indivíduo acusado em um crime. Assim, a identidade associada à personalidade é uma marca vívida do conjunto de especificidades de uma pessoa, e é por esta razão que os direitos da personalidade requerem o respeito e a proteção legal desta individualidade, pois considera-se a maneira que a pessoa é percebida pela sociedade como um todo.

Conclui-se com a presente pesquisa que a memória humana não deve ser digna de confiabilidade extrema, a qual ela pode ensejar em alterações com o passar dos tempos. Com isto, as *Fake News* são fatores que podem permear as memórias, alterando-as falsamente no seio social, ao passo que sua incorporação tem reflexos catastróficos nos processos penais frente as provas testemunhais. Logo, dentre as consequências possíveis está a violação da personalidade do acusado frente descaracterização de sua identidade, totalmente alterada com um julgamento e condenação transposta pelas falsas memórias advindas das *Fake News*.

Assim, o processo penal se encontra cada vez mais afastado de promover a efetividade da justiça, pois a “verdade” processual está viciada e a integridade da prova testemunhal dia-a-dia mais maleável as notícias falsas disseminadas na vida em sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Ana Maria Acosta; TAUB, Anita; CARVALHO, Isabel Albuquerque Maranhão de; YASSUDA, Mônica Sanches. **Memória**. Volume 1. São Paulo: Editora Atheneu, 2005.

ARAÚJO, Luiz Guilherme Lucho de; EICHLER, Marcelo Leandro. *Fake news* e os vícios epistêmicos: desafios e perspectivas na sociedade da ignorância. In: **Revista Docência e Cibercultura**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 182–197, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/re-doc/article/view/68260>. Acesso em: 15 jan. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a prova testemunhal em cheque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAULAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A Obsessão pela “verdade” e Algumas de Suas Consequências para o Processo Penal. In: Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo; Salo de Carvalho. (Org.). **A Crise do Processo Penal e as Novas Formas de Administração da Justiça Criminal**. 1 ed. Sapucaia do Sul: Notadez, v. 1, p. 41-48, 2006.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. Falsas Memórias e Processo Penal: (Re) Discutindo o Papel da Testemunha. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa-Portugal, Ano 1, n. 12, p. 7.167-7.180, 2012. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/12/2012\\_12\\_7167\\_7180.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7167_7180.pdf). Acesso em: 14 jan. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. Presunção da Inocência, Mídia, Velocidade e Memória - Breve Reflexão Transdisciplinar. In: **Revista de Estudos Criminais**, v. VII, p. 105-113, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BADDELEY, Alan; EYSENC, Michael W; ANDERSON, Michael C. **Memória**. Trad. Cornélia Stolting. Porto Alegre, Artmed, 2011.

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan.-abr. 2018. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/129/111>. Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília - DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 out. 2023.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312>. Acesso em: 15 jan. 2024.

CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

COSTA, Flávia Lage Pessoa da; MORAIS, Viviane Aparecida Carvalho de. Resenha do livro: Memória. *In: Revista Mudanças-Psicologia da Saúde*, v. 30, n. 1, p. 111-112, 2022. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/MUD/article/view/1035782>. Acesso em: 26 out. 2023.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Quorum, 2008.

FERREIRA, Sander Silva; JACOB, Muriel Amaral. A busca da “verdade” no processo penal. *In: Anais do Sciencult*, Paranaíba-MS, v. 7, n. 1, p. 419-440, 2018. Disponível em: <https://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/4663>. Acesso em: 23 out. 2023.

FREND, S. J.; KNOWLES E. D.; SALETAN, W., LOFTUS E. F. False memories of fabricated political events. *In: Journal of Experimental Social Psychology*, 49, 280-286, 2013. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/record/2013-03819-017>. Acesso em: 27 out. 2023.

GESU, Cristina di; GIACOMOLLI, Nereu José. Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro. *In: KRETSCHMANN, Ângela (Org.). Formação Jurídica: III Ano*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/293464952\\_Formacao\\_Juridica\\_-\\_III](https://www.researchgate.net/publication/293464952_Formacao_Juridica_-_III). Acesso em: 25 out. 2023.

GONDAR, Jô. Memória individual, memória coletiva, memória social. *In: Morpheus - Revista Eletrônica em Ciências Humanas*, Ano 08, n. 13, 2008. ISSN 1676-2924. Disponível em: <https://seer.unirio.br/morpheus/article/view/4815/4305>. Acesso em: 26 out. 2023.

GRUBBA, Leilane Serratine. A “verdade” no processo penal: (im)possibilidades?. *In: Revista do Direito Público*, Londrina-PR, v. 12, n. 1, p. 266-286, 2017. Disponível em:

<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/28587>. Acesso em: 20 out. 2023.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

JOHNSON, Marcia K.; HASHTROUDI, Shahin; LINDSAY, D. Stephen. Source monitoring. *In: Psychological bulletin*, v. 114, n. 1, p. 3, 1993. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0033-2909.114.1.3>. Acesso em 27 out. 2023.

LIVRAMENTO, Marina Tanabe; PEREIRA, Rafael. “Fake news”, Covid-19 e Direito Penal. *In: Brazilian Journal of Development*, Curitiba-PR, v. 7, n. 3, p. 22203–22222, 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/25763>. Acesso em: 15 jan. 2024.

LOFTUS, Elizabeth F. Creating false memories. *In: Scientific American*, v. 277, n. 3, p. 70-75, 1997. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/13946572\\_Creating\\_False\\_Memories](https://www.researchgate.net/publication/13946572_Creating_False_Memories). Acesso em: 26 out. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

LORENZETTO, Bruno Meneses. Resenha: o Direito à Identidade. *In: Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, p. 304–307, 2016. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=ip,uid&db=foh&AN=119561817&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 27 out. 2023.

LOURENÇO, Claudia Luiz; CABRAL, Nuria Micheline Meneses; FILHO, Marcio Ribeiro. Incidência da pós-“verdade” na banalização da presunção de inocência. *In: Revista Direito Mackenzie*, v. 17, n. 1, p. 1-27, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/16244/11885>. Acesso em: 27 out. 2023.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, n. 1, p. 409-440, 2021.

MURPHY, G., LOFTUS, E. F., GRADY, R. H., LEVINE, L. J., & Greene, C. M. False Memories for Fake News During Ireland’s Abortion Referendum. *In: Psychological Science*, 30(10), 1449-1459, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0956797619864887>. Acesso em: 27 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Maria Izabel Pinto de; BARRETO, Wanderlei de Paula. Direito à identidade como direito da personalidade. *In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 10, n. 1, p. 199-215, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1439/1005>. Acesso em: 26 out. 2023.

PAIVA, Francisco Jeimes de Oliveira; SILVA, Eduardo Dias da. Fake News: o que são e como inter(agem) na era da pós-verdade. *In: Fólio - Revista de Letras*, Vitória da Conquista, v. 11, n. 1, p.471-486, 2019. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/folio/article/view/5100>. Acesso em: 27 out. 2023.

POLAGE, Danielle C. Making up history: False memories of fake news stories. *In: Europe's Journal of Psychology*, v. 8, n. 2, p. 245-250, 2012. Disponível em: <https://ejop.psychopen.eu/index.php/ejop/article/view/456>. Acesso em: 15 jan. 2024.

RIVERA, Dario Paulo Barrera. Linguagem, memória e religião no pensamento de Maurice Halbwachs. *In: Revista Horizonte*, Belo Horizonte, v. 16, n. 51, p. 1177-1196, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/issue/view/1067>. Acesso em: 26 out. 2023.

ROBAZZI, Maria Lúcia do Carmo Cruz; TERRA, Fábio de Souza; SILVA, Antônia Leda Oliveira; TURA, Luiz Fernando. As *Fake News* e a sua influência na Pandemia da COVID-19. *In: Revista Ibero-americana de Saúde e Envelhecimento (RIASE)*, Évora-Portugal, v. 7, n. 3, p. 341-355, 2021. Disponível em: [https://www.revistas.uevora.pt/index.php/saude\\_envelhecimento/article/view/522](https://www.revistas.uevora.pt/index.php/saude_envelhecimento/article/view/522). Acesso em: 14 jan. 2024.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SCHACTER, Daniel L; ADDIS, Donna Rose. The cognitive neuroscience of constructive memory: remembering the past and imagining the future. *In: Philosophical transactions of the Royal Society B*, v. 362, p. 773-786, 2007. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rstb.2007.2087>. Acesso em: 26 out. 2023.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. Prova eletrônica: novos desafios na busca da “verdade” real do processo penal. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v. 39, n.1, p. 217-237, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/38205/20466>. Acesso em: 20 out. 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Acesso à justiça e os direitos da personalidade: elementos para a formação da prova testemunhal no novo código de processo penal, levando a psicologia do testemunho à sério!. *In: Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, v. 6, n. 1, p. 59-77, 2018. Disponível em: [https://core.ac.uk/display/229395712?utm\\_source=pdf&utm\\_medium=banner&utm\\_campaign=pdf-decoration-v1](https://core.ac.uk/display/229395712?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1). Acesso em: 26 out 2023.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. *In: Boletim de Análise Político-Institucional, IPEA*, n. 17, p. 45-51, dez.2018. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8841/9/bapi\\_17\\_entrevistas\\_forenses.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8841/9/bapi_17_entrevistas_forenses.pdf). Acesso em: 03 nov. 2023.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

UNESCO. Journalism, ‘*Fake News*’ & Disinformation: Handbook for Journalism Education and Training. *In: UNESCO Series on Journalism Education*. 2018. Disponível em: [https://web.archive.org/web/20210309150908id\\_/https://en.unesco.org/sites/default/files/journalism\\_fake\\_news\\_disinformation\\_print\\_friendly\\_0.pdf](https://web.archive.org/web/20210309150908id_/https://en.unesco.org/sites/default/files/journalism_fake_news_disinformation_print_friendly_0.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: EDIAR, 2000.

**Submissão: 12/12/2023. Aprovação: 13/03/2024.**

## JUSTIÇA, GÊNERO E FAMÍLIAS: A COMPLEXIFICAÇÃO DO “AMOR” NO PENSAMENTO DE AXEL HONNETH

*JUSTICE, GENDER AND FAMILIES: THE COMPLEXIFICATION OF “LOVE” IN AXEL HONNETH’S THOUGHT*

Stanley Marques<sup>1</sup>  
Universidade Federal de Minas Gerais

### Resumo:

Dividido em duas seções, o artigo procura primeiro mostrar que o projeto teórico de Axel Honneth passa nas últimas décadas por uma guinada teórico-social. Na sequência, procura mostrar que, entre *Luta por reconhecimento* e *O direito da liberdade* – duas de suas obras de referência –, o amor perde enfim seus contornos a-históricos. Valendo-se do método da reconstrução normativa, Honneth procura agora destilar critérios de justiça social diretamente das reivindicações normativas que se desenvolveram no seio de um complexo de esferas de ação, aí incluídos os campos da intimidade sexual e das famílias. Deslocando o “nós” das relações interpessoais de afeto para o primeiro plano de *uma teoria da justiça como análise da sociedade*, conclui-se, nestas páginas, que Honneth não só tensiona os limites mais tradicionais da política, como também lança mão de um aparato teórico-metodológico que pode ser sempre de novo retomado para novos desdobramentos. Caso mesmo do presente artigo, que acaba por situar a própria trajetória intelectual de Honneth em meio a processos transformadores sem precedentes. É que as lutas sobre como entender as implicações do amor como que alcançam e constroem as novas investidas teórico-sociais do autor.

### Palavras-chave:

Axel Honneth. *O direito da liberdade*. Justiça. Intimidade. Famílias.

### Abstract:

Divided into two sections, the article first seeks to demonstrate that Axel Honneth's theoretical project has undergone a significant theoretical and social shift over the past few decades. Subsequently, it aims to show that, between *The Struggle for Recognition* and *Freedom's Right* – two of his seminal works – love finally sheds its ahistorical contours. Employing the method of normative reconstruction, Honneth now attempts to distill criteria for social justice directly from the normative claims that have developed within a complex of spheres of action, including the realms of sexual intimacy and families. Shifting the “we” of personal relationships to the forefront of a theory of justice as an analysis of society, these pages conclude that Honneth not only challenges the more traditional boundaries of politics but also employs a theoretical and methodological apparatus that can always be revisited for further developments. This is the case with this present article, which ultimately situates Honneth's intellectual trajectory amidst unprecedented transformative processes. Struggles over and about how to understand the implications of love reach and constrain the new theoretical-social endeavors of the author.

### Key-words:

Axel Honneth. *Freedom's Right*. Justice. Intimacy. Families.

*GWENDOLEN Fora do círculo familiar, folgo em dizer, papai é inteiramente desconhecido. De minha parte, acho que é assim mesmo que deve ser. O lar me parece ser a esfera apropriada para um homem. É claro que, quando começa a descuidar de seus deveres domésticos, um homem se torna lamentavelmente efeminado, não é verdade? E eu não gosto disso. Faz os homens ficarem muito atraentes. Cecily, mamãe, que tem posições extremamente severas sobre educação, me criou para que eu fosse muitíssimo míope; faz parte do sistema dela;*

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

*então, você se importaria se eu olhasse para você com o auxílio dos meus óculos? (WILDE, 2011, p. 315-316).*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O projeto teórico de Axel Honneth passa mais recentemente por uma “guinada teórico-social” (CELIKATES, 2014, p. 574), já que se move da “análise do efeito positivo da luta sobre a formação de autorrelações práticas sadias” para a “questão da liberdade e suas expressões institucionais” (SOBOTTKA, 2012, p. 219).

Entre *Luta por reconhecimento*, de 1992, e *O direito da liberdade*, de 2011, sai de cena uma articulação entre teoria da subjetividade e teoria social para dar lugar a uma outra combinação, agora entre teoria da justiça e análise social empírica (PINZANI, 2012; CAMPELLO, 2013; CRISSIUMA, 2013; ZURN, 2015; DE CAUX, 2017; SOUZA, 2017; SOBOTTKA, 2017). Desponta, pois, nesse entretempo, um novo conjunto de questões, dessa vez incutidas por uma teoria das instituições e sua gramática normativa; mas não só.

Os campos da intimidade sexual e das famílias, enfim libertos do enclausuramento privado, passam a ocupar um novo lugar na teoria honnethiana. É que nesse meio-tempo Honneth passa a reconhecer o “nós” das relações íntimas e intrafamiliares como domínios de conflitos por excelência, existenciais, certamente, mas também políticos. É outro, portanto, o estatuto do amor nos novos escritos de Honneth e, mais especialmente, em *O direito da liberdade*.

Honneth (2014a, p. 155-156) – agora procurando desdobrar a intenção hegeliana de desenvolver uma teoria da justiça a partir das condições estruturais de sociedades modernas –, assume o “estabelecimento” dessas sociedades “como um processo de diferenciação de diversas esferas de reconhecimento recíproco”, aí enfim incluídos os campos da intimidade sexual e das famílias. É dizer, ele passa a localizar o amor senão em meio a processos mais abrangentes e inacabados de diferenciação, especialização e democratização social, com amplas consequências para o seu modelo normativo alternativo, como não poderia mesmo ser diferente.

A ideia, agora, é reconstruir “de forma idealizadora, aqueles conflitos e desacordos sociais até então travados pela correta interpretação e realização das normas tacitamente aceitas por todos os participantes como subjacentes às diversas esferas de atuação”, algumas domésticas, outras públicas. E “isso é feito na esperança de que”, para cada uma das trajetórias passíveis de reconstrução “a partir dos desenvolvimentos que essas lutas produzem”, seja possível “traçar uma linha de progresso moral”, que tanto diga “qual das reivindicações

normativas implícitas já foram realizadas”, como também o que ainda deve ser feito “para realizá-las de forma mais completa e adequada” (HONNETH, 2015, p. 206).<sup>2</sup>

Assumindo a releitura honnethiana do amor como nosso objeto central, dividimos o presente artigo em duas seções. Se na primeira delas procuramos mapear em linhas gerais as modificações que Honneth introduz em seu modelo teórico nos anos 2000 e que desaguam, mais tarde, em *O direito da liberdade*, na segunda e última seção voltamos nossa atenção para um dos domínios da vida social de que fala Honneth, o amor, que não só não passa ileso a essas modificações todas, como surge “completamente revisad[o]” (MARCELO, 2013, p. 211). O que antes parecia um fato natural agora é entendido – na esteira dos feminismos e das lutas de minorias sexuais –, em termos histórico-sociais, como configurações institucionais não necessárias, provisórias, que podem mesmo ser confrontadas, como de fato tem sido, por um emaranho de lutas por reconhecimento mais ou menos bem-sucedidas.

E se assim o é, podemos concluir que parte dos méritos de *uma teoria da justiça como análise da sociedade* tem que ver não só com o lugar reservado ao “nós” das relações pessoais e às indagações que isso suscita – muitas delas ainda muito incomuns fora dos círculos feministas –, mas também com o aparato teórico-metodológico de que Honneth se vale, que pode ser sempre de novo mobilizado para novos desdobramentos, sobretudo se em jogo diferentes cenários nacionais. Caso mesmo de nossas reflexões, que têm procurado situar a própria trajetória intelectual de Honneth em meio a muitos dos processos transformadores de nossa época, muitos deles sem precedentes em sua escala ou extensão. As lutas sobre como entender as implicações do amor como que alcançam e constroem as novas investidas teórico-sociais do autor.

## **2 DE LUTA POR RECONHECIMENTO AO O DIREITO DA LIBERDADE**

Em *Luta por reconhecimento*, de 1992, Honneth (2011, p. 247) emprega “o modelo de reconhecimento do jovem Hegel como solução para uma definição das condições universais da formação da identidade humana”, um objetivo, ele admite logo nos primeiros parágrafos do posfácio para a edição alemã de 2003,<sup>3</sup> “metodicamente ainda muito pouco refletido”.

---

<sup>2</sup> E mais, Honneth (2015, p. 206) acredita ser possível identificar, também, pela reconstrução normativa, em que ponto essa “linha de progresso moral” é abandonada, é dizer, onde a aplicação mais compreensiva e mais apropriada das normas típicas dos complexos de ação é corrompida, degradada ou gravemente ameaçada.

<sup>3</sup> Este texto foi primeiramente apresentado em colóquio na Universidade Jyväskylä, na Finlândia, em 2002, ocasião em que Honneth rebate críticas endereçadas ao seu projeto de teoria crítica ancorado no conceito de reconhecimento. Ele foi publicado originalmente em inglês na revista *Inquiry*, no mesmo ano, com o título

Neste texto, Honneth (2011, p. 245) se volta para certos “problemas” e “estímulos” que desembocam, já ali, em revisões importantes. Mas, mais que isso, os “desenvolvimentos teóricos adicionais e as clarificações” (HONNETH, 2011, p. 245) a que ele se dedica no posfácio deixam entrever “a motivação e o mecanismo” (CRISSIUMA, 2013, p. 74) de sua “guinada teórico-social” (CELIKATES, 2014, p. 574), o que faz desse escrito um “texto-chave” (CRISSIUMA, 2013, p. 74) para uma compreensão mais apurada das revisões da teoria honnethiana do reconhecimento.

As modificações que Honneth introduz em seu modelo teórico nos anos 2000 estão “dispersas por textos diversos”, é verdade, algumas delas, inclusive, aparecem em publicações anteriores, como *Sofrimento de indeterminação*, mas encontram neste posfácio, segundo Luiz Philippe De Caux (2017, p. 40), “uma síntese parcial”, que funciona como que uma matriz de direção para os desdobramentos e os novos esclarecimentos que se seguiriam a partir daquele momento e que desaguariam, anos mais tarde, em *O direito da liberdade*.

E se, com Ricardo Crissiuma (2013) e De Caux (2017), vemos neste posfácio um “texto-chave” ou “uma síntese parcial” das transformações da teoria honnethiana, podemos mesmo assumi-lo como nosso ponto de partida. Procuramos retomar, assim, imediatamente a seguir, os fios da argumentação desenvolvida por Honneth nesse escrito com o propósito de vislumbrar elementos daquilo que estará em jogo em *O direito da liberdade*, de 2011.

Honneth nos lembra ainda na abertura do posfácio que as esferas de reconhecimento de que falava Hegel, mais do que meros “pressupostos da autoconsciência”, aparecem, em *Luta por reconhecimento*, como “condições práticas de um autorrelacionamento positivo do homem”. E acrescenta imediatamente na sequência que é pela via de uma “fenomenologia empiricamente informada” (HONNETH, 2011, p. 247), de uma “fenomenologia dos conflitos de reconhecimento” (NOBRE, 2013, p. 31), ou de uma “fenomenologia da experiência do desrespeito” (BRESSIANI, 2018), que ele acessa, ali, no livro de 1992, as já muito conhecidas três modalidades de reconhecimento recíproco, que se diferenciariam, em primeiro lugar, pelas suas contribuições específicas para o autorrelacionamento individual.

O amor promoveria distintivamente a autoconfiança, o direito, o autorrespeito, e a solidariedade, o sentimento de valor próprio, deixando como que em aberto, contudo, se esses modos de reconhecimento deveriam ser compreendidos como “constantes antropológicas” ou como “produtos de um processo histórico”, mesmo distinguindo, já naquela altura, o respeito jurídico da valorização social, muito em razão de uma divisão histórica “do conceito tradicional

---

*Grounding Recognition: A Rejoinder to Critical Questions*. Um ano depois, em 2003, foi republicado como posfácio da nova edição alemã de *Luta por reconhecimento*.

de honra em elementos morais universais ('dignidade') e meritocráticos ('estatuto')" (HONNETH, 2011, p. 248).

Honneth reconhece, de todo modo, que só mais tarde passaria a distinguir "muito mais fortemente [...] condições de partida antropológicas e mutabilidade histórica". Ele afirma conservar o pressuposto antropológico de que "a forma de vida humana no seu todo é marcada pelo fato de que os indivíduos apenas atingem o estatuto de membros sociais e, por conseguinte, um autorrelacionamento positivo por meio do reconhecimento recíproco", mas não sem deslocar a tônica para "as suas formas e conteúdos", eles mesmos sujeitos ao "processo de diferenciação de esferas de ação reguladas normativamente".

Em outras palavras, o caráter da tipologia tripartite de reconhecimento teria como que oscilado nesse meio-tempo entre "um dado da ontologia social" e "um fato histórico": "o fato de o amor ter se desacoplado de expectativas utilitárias só na modernidade e de os direitos jurídicos terem estado entrosados durante muito tempo com a valorização social" parece antes sugerir a segunda alternativa (HONNETH, 2011, p. 264), para onde ele agora se volta para retrabalhar "os fundamentos normativos do conceito de reconhecimento sobre os quais se pode fundar o empreendimento de uma crítica da sociedade" (HONNETH, 2011, p. 267), longe, portanto, da psicologia social de George Mead, que lhe parecia suficientemente apropriada até então.

Se, em *Luta por reconhecimento*, Honneth recorre ao quadro teórico de George Mead para desdobrar a teoria hegeliana do reconhecimento, mais tarde ele passa a suspeitar da contribuição "em sentido estrito" das ideias de Mead para uma teoria do reconhecimento, porque lhe parece cada vez mais faltar a Mead, mais precisamente, um conceito mesmo de reconhecimento (DE CAUX, 2017, p. 42).

Lembremo-nos de que Honneth (2011, p. 250) resgata, em sua abordagem original da luta por reconhecimento, a ideia de Mead de uma tensão interna entre duas instâncias psíquicas que pressionaria sempre de novo por relações ampliadas de reconhecimento, é dizer, "o 'Me' incorpora", segundo esse esquema, "em defesa da respectiva coletividade, as normas convencionais que o sujeito procura constantemente ampliar por si mesmo, a fim de poder conferir expressão social à impulsividade e criatividade do seu 'Eu'".

Para Honneth (2003, p. 141), naquela altura, com Mead, "a existência do 'Me'" forçaria "o sujeito a engajar-se, no interesse de seu 'Eu', por novas formas de reconhecimento social". Ocorre que aquilo que Honneth (2011, p. 250) enxergava como "reconhecimento" em Mead parece-lhe, agora, mero "ato recíproco de tomada de perspectiva", no qual não se inscreveria a oportunidade de consideração efetiva do "tipo de ação" da contraparte, que

contaria menos do que deveria se em jogo uma relação de reconhecimento recíproco: “o mecanismo psíquico por meio do qual se formam significados e normas comuns parece desenvolver-se”, segundo Honneth (2011, p. 250), “com grande independência dos comportamentos de reação, específicos, dos dois implicados, de modo que também fica excluída a possibilidade de distinguir as próprias ações segundo o seu caráter normativo”.

À medida que Honneth passa a ver a teoria de Mead mais como “uma expressão da perspectiva monológica do desenvolvimento individual” do que propriamente “uma antecipação da perspectiva intersubjetiva” (CRISSIUMA, 2013, p. 75), o que lhe parecia uma solução no início da década de 1990 converte-se anos depois em problema, que demanda o abandono de Mead.

Honneth (2011, p. 250) vê-se, assim, como que compelido a revisitar o seu programa de fundamentação: “o naturalismo” da abordagem meadiana “é de certo modo”, escreve ele, “demasiado forte para que fosse possível entender o reconhecimento como um comportamento habitualizado que se consuma num espaço historicamente amadurecido de razões morais”.

Se a dimensão intersubjetiva da formação integral da personalidade parece escapar à psicologia social de Mead e se o seu “naturalismo”, “excessivamente forte”, impede que as etapas assumidas como condição para a formação bem-sucedida da personalidade sejam “informadas historicamente por práticas morais baseadas em hábitos e costumes socialmente adquiridos” (CRISSIUMA, 2013, p. 75), não há outra saída para Honneth senão se afastar de Mead.

Esse movimento implica, também, renúncia à ideia de uma tensão interna entre as instâncias psíquicas do “Me” e do “Eu”, que explicava até então a dinâmica do reconhecimento: “o ‘Eu’, para Mead, a instância pré-reflexiva de todos os nossos impulsos espontâneos”, perde o caráter de fonte motivacional “do revoltar-se contra modelos de reconhecimento estabelecidos se estes já não são entendidos como expectativas de comportamento internalizadas”, mas, antes, como “formas intersubjetivamente vinculantes de ação” (HONNETH, 2011, p. 250-251).

Sem poder se mover no quadro da psicologia social de Mead, o modelo da teoria do reconhecimento perde a sua base normativa, o que leva Honneth a voltar-se para o conceito mesmo de reconhecimento e precisar com mais acuidade os seus contornos conceituais e normativos. Um apuramento desse tipo procura, pois, “investigar a particularidade do trato de um sujeito *qua* sujeito, naquilo em que esse trato se distingue do trato de um sujeito com um objeto ou do trato com outro sujeito *qua* objeto” (DE CAUX, 2017, p. 42).

Honneth (2011, p. 255-256) se vale então de quatro premissas logo de saída para retribuir o conceito de reconhecimento: o reconhecimento se caracterizaria, em primeiro

lugar, pela “afirmação de propriedades positivas de sujeitos ou grupos humanos”, mas não só. Mais do que “simples palavras ou afirmações simbólicas”, o reconhecimento designaria, em segundo lugar, “modos de comportamento correspondentes”, eles mesmos “normativamente importantes para o sujeito reconhecido”, o que faria do reconhecimento, portanto, uma “atitude”, mas não qualquer atitude. Os atos de reconhecimento, sejam eles “gestos”, “atos de linguagem” ou “disposições institucionais”, deveriam ser lidos, em terceiro lugar, como “um fenômeno distinto do mundo social”, o que significa dizer que expressariam, “uma intenção autônoma”, cuja “finalidade básica” orientar-se-ia positiva e necessariamente pela “existência de outra pessoa ou grupo”. O reconhecimento, por fim, enquanto “conceito genérico”, abrangeria “subgêneros”. Falaríamos mesmo de diferentes tipos de atitude, como aquelas próprias do amor, do respeito jurídico e da valorização.

Se o reconhecimento designa um tipo de atitude prática pela qual se manifesta uma intenção independente, autônoma ou primária de afirmar publicamente propriedades positivas de sujeitos individuais ou grupos sociais, há então que se perguntar sobre o estatuto da “relação cognitiva” que é travada ali, “com o parceiro de interação”. A questão que se coloca, agora, é se pelo reconhecimento reagiríamos correta ou apropriadamente a propriedades positivas que os seres humanos possuem sempre já previamente ou se antes pelo ato de reconhecimento atribuiríamos à contraparte novas propriedades positivas.

Honneth (2011, p. 256-257) opta pelo primeiro modelo, que ele chama de “perceptivo”, em oposição ao “atributivo”, mesmo consciente do risco que ronda a sua escolha, “o de só ser passível de reconhecimento aquela propriedade de um outro que me é dada a perceber imediata e atualmente nele”, ou seja, “o de meramente reafirmar as suas propriedades desde sempre já dadas naquilo habitualmente percebido”, caso em que se perderia de vista “qualquer potencial de transformação dos padrões de reconhecimento dados em uma sociedade” (CRISSIUMA, 2013, p. 76).

Para contornar os problemas suscitados por um “realismo de valores” desse tipo, Honneth (2011, p. 258-259) dá alguns passos na direção de um “realismo de valores moderado”. Primeiro, situa o reconhecimento no terreno próprio das razões, “para que não lhe seja subtraído sub-repticiamente o caráter de uma ação moral”. Honneth fala, aqui, do reconhecimento como uma atitude motivada por razões, mas não só, já que situar o reconhecimento num “espaço lógico de razões no interior do qual ele obtém sua justificação normativa” (DE CAUX, 2017, p. 43) leva-o a precisar, em segundo lugar, a natureza mesma dessas razões. Para ele, essas razões são antes valorativas (HONNETH, 2011, p. 258-259). Pela atitude de reconhecimento afirma-se o valor de alguém ou de algum grupo. Falamos, então, de um comportamento

valorativamente carregado: “as limitações morais a que nos sabemos obrigados no reconhecimento resultam das propriedades valiosas que nós de certo modo exprimimos publicamente através do nosso comportamento de reconhecimento”.

Em terceiro lugar, interessa o caráter mesmo desses valores, que informam os atos de reconhecimento e por meio deles ganham forma. Para Honneth, essas propriedades de valor estão sempre sujeitas a transformações históricas e operam senão na condição de dados objetivos de um mundo da vida, que aparece, aqui, pelas lentes de Honneth (2011, p. 258-259), como “uma espécie de ‘segunda natureza’ em que os sujeitos seriam socializados para aprenderem a conhecer sucessivamente as propriedades valiosas das pessoas”; o que sugere um processo complexo de aprendizagem por meio do qual os sujeitos se apercebem de propriedades valorativas e podem assumir modos de comportamento correspondentes, “cuja singularidade deveria consistir na limitação óbvia do nosso egocentrismo natural”. O que decididamente orientaria ou dirigiria o comportamento de reconhecimento, portanto, segundo Honneth (2011, p. 266), num diálogo com Kant, é o valor de pessoas ou grupos ou a propriedade valorativa percebida noutro sujeito ou grupo, restando assim explicitada a dimensão moral do reconhecimento.

Em quarto lugar, entra em cena uma articulação entre o “realismo de valores moderado” e uma concepção de progresso, que, para Honneth (2011, p. 260), aparece como uma alternativa incontornável, sob pena de se resvalar para o relativismo cultural de valores. Com uma concepção desse tipo, ele supõe “um desenvolvimento orientado nas transformações culturais das propriedades de valor humanas, que permitiria um juízo fundamentado sobre a validade trans-histórica da respectiva cultura de reconhecimento”. Ele assume, assim, “um crescente caráter diferenciado das propriedades valorativas dos sujeitos humanos” ou uma intensificação dos valores no decorrer do desenvolvimento histórico e que se deixam conhecer pelos processos bem-sucedidos de socialização (HONNETH, 2011, p. 260).

Ocorre que esse desenvolvimento histórico não pode ser apropriadamente compreendido como “progresso num sentido normativo” senão mediante um passo adicional e suficientemente capaz de explicitar uma “ligação interna” entre a intensificação de valores e a finalidade própria do reconhecimento, “porque de outro modo não seria evidente o que deveríamos considerar como o foco da direção afirmada das alterações históricas” (HONNETH, 2011, p. 260).

Honneth (2011, p. 260) dirige-se, então, para uma outra questão: o que faz do reconhecimento uma experiência normativamente importante para os sujeitos modernos? Se o ato de reconhecimento consistir-se-ia na reação correta a propriedades valorativas que pessoas

ou grupos possuem sempre precedentemente de acordo com um mundo da vida, essas propriedades não poderiam ser compreendidas senão como “capacidades potenciais”, cuja transformação em capacidades efetivas, à plena disposição dos sujeitos, dependeria necessariamente da experiência do reconhecimento.

Sujeito algum se identificaria ou se relacionaria com um desejo, uma capacidade ou uma propriedade valiosa sempre já previamente possuída senão mediante afirmação, reforço ou reação adequada do parceiro de interação, e daí mesmo o papel constitutivo do reconhecimento, cujas formas e configurações estão sempre sujeitas a transformações históricas: “no nosso comportamento de reconhecimento manifestamos somente aquilo que de capacidades valorativas está já presente nos sujeitos implicados, mas, por meio das nossas reações”, escreve Honneth (2011, p. 262), “este sujeito [...] é transposto para a situação de uma verdadeira autonomia, porque agora ele também consegue se identificar com as suas capacidades”; o que faria do reconhecimento, fatalmente, um comportamento ou uma atitude “normativamente importante para a experiência da vida humana”.

De volta à concepção de progresso, Honneth (2011, p. 262) ressalta que sem ela a afirmação de uma transformação histórica das propriedades valorativas padeceria do risco do relativismo, o que afrontaria os objetivos normativos do conceito mesmo de reconhecimento: “a consequência de que cada predicado de valor gerado historicamente possui a mesma vigência normativa apenas se pode contornar”, adverte ele, “se a orientação desejada de tais mutações nos fornecesse critérios trans-históricos para a sua avaliação”.

Combinando uma concepção de progresso com o papel constitutivo do reconhecimento, agora já devidamente esclarecido, Honneth (2011, p. 262-263) pode enxergar em “cada nova propriedade de valor, cuja corroboração no comportamento de reconhecimento aumenta a capacidade de autonomia dos sujeitos humanos, [...] um passo progressivo no processo histórico de transformações culturais”.

Ele supõe, assim, “um progresso na percepção valorativa dos sujeitos humanos” e desse esquema extrai dois critérios “que temos de respeitar quando tentamos estipular uma [...] orientação [desse tipo] nas transformações culturais”, como já o havia feito na interlocução com Nancy Fraser (FRASER; HONNETH, 2006): ganhos de individualidade e de inclusão sinalizariam, conjuntamente, linhas de progresso nas relações de reconhecimento; expressariam, ainda, um processo histórico de aprendizagem, que se desenrolaria senão mediante lutas sempre de novo renovadas por reconhecimento.

A diferenciação dos subgêneros do amor, do direito e da solidariedade aparece, desse modo, não como “algo a-historicamente dado, mas como resultado de uma transformação

orientada”. Se favorece processos de individualização e de inclusão social, essa diferenciação não pode ser lida senão como incremento, expansão ou progresso nas relações de reconhecimento. Agora, já suficientemente longe de Mead, “é a história que deve informar uma natureza – neste caso, segunda – através das esferas de reconhecimento que se tornaram valorativamente essenciais para a formação da personalidade moderna” (CRISSIUMA, 2013, p. 76-77).

Com uma “distinção historicamente fundamentada de três formas de reconhecimento”, Honneth (2011, p. 267) deixa entrever qual “o objetivo de todos os” seus “esforços”, a saber, “no essencial trata-se [...] da tentativa de obter os fundamentos normativos do conceito de reconhecimento sobre os quais se pode fundar o empreendimento de uma crítica da sociedade”.

Esquivando-se de “abordagens que buscam empreender uma crítica das relações sociais com referência a princípios universalistas ‘externos’”, ele procura antes trabalhar com uma crítica interna, o que significa dizer que se deve poder “inferir os critérios da avaliação crítica das convicções normativas que os sujeitos já partilham”, mas não só, já que Honneth (2011, p. 267) defende um tipo todo próprio de crítica interna.

Se Honneth (2011, p. 269) enxerga nas normas de reconhecimento um modelo de resposta ou de reação socialmente aprendido na “sequência da aquisição de um saber valorativo”, “um *knowing how*” nunca plenamente acessado ou articulado “sob a forma de regras”, a dimensão crítica que se inscreve no conceito mesmo de reconhecimento opera senão reconstrutivamente, um expediente metodológico que Honneth encontra no Hegel da *Filosofia do direito*; “a crítica apoia-se em normas de reconhecimento que ela própria deverá tornar explícitas só sob a forma de uma reconstrução, porque a sua validade possui o caráter de um saber implícito” (HONNETH, 2011, p. 269), mas, mais uma vez, não só.

Se Honneth (2011, p. 271) assume, como vimos até aqui, que não há autonomia sem reconhecimento, de modo que não podemos mesmo falar de uma sem o outro, e, mais ainda, se ele parte “do princípio de que deveríamos compreender a autonomia ou autorrealização como o *telos* abrangente da nossa forma de vida humana, pelo qual se consegue orientar uma crítica desenvolvida internamente”, ainda são necessárias elucidações adicionais com respeito ao tipo específico de crítica interna de que fala Honneth (2011, p. 269). Dois outros esclarecimentos explicam como “uma tal abordagem universalista pode ser associada à ideia de uma crítica interna”.

Quando Honneth (2011, p. 271) fala da autonomia ou autorrealização, ele fala senão em seu sentido “mais neutro possível”. Supõem-se, assim, “em cada sujeito humano o interesse em poder determinar e realizar livremente os seus próprios desejos e intenções”, em nada

comprometendo a premissa de que as propriedades valorativas que podem ser percebidas em sujeitos ou grupos estão sempre sujeitas à variabilidade histórica e contextual: “um conceito formal de ‘autonomia’ ou ‘autorrealização’ deverá”, pois, “possibilitar que se manifestem as diferenças nos modos culturais, em que o objetivo de um autorrelacionamento sem constrangimentos foi realizado historicamente”.

Até aqui, contudo, permanece ainda em aberto “em que medida as normas implícitas de reconhecimento de uma sociedade poderão facultar a base universalista a uma crítica que se pretende associar à autocompreensão dos seus destinatários” (HONNETH, 2011, p. 270); o que o leva ao segundo esclarecimento. E é aí que entra em cena a concepção de progresso já aludida.

Valendo-se de uma concepção desse tipo, Honneth (2011, p. 272) esquiva-se de um modelo de crítica interna que descambaria para o relativismo cultural: “para poder demonstrar que as normas de reconhecimento atualmente dominantes têm não só uma vigência relativa, mas também universal”, escreve ele, “deverá poder afirmar-se a sua superioridade normativa perante todas as ordens de reconhecimento precedentes”.

A dimensão crítica que se inscreve no conceito mesmo de reconhecimento opera, então, senão reconstrutivamente e não sem o amparo de uma concepção de progresso, que explicitaria antes a “necessidade universal” de um conjunto de normas implícitas, todas elas socialmente constituídas (HONNETH, 2011, p. 268). Longe o suficiente, portanto, de um realismo de valores a-histórico ou de um relativismo cultural de valores.

Depois de delineado “como o conceito de reconhecimento pode servir como fundamento de uma versão forte da crítica interna reconstrutiva”, Honneth (2011, p. 272-273) chama a atenção, ainda, por fim, para o “excedente de validade” das normas de reconhecimento, não sem admitir mover-se mesmo, com essas reflexões todas, “num território extremamente especulativo”. O “excedente de validade estrutural das normas de reconhecimento” exige permanentemente, segundo o esquema honnethiano, um aperfeiçoamento de nossa conduta moral, “mesmo quando entre uma prática fática e as normas implícitas parece não existir qualquer hiato”.

Sem esse excedente semântico de validade, sem essa “permanente pressão de aprendizagem” parece difícil explicar, segundo Honneth, o progresso nas relações de reconhecimento ou a superioridade normativa daquelas normas que figuram como fio condutor de seu proceder crítico-reconstrutivo: “as normas de reconhecimento, [...] que nós deveríamos entender como modelo de reação, socializado com êxito, a propriedades de valor percebidas no mundo da vida, exigem constantemente, por si mesmas”, continua Honneth (2011, p. 273),

“uma perfeição adicional da nossa ação moral, de modo que no processo histórico está ativa uma permanente pressão de aprendizagem”.

Honneth dá algumas pistas do que foi dito até aqui em uma série de entrevistas concedidas a partir dos anos 2000. Ele aponta, nessas ocasiões, a direção que seu projeto teórico vinha assumindo (CELIKATES, 2014; MARCELO, 2013). Quando questionado, por exemplo, por Gonçalo Marcelo (2013, p. 210-211), em 2010, sobre quais mudanças faria em *Luta por reconhecimento* caso tivesse de reescrevê-la, Honneth afirma que preservaria a ideia de que as sociedades se organizam em torno de princípios de reconhecimento, mas faria duas “correções relativamente técnicas”.

A primeira delas teria que ver com um “mal-entendido antropológico”, que demandaria, sobretudo depois do debate com Fraser (FRASER; HONNETH, 2006), maior ênfase no caráter histórico das formas e dos conteúdos das esferas de reconhecimento recíproco reguladas normativamente. Assumir que poderia ter sido “muito mais claro ao dizer que as esferas de reconhecimento são historicamente desenvolvidas” não significa, contudo, abandonar de vez um ponto de partida antropológico, já que ele diz conservar, ali, como no posfácio escrito para *Luta por reconhecimento*, uma certa “intuição antropológica”, “um conceito formal constitutivo de reconhecimento”: “os seres humanos dependem de formas sociais de reconhecimento para desenvolver uma identidade e obter uma certa compreensão e uma forma suficiente de autorrelação. Eu ficaria com isso”. E conclui: “[n]ão podemos pensar nos seres humanos como não sendo dependentes de alguma forma de reconhecimento” (MARCELO, 2013, p. 210).

A segunda correção, a seu passo, teria que ver com uma omissão mais e mais evidente à medida que Honneth se aproxima do Hegel maduro e de autores como Talcott Parsons, que demandaria também desenvolvimentos teóricos adicionais e novos apuramentos conceituais, que se consolidariam mais tarde em *O direito da liberdade*. Ele se refere, aqui, à conexão interna entre reconhecimento e instituições, até então negligenciada: “[n]ão acredito que em *Luta por reconhecimento* possamos encontrar a ideia das instituições de reconhecimento”. E acrescenta, já sinalizando uma virada institucional: “[m]as acho que as formas de reconhecimento são institucionalizadas como formas de práticas sociais em uma sociedade, e desenvolvi essa ideia apenas posteriormente”.

Honneth se move, pois, nesse entretempo, como pudemos mesmo vislumbrar, de uma “concepção interacionista de reconhecimento” na direção de uma “concepção institucional” (SOUZA, 2017, p. a99), reavaliando ou mesmo abandonando elementos nucleares do livro de 1992, como “o nexos existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo

próprio”, que resultava, ali, “da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal” (HONNETH, 2003, p. 272), objeto primeiro das investidas empírico-teóricas daquele momento.

Mas é em *O direito da liberdade*, de 2011, em que Honneth revisita e reacomoda de forma sistemática algumas das premissas centrais de seu projeto de teoria crítica, agora dissociado de pressupostos antropológico-filosóficos ou psicológico-morais, como mais ou menos antecipado pelo posfácio da edição alemã de 2003 de *Luta por reconhecimento*.

Sai de cena uma articulação entre teoria da subjetividade e teoria social para dar lugar a uma outra combinação, agora entre teoria da justiça e análise social empírica. Desponta, assim, um novo conjunto de questões, dessa vez incutidas por uma teoria das instituições e sua gramática normativa (PINZANI, 2012; CAMPELLO, 2013; ZURN, 2015; SOUZA, 2017; SOBOTTKA, 2017)

O Honneth de *O direito da liberdade*, mais uma vez com Hegel, mas não com o jovem Hegel,<sup>4</sup> propõe uma teoria da justiça na forma de uma análise da sociedade, em que se destacam, sobretudo, o método de reconstrução normativa e o conceito de liberdade social, que já aparecem em escritos anteriores, mas sem os mesmos contornos, sentidos, implicações ou riqueza de detalhes.

Ele retoma e desdobra naquele livro um projeto de reapropriação efetivamente produtiva da *Filosofia do direito* de Hegel, esboçado já em *Sufrimento de indeterminação*, texto de fins dos anos 1990 e início dos anos 2000, em que Honneth (2007, p. 51) credita a “atualidade” da *Filosofia hegeliana do direito*, como “projeto de teoria normativa”, às “esferas de reconhecimento recíproco cuja manutenção é constitutiva para a identidade moral de sociedades modernas”.

---

<sup>4</sup> São pelo menos dois os esforços de Honneth em *O direito da liberdade*, o seu livro mais importante desde *Luta por reconhecimento*; o de sistematizar a sua teoria, ancorada no conceito de reconhecimento, e o de atualizar o pensamento hegeliano (PINZANI, 2012, p. 207). E se Honneth reivindica mais uma vez uma filiação à filosofia hegeliana, agora ele não o faz pelos mesmos motivos de outrora (CRISSIUMA, 2013, p. 55-57). Entre *Luta por reconhecimento*, de 1992, passando por *Sufrimento de indeterminação*, de 2001, e *O direito da liberdade*, de 2011, Honneth reavalia não só o quadro teórico de Mead, mas, também, a filosofia hegeliana. Entre o fim dos anos 1990 e o início dos anos 2000, ele abandona uma interpretação que fez de Hegel em *Luta por reconhecimento*, muito embora só se refira diretamente a essa revisão anos mais tarde. Agora, Honneth recorre a uma outra teoria do reconhecimento, não mais aquela esboçada fragmentariamente pelo jovem Hegel, mas aquela desdobrada pelo velho Hegel, em que Honneth encontra o método de “reconstrução normativa”, que passa a ocupar o cerne de seu projeto de teoria crítica: “[e]nquanto em *Luta por reconhecimento* eu ainda presumia que somente os Projetos de Sistema de Iena continham elementos coerentes de uma teoria do reconhecimento, depois de um estudo mais profundo de seus escritos mais maduros eu percebi o quão errado eu estava. Eu não acredito mais que Hegel tenha sacrificado seu intersubjetivismo inicial no curso do desenvolvimento de um conceito monológico de espírito; em vez disso, Hegel procurou, ao longo de sua vida, interpretar o espírito objetivo, i.e. a realidade social, como um conjunto de relações de reconhecimento dadas. Com base nessa reavaliação, procurei tornar a *Filosofia do direito* de Hegel frutífera para o desenvolvimento de uma teoria do reconhecimento. Expressa com muito mais força do que nestes primeiros escritos, está a noção inovadora de que a justiça social deve ser definida nos termos das exigências de reconhecimento mútuo, e que devemos tomar como ponto de partida as relações de reconhecimento historicamente desenvolvidas e já institucionalizadas” (HONNETH, 2012, p. vii-viii).

Se antes interessava-lhe a autorrelação prática do ser humano, a capacidade de o sujeito assegurar-se reflexivamente de diferentes dimensões da personalidade mediante o reconhecimento recíproco; se antes interessavam-lhe “as bases morais de uma intersubjetividade fundada no reconhecimento recíproco, ou seja, nas experiências de sujeitos humanos nos processos de formação de suas identidades” (NOBRE, 2013, p. 29), agora o interesse de Honneth se desloca para a infraestrutura normativa das instituições sociais modernas mais fundamentais ou para o “tecido institucional de nossas liberdades intersubjetivas” (HONNETH, 2007, p. 73), que emerge mesmo como o horizonte teórico de seu projeto normativo alternativo: a “capacidade do indivíduo autonomamente criar e efetivar seu projeto de vida, que em *Luta por reconhecimento* [...] ainda estava sendo analisada no nível das relações intersubjetivas diretas, agora deverá ser analisada”, escreve Sobottka (2013, p. 160), “no nível das principais instituições sociais”.

E em meio a essas revisões todas, o “amor”, como veremos na sequência, não só não passa ileso, como surge mesmo “completamente revisad[o]” (MARCELO, 2013, p. 211). É que, nas páginas de *O direito da liberdade*, o amor enfim se liberta de vez do enclausuramento privado.

Mais ainda, deslocando os campos da intimidade sexual e das famílias para o primeiro plano de uma teoria da justiça, Honneth acaba por tensionar os limites mais tradicionais da política. Se o pensamento político ocidental, mesmo depois das críticas feministas e das lutas de minorias sexuais, passa ainda ao largo das relações íntimas e familiares, sobretudo porque se assume ou postula-se, quase por toda parte, a dicotomia liberal público/privado, Honneth – não mais aquele de *Luta por reconhecimento*, mas o de *O direito da liberdade* –, move-se criticamente na direção contrária.

### **3 A COMPLEXIFICAÇÃO DO “AMOR” NO PENSAMENTO HONNETHIANO**

Se é verdade que a teoria honnethiana do reconhecimento passa por revisões importantes desde o início dos anos 2000, como vimos nas páginas precedentes, também é verdade que chama a atenção, em especial, o novo estatuto atribuído à esfera do amor, que mais particularmente nos interessa e para onde agora dirigimos nossa atenção. Os campos das relações íntimas e familiares, antes subordinados ao privado e sujeitos a uma abordagem míope, são enfim reconhecidos, nesse meio-tempo, como domínios de conflitos (existenciais, mas também políticos) por excelência.

A artificialidade, a complexidade e muitas das particularidades e tensões próprias das relações amorosas, assim como os múltiplos fios que as conectam a uma série de outras relações sociais não passam mais incólumes ou, pelo menos, não como antes. Mais ainda, Honneth não só enxerga, agora, o “nós” das relações íntimas e familiares como domínios conflagrados por disputas políticas, como toma mesmo muitas das questões, processos ou fenômenos que lhes são próprios como questões de justiça de primeira ordem; senão vejamos.

Honneth incorpora, é verdade, já em *Luta por reconhecimento*, a esfera do amor, mas não sem naturalizar, privatizar, idealizar ou despolarizar as relações de reconhecimento que nela têm lugar, como se os parceiros amorosos ou os membros familiares não se movessem antes em um campo onde liberdade, solidariedade e injustiças de todo tipo se cruzam e se superpõem, como alertam já há algumas décadas o pensamento e a prática feministas (ROSALDO, 1980; OKIN, 2004; 2008; PATEMAN, 2013; MARQUES, 2022).

Ele distingue, no livro de 1992, dois tipos de reconhecimento, um deles, privado, interpretado como paradigmaticamente apolítico, e o outro, público, interpretado como paradigmaticamente político (CONOLLY, 2010; BURIL, 2016; SPINELLI, 2019). Para o Honneth de *Luta por reconhecimento*, pelo menos em sua formulação original, como veremos a seguir, enquanto “o amor ocorre no privado”, “a política acontece em outro lugar” ou, ainda, se “o afeto anima as relações interpessoais”, “o poder é patente em outros tipos de relações sociais” (CONNOLLY, 2010, p. 423).

Em *Luta por reconhecimento*, escapa à esfera do amor, e somente à esfera do amor, “o tipo de tensão moral” ou “as experiências morais” capazes de deflagar conflitos sociais: “uma luta só pode ser caracterizada de ‘social’”, escreve Honneth (2003, p. 256), “na medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo”. As relações amorosas mobilizariam, muito diferentemente, uma luta entre liberdade e dependência, uma luta que seria de outro tipo e de outra ordem, de caráter existencial, já que remeteria antes ao “equilíbrio intersubjetivo entre fusão e delimitação do ego [que só] pode ser mantido [...] pela via de uma superação das resistências recíprocas” (HONNETH, 2003, p. 256).

Em outras palavras, “[n]a dialética ligação/separação, amparada pela simbiose absoluta seguida de dependência relativa, o desligamento abona a autoconfiança”, já que, “mesmo distante do seu objeto de afeto, o indivíduo se sente seguro e amparado”, se pode contar com a afetividade e os cuidados *maternos* (SPINELLI, 2019, p. 430). Os objetivos e desejos típicos dessas relações, segundo esse esquema, não poderiam ser generalizados, não transcenderiam os imediatamente concernidos e seriam despojados de qualquer interesse

público-político. Ele *separa e opõe*, assim, em poucas palavras, o reconhecimento próprio da esfera pública ao reconhecimento típico da esfera doméstica; o primeiro deles, Honneth vê como propriamente político, e o segundo, como apolítico.

São quatro os argumentos, segundo Julie Connolly (2010, p. 420), que justificariam porque Honneth, em *Luta por reconhecimento*, furta-se à análise das implicações políticas da família e do reconhecimento baseado no amor, a despeito de sua centralidade para a análise da subjetividade. Primeiro: “para se qualificar para a análise política, as relações sociais e os princípios normativos particulares a qualquer domínio social devem poder ser generalizados”; “devem ser sociais”. Segundo: as relações familiares e o princípio normativo que as dirigiriam não poderiam ser generalizados. Terceiro: os conflitos típicos das relações amorosas seriam antes de caráter existencial, próprios do “duplo processo de uma liberação e ligação emotiva simultâneas” (HONNETH, 2003, p. 178) ou de “uma simbiose interrompida por um processo de individuação mútua” (SOUZA, 2011, p. 132). E quarto: esses conflitos não despertariam ou desencadeariam agitação social.

Muitos conflitos interpessoais, é verdade, não despertam mesmo o interesse de movimentos sociais e não se prestam à análise política. Mas também é verdade que não faltam exemplos de conflitos interpessoais que se provam, sim, “pertinentes a princípios normativos mais amplos ou a conflitos sociais. Mesmo os debates entre pessoas que ocorrem no domínio privado podem ser mobilizados para fins políticos”. A reivindicação feminista de que “o pessoal é político”, a propósito, é particularmente ilustrativa disso: “[d]esde a popularização da máxima “o pessoal é político”, as feministas investiram considerável energia intelectual examinando”, escreve Connolly (2010, p. 420), “como a distinção entre essas categorias, público e privado, e uma série de oposições binárias correlatas, funcionam na e pela filosofia ocidental para amplamente exaltar, explicar e justificar a reclusão das mulheres na esfera doméstica”.

Essas investigações têm revelado, em síntese, que “aquilo que é pensado para ser apolítico é etiquetado como privado, uma manobra teórica”, fatalmente, despolitizadora (CONNOLLY, 2010, p. 418), mas também encobridora de um emaranhado de processos sócio-históricos marcados pelo gênero (ROSALDO, 1980; OKIN, 2004; 2008; PATEMAN, 2013; BIROLI, 2018). O que explica, aliás, por que pensadoras feministas como Carole Pateman (2013, p. 71) veem em artimanhas teóricas desse tipo “uma mistificação ideológica da realidade liberal-patriarcal”.

Com *Luta por reconhecimento*, não seria muito diferente, já que Honneth também se vale dessa mesma engenharia argumentativa historicamente combatida pelos feminismos: “[q]uando Honneth argumenta que o reconhecimento baseado no amor não opera com respeito

a critérios socialmente generalizados, ou não produz conflitos capazes de gerar mudança social, ele reproduz”, continua Connolly (2010, p. 420), “a divisão público-privado que é comum a grande parte do pensamento político ocidental”.

Uma abordagem míope desse tipo, apoiada, como tantas outras, na dicotomia público/doméstico – um esquema certamente mais pressuposto do que problematizado (OKIN, 2008) –, parece mesmo evocar uma manobra teórica que não só naturaliza, privatiza, idealiza ou despolitiza as relações amorosas como também suspende as interconexões entre público e doméstico, como se esferas como a das famílias, por exemplo, na sua autorreferência, “na sua construção do ‘nós’ – nisto que constitui o mundo privado –”, como advertem o ativismo e a crítica social feminista, não fosse “permanentemente influenciada pelo mundo exterior – público –, que lhe traz a inevitável dimensão do ‘outro’, com a qual tem que lidar” (SARTI, 2004, p. 19).

Como se as oportunidades e as desigualdades experimentadas pelos sujeitos em qualquer das esferas não impactassem ou mediassem a participação desses mesmos sujeitos nas demais esferas da vida social. Como se “o trabalho doméstico e o de provimento de cuidado, desempenhados [desproporcionalmente e] gratuitamente pelas mulheres” não constituíssem “os circuitos de vulnerabilidade que as mantêm em desvantagem nas diferentes dimensões da vida”, ou como se tudo isso não fizesse delas personagens muito mais “vulneráveis à violência doméstica” e muito mais expostas a obstáculos de topo tipo “à participação no trabalho remunerado e na política” (BIROLI, 2018, p. 66). E esse é mesmo um aspecto fundamental para as nossas reflexões, já que as relações *maternais* dominam as páginas de *Luta por reconhecimento* dedicadas às relações amorosas.

Honneth se mostra, desse modo, como que incapaz de se ocupar do que se passa no universo doméstico em toda a sua artificialidade, historicidade e complexidade. E não poderia ser diferente, já que ele subordina a intimidade e as famílias ao privado, como que codificando as relações primárias como experiências meramente ou naturalmente privadas, cujo conteúdo não transcenderia os imediatamente implicados. Como se uma diferenciação entre dois tipos de esferas, uma sujeita e a outra alheia à crítica democrática, não fosse, ela mesma, artificial e encobridora de processos sócio-históricos marcados pelo gênero. Como se dimensões importantes da vida íntima e familiar não fossem, também elas, constitucional e democraticamente condicionadas. Como se a “alocação de responsabilidades” intrafamiliares, por exemplo, não fosse, ela mesma, “institucionalizada” ou não decorresse de “decisões políticas” (BIROLI, 2018, p. 66). Ou como se o afeto não fosse objeto de regulamentações jurídicas de todo tipo. E mais, como se a própria disposição de alguns dos aspectos doméstico-

familiares – e somente alguns deles – como questões social e politicamente relevantes não operasse correntemente em favor de “quem pode exercer poder e agredir, amparado na conjugalidade e em laços vistos como naturais e amorosos” (BIROLI, 2018, p. 113).

Se o Honneth de *Luta por reconhecimento* subtrai as relações amorosas do escrutínio público, da agenda democrática e do debate sobre justiça, ele acaba por encurtar as controvérsias políticas mais cotidianas. Como se a intimidade e a família lhes fossem estranhas, fazendo calar, fatalmente, muitos dos vínculos, conflitos e injustiças que lhes dizem respeito em primeiro lugar. Um enquadramento teórico, certamente, muito estereotipado, distorcido e redutor das relações amorosas, como se os vínculos ou laços de afeto suprimissem o antagonismo.

É precisamente contra essa perspectiva ainda muito corrente que teóricas/os feministas e, agora, também Honneth – não mais aquele de *Luta por reconhecimento*, mas o de *O direito da liberdade* –, levantam algumas de suas críticas mais desafiadoras. A reformulação dessa dimensão do reconhecimento, é verdade, já aparece em textos anteriores, como no posfácio escrito para *Luta por reconhecimento* e na interlocução com Fraser, ambos de 2003.

Ele abandona, nestes textos, a ideia de que o amor “não contém experiências morais que possam levar por si só à formação de conflitos sociais” (HONNETH, 2003, p. 256) ou a de que o amor “não admite o potencial para o desenvolvimento normativo” (HONNETH, 2006, p. 114). E passa a reconhecer, explicitamente, que “o amor possui em si mesmo um excedente de validade normativa que surge através de conflitos (interpretativos)” (HONNETH, 2006, p. 114), o que significa dizer, diferentemente do que dizia o Honneth de *Luta por reconhecimento*, que o amor mobiliza, sim, repetidamente, “lutas sobre como entender as implicações do que significa amar alguém” (MARCELO, 2013, p. 211). Em entrevista a Marcelo (2013, p. 211), Honneth, aliás, concorda com o entrevistador quando questionado se, do conjunto das esferas de reconhecimento, a “que seria mais completamente revisada seria a mais fundamental, ou seja, a esfera do amor”.

Honneth revê, assim, nos anos 2000, “sua posição sobre a a-historicidade da forma de reconhecimento” típica “da esfera do amor”. Essa forma toda própria de reconhecimento perde, enfim, nesse meio-tempo, o “caráter de constante antropológica” (DE CAUX, 2017, p. 45-46). Mas é sobretudo no livro de 2011 que os domínios da intimidade sexual e das famílias aparecem enfim despojados de um caráter estritamente privatizante. Emergem mesmo como domínios conflagrados por conflitos (existenciais, certamente, mas também políticos).

E isso explica por que Honneth só mais recentemente parece poder alcançar algumas das pedras de toque da solidariedade familiar, agora interpretada, na esteira da literatura

feminista e das lutas de minorias sexuais, como um “conjunto de direitos e deveres, arranjos e rearranjos”, sujeitos, eles mesmos, à mutabilidade histórica e ao aperfeiçoamento normativo, e que se expressam senão mediante “sentimentos e apoios diversos” (PEIXOTO, 2005, p. 225). A artificialidade, a complexidade e muitas das particularidades e tensões típicas dessas relações não passam mais anônimas ou incólumes ou, pelo menos, não como antes, atenuando, desse modo, algumas das carências que cercavam até então o projeto honnethiano.

Se é verdade que Honneth (2014a, p. 155-156) assume o “estabelecimento das sociedades modernas como um processo de diferenciação de diversas esferas de reconhecimento recíproco”, também é verdade que é só agora que ele enxerga o amor em meio a processos mais abrangentes e inacabados de diferenciação, especialização e democratização social, com amplas consequências, como não poderia mesmo ser diferente, para o seu modelo normativo alternativo.

É outro, portanto, o estatuto da intimidade e das famílias nos novos escritos de Honneth e, mais especialmente, no seu trabalho de fôlego mais recente, em que elas “ganha[m] independência na ordem de exposição e passa[m] a falar por si mesma[s]”. Honneth revisa, desse modo, muitas daquelas “representações sociais contidas no pensamento democrático”. Se o privado e o íntimo ou o doméstico e o familiar comumente aparecem como “esferas concêntricas ou coincidentes”, em *O direito da liberdade*, diferentemente, eles aparecem “como âmbitos de socialização distintos e interseccionados de modo seletivo, contingente e artificial”. São lidos, agora, politicamente, porque sujeitos, todos eles, “à autodeterminação democrática” (SILVA, 2013, p. 215). Honneth rompe, assim, “no campo categorial”, “com a sobreposição entre o privado e o íntimo” e entre o doméstico e o familiar (SILVA, 2013, p. 216).

E isso é feito na contramão de abordagens míopes de todo tipo, que, como já sugerido, ainda insistem em despolitizar as relações íntimas e familiares e suspender o que se passa na trama doméstica, como se isso não implicasse, inclusive, como chama a atenção a literatura feminista já há muito tempo, e para além de uma série de reducionismos e distorções históricas e teóricas, “tolerância à exploração e à violência” e acomodação de “exigências diferentes de respeito à integridade física e psíquica dos indivíduos, quer se considere a esfera privada, quer a pública” (BIROLI, 2018, p. 93).

Mais ainda, com a reconstrução de reivindicações normativas desenvolvidas no seio de um complexo de esferas de ação, para delas destilar critérios de justiça social, despontam, a propósito, “conceitualizações que nascem da tradição da teoria social e da sociologia e não do contexto do direito moderno” (HONNETH, 2014b, p. 96). E, assim, o direito perde, no esquema honnethiano, aquele *status* que lhe é creditado pela tradição liberal, o “de guia ou ponto focal

de teorização” (HONNETH, 2017, p. 127) ou de “eixo de qualquer concepção contemporânea de justiça social” (HONNETH, 2017, p. 131). A sua importância, aqui, é como que deflacionada (SILVA, 2019, p. 8). O programa de fundamentação de *uma teoria da justiça como análise da sociedade*, tal como esboçado em *O direito da liberdade*, inclui, mas não se detém em “figuras jurídico-mentais”, é dizer, a esfera jurídica é agora situada no interior de uma rede complexa de relações institucionalizadas de reconhecimento.

Mas que não restem dúvidas: dizer, com Honneth (2017, p. 130), que o direito deixa como que em aberto o que tem efetivamente orientado os sujeitos no seio de um emaranhado de campos sociais, incluindo domínios como o da intimidade sexual e o das famílias, não significa desprezar ou menosprezar os feitos alcançados pelo médium do direito ou o seu papel destacado enquanto motor ou alavanca de muitos dos processos transformadores de nossa época (MARQUES, 2023).

Reconhecer os limites do direito significa, nesses termos, admitir que as categorias estritamente jurídicas dizem pouco, quase nada, por exemplo, sobre o reconhecimento intersubjetivo afetivamente mediado ou sobre muitos daqueles processos transformadores na modernidade que lhes são próprios, que se revelam mesmo “abaixo do nível das disposições legais fixas” ou “bem abaixo do limiar da intervenção legal” (HONNETH, 2017, p. 130). Significa, também, “alarga[r] os campos sociais submetidos à investigação democrática”, apresentando domínios como o da intimidade sexual e o das famílias como “esfera[s] de efetivação da liberdade social, a ser[em] liberada[s] de uma submissão necessária às figuras da tutela privada” (SILVA, 2013, p. 215).

Mas retomemos o fio de nossa argumentação ali onde o havíamos deixado. Com uma reconstrução normativa da trajetória sócio-histórica de um conjunto de esferas, algumas, domésticas, outras, públicas, Honneth (2014b, p. 92) pode ainda “apresentar os princípios e as normas [em toda sua extensão] como padrões com vigência social”. Assim como também pode avaliar criticamente as transformações dessas esferas, se progressivas ou regressivas, na contramão de outros tantos modelos de teorias da justiça, que poderiam ser interpretados, em geral, como “ostensivamente antifeminista[s], ou no mínimo ceg[os] às diferenças de gênero” (MATOS, 2017, p. 146).

É ali, no livro de 2011, em que Honneth inscreve definitivamente “a dimensão particular das relações íntimas [e familiares] – habitualmente relegadas ao campo do apolítico – nos trilhos de um processo inacabado de democratização social” (SILVA, 2013, p. 203): quer vejamos a família “como unidade doméstica”, onde se asseguram “condições materiais necessárias à sobrevivência, como instituição, referência e local de segurança, como

formador[a], divulgador[a] e contestador[a] de um vasto conjunto de valores, imagens e representações, como um conjunto de laços de parentesco” ou “como um grupo de afinidade, com variados graus de convivência e proximidade” (VILHENA *et al.*, 2011, p. 1644), são muitas e muito profundas as transformações íntimas e intrafamiliares, a ponto mesmo de fazer da intimidade e das famílias esferas muito diferentes daquelas do passado.

Honneth (2014a, p. 165) resgata elementos de muitas dessas reviravoltas e as toma como “engrenagens” de “um processo de mudança muito mais amplo” e “que nesse meio-tempo emprestou ao conjunto da rede de relações institucionalizadas de reconhecimento uma nova face”. Em “importância social”, acrescenta ele, essas reviravoltas nada devem àquelas que tiveram lugar nas relações econômicas e sociais (HONNETH, 2014b, p. 176).

Reconhecer o traço distintivo e original das relações íntimas e familiares já não mais significa, no caso de Honneth, naturalizar, privatizar, despolitizar ou idealizar as relações pessoais. As relações amorosas, elas mesmas, vividas e reelaboradas cotidianamente pelos próprios sujeitos, aparecem, antes, em *O direito da liberdade*, como campo historicamente situado e suficientemente complexo de experiências e percepções singulares, marcado tanto por uma normatividade toda própria como por uma tendência de democratização interna, ainda que sujeito a uma infinidade de entraves, ameaças ou retrocessos.

Mais ainda, domínios da vida social como o da intimidade sexual e o das famílias já não aparecem como se imunes fossem a influências de todo tipo das esferas sociais vizinhas. Honneth (2014a; 2014b; 2015; 2017) agora volta sua atenção para esferas como a das famílias, “a mais naturalizada de todas as esferas sociais”, e captura com mais acuidade, como o faz a própria literatura feminista, *alguns* de seus “abalos internos” inéditos e *algumas* daquelas “interferências externas” que a afetaram profundamente (SARTI, 2018, p. 35), deixando entrever uma cadeia de implicações recíprocas entre a esfera doméstica e as esferas não-domésticas.

É ali, no livro de 2011, em que Honneth reconhece, por exemplo, a importância da família para a estabilidade mesma de comunidades democráticas. Uma posição desse tipo tem, fatalmente, implicações teórico-metodológicas, mas também políticas e elas se deixam observar na arquitetura de seu modelo alternativo de justiça. Ele atribui à teoria da justiça, na contracorrente do pensamento hegemônico, a tarefa de refletir mais sistematicamente sobre as condições materiais sob as quais a família pode se desenvolver adequadamente, a ponto de mobilizar comportamentos que possam ser interpretados como “um protótipo das virtudes democráticas” (HONNETH, 2014b, p. 232).

As relações íntimas e familiares são, assim, como que deslocadas para o primeiro plano, pelo menos no quadro de *uma teoria da justiça como análise da sociedade*, destoando especialmente do campo das teorias liberais da justiça, onde prevalece quase que o silêncio sobre as relações pessoais, como se elas fossem mero apêndice do debate público político ou como se a inclusão das relações interpessoais de afeto no terreno próprio das reflexões democráticas significasse um “exagero” ou mesmo um “desrespeito de suas fronteiras disciplinares, sobretudo por colocar a questão democrática para além de seus limites mais tradicionais”, vale dizer, os da “privacidade, da gramática jurídica e da autoridade estatal” (SILVA, 2013, p. 228).

Uma abordagem desse tipo presta enfim “atenção à política do que” ainda é visto “como paradigmaticamente não-político” (OKIN, 2008, p. 313), como sugerem já há muito tempo o pensamento e a prática feministas. A noção mesma de justiça estende-se, desse modo, em *O direito da liberdade*, ao cotidiano, doméstico e extradoméstico, e expõe *algumas* de suas coimplicações mais fundamentais.

Um projeto normativo alternativo desse tipo concorre, certamente, para a desnaturalização mesma dos campos da intimidade e das famílias e para o reconhecimento da dimensão público-política de práticas domésticas as mais diversas, como as de cuidado. Elas aparecem agora no centro do debate sobre justiça.

Os ideais maternais mais tradicionais são extraordinariamente ilustrativos dos deslocamentos de que ora falamos: se em *Luta por reconhecimento* o “vínculo entre o bebê e a cuidadora é paradigmático para a categoria do reconhecimento baseado no amor” (CONNOLLY, 2010, p. 422); se, ali, a relação amorosa é “preponderantemente pensada a partir de um modelo de reconhecimento afetivo travado entre mãe e bebê – sendo aplicado de modo apenas extensivo ao relacionamento adulto” (SILVA, 2013, p. 212); se pelas lentes daquele Honneth as atitudes *maternas* de cuidado e amor aparecem senão como condição de autorrealização da criança; se, ali, “[a] questão fundamental é que a autoconfiança encontra sua formação embrionária no interior da vida familiar” e, mais particularmente, na relação mãe-bebê (SPINELLI, 2019, p. 430); se a família enquanto *lócus* primordial de afeto e cuidado é observada senão a partir do papel reprodutivo feminino; se a seção dedicada às relações amorosas evoca, mais uma vez, as representações mais convencionais da feminilidade ou da maternidade, como se ali se falasse (acriticamente) de uma mulher tal como a protagonista de *A mulher desiludida*, de Simone de Beauvoir (2015), uma mulher que se dedica de tal modo à prole e ao marido que se esquece de si mesma; ou ainda, se o livro de 1992 aciona uma “perspectiva excessivamente romanesca da vida familiar” (SPINELLI, 2019, p. 432), como que

deixando inalteradas as formas estabelecidas da divisão sexual do trabalho, o Honneth de *O direito da liberdade*, muito diferentemente, historiciza, desprivatiza e complexifica as relações amorosas.

Os papéis convencionais de gênero e o protagonismo materno, mais destacadamente, saem de cena como mediadores por excelência da textura da vida doméstica; o que denota, por si só, uma análise mais abrangente e mais cuidadosa da forma mais elementar do reconhecimento, e cujos *insights* já aparecem em escritos anteriores como *Redistribuição ou reconhecimento?* e *Reificação*: os pais, heterossexuais ou homossexuais, e não apenas a mãe, encarnam a figura de referência do filho, biológico ou não.

Se o Honneth de *Luta por reconhecimento* ocupa-se da experiência do amor, mas não sem evocar referências convencionais da feminilidade ou da maternidade, e tudo isso numa chave ontológica ou antropológica, de todo modo, a-histórica, o Honneth de *O direito da liberdade*, diferentemente, vê em representações como as da “rainha do lar” (RAGO, 2014) ou do “mito do amor materno” (BADINTER, 1985) “obstáculos ideológicos” (HONNETH, 2014b), ainda que mais ou menos superados. A naturalização ou a idealização do trabalho reprodutivo feminino dá lugar, assim, à problematização mesma da divisão sexual do trabalho ou à “desmistificação da união familiar” (SPINELLI, 2019, p. 439), convergindo, neste ponto, com demandas históricas do movimento e da teoria feministas.<sup>5</sup>

E mesmo que Honneth (2012a; 2014b) trate disso tudo como impasses mais propriamente do passado do que do presente, o seu modelo de teoria da justiça se abre como poucos – fora dos círculos feministas – para estes mesmos impasses. Se é verdade que a centralidade da divisão sexual do trabalho, com suas implicações muito desiguais para homens e mulheres, não encontra correspondência na *teoria da justiça como análise da sociedade* (McNAY, 2015; ZURN, 2015; MARQUES, 2022), pelo menos se considerado o cenário brasileiro (ITABORAÍ, 2017; CATTONI DE OLIVEIRA; MARQUES, 2020), também é verdade que essa mesma teoria da justiça como que suscita desdobramentos outros, diagnósticos alternativos para cenários específicos.

É o próprio Honneth (2014b, p. 10) quem, aliás, reconhece em *O direito da liberdade* que “ainda há muito que fazer”, seja porque parece “necessário diferenciar todas as trajetórias

---

<sup>5</sup> A própria trajetória intelectual de Honneth, aliás, ajuda a iluminar um quadro mais amplo, no qual a maternidade constitui antes uma “tensão que atravessa a história dos movimentos feministas, mas também a de numerosas mulheres, que se encontram diante de contradições frequentemente insuperáveis”. Ajuda mesmo a esclarecer por que “[a] maternidade constitui, ao mesmo tempo, uma especificidade valorizada – o poder de dar a vida –, uma função social em nome da qual reivindicar direitos políticos ou sociais, e uma das fontes da opressão” (COLLIN; LABORIE, 2009, p. 133).

evolutivas [...] de acordo com os caminhos adotados por cada nação”, seja porque o diagnóstico do presente também demanda “aprofundamento”.

Questões correntemente suspensas pelo pensamento político ocidental, como “o lugar [...] do gênero na organização da vida social humana, a associação das mulheres com a reprodução e cuidado das crianças, ou a relevância do papel reprodutivo das mulheres para a construção do status público feminino” (ROSALDO, 1980, p. 393), emergem, de todo modo, em *O direito da liberdade*. Elas aparecem, ali, como mediadoras da trajetória sócio-histórica de esferas como a das famílias, o que faz delas questões de justiça de primeira ordem, ainda que apareçam, muitas vezes, e mais uma vez, como dilemas históricos mais ou menos superados.

Recusando-se a suspender ou a se antecipar à realidade íntima e familiar, Honneth acaba por ser aproximar de muitas das experiências cotidianas de homens, mulheres e crianças concretas, dentro e fora de casa. Mas este mesmo Honneth, agora acrescentamos, também se distancia de muitas outras experiências domésticas e extra-domésticas de homens, mulheres e crianças, à medida que negligencia o impacto muito diferenciado da divisão do trabalho entre os sexos nas suas formas mais correntes, pelo menos se considerado o contexto brasileiro.

Encontramos no livro de 2011, de todo modo, recursos ou ferramentas teórico-metodológicas muito particulares e também muito afiadas, que podem ser sempre de novo mobilizadas para se observar mais de perto não só as reviravoltas democráticas em esferas como a da intimidade ou a das famílias, ou os potenciais emancipatórios sempre ali já inscritos – muitas vezes subestimados ou solenemente ignorados – ou os seus “desenvolvimentos contemporâneos à luz das possibilidades futuras” (HONNETH, 2006, p. 143), mas, também, as “[r]elações de poder, [a] hierarquia, [a] divisão do trabalho, [a] dependência econômica e [a] restrição de escolhas” (SPINELLI, 2019, p. 439) que ainda tanto moldam (não só) a vida íntima e familiar.

Rejeitando explicitamente a categorização muito corrente da “vida doméstica [...] como natural e pré-política, posicionada aquém dos requisitos de justiça” e dos “critérios democráticos para avaliar as relações” que nela têm lugar (BIROLI, 2018, p. 56), Honneth se junta às/aos teóricas/os feministas na crítica à dicotomia liberal público/doméstico. E essa crítica aparece mesmo no centro das preocupações mais fundamentais de *O direito da liberdade*.

Se o liberalismo político, “cujos princípios ainda hoje balizam a autocompreensão normativa de nossas sociedades”, e, quase que por toda parte, “deixou sempre à margem toda a esfera familiar e de criação dos filhos”, “se a considerou como historicamente dada”, “se não refletiu mais profundamente sobre as condições a partir das quais ela poderia contribuir para a

reprodução político-moral das sociedades”, Honneth (2014b, p. 229-230), diferentemente, coloca em cena, por exemplo, assim como também o fazem teóricas feministas, a “constituição interna das famílias”, as “condições de socialização sob as quais as crianças deveriam se converter em futuros cidadãos”, o “valor democrático que tem uma criação plena de atenção e amor” e o “significado político-moral da esfera familiar” (HONNETH, 2014b, p. 229-230).

Em um modelo normativo alternativo como o de Honneth, que procura fazer do conjunto das instituições modernas garantes de liberdade o seu ponto de ancoragem, desmancha-se a olhos vistos, por exemplo, a ideia liberal de que “a esfera familiar deve ser considerada como uma magnitude simplesmente dada na estrutura de sociedades modernas”.

Se as reflexões sobre política, democracia e justiça correntemente suspendem a arena doméstica e as suas controvérsias normativas típicas, se pouco se explora o vínculo interno entre comunidades democráticas e “famílias intactas, confiáveis e igualitárias” (HONNETH, 2014b, p. 229), se as relações íntimas e familiares são corriqueira e inadequadamente interpretadas como uma questão menor, destituída de qualquer protagonismo, quando não relegadas à irrelevância, se “um olhar direto sobre [...] [a domesticidade e a intimidade continua sendo] visto não apenas como algo desinteressante do ponto de vista dos valores democráticos, mas como sua violação em potencial” (SILVA, 2013, p. 201) ou, ainda, se a família aparece aqui e ali como uma espécie de “último bastião do pensamento essencialista” (FONSECA, 2004, p. 29), Honneth, em *O direito da liberdade*, esquivando-se de um esquema desse tipo, alarga e complexifica o pensamento democrático. Incorporando e desdobrando “as possibilidades radicalizadoras da transformação da intimidade [e das famílias]” (GIDDENS, 1993, p. 11), Honneth contribui para a revisão das condições convencionais da liberdade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Honneth transita, entre *Luta por reconhecimento*, de 1992, e *O direito da liberdade*, de 2011, de uma “concepção interacionista de reconhecimento” na direção de uma “concepção institucional” (SOUZA, 2017, p. a99). Deixando para trás pressupostos antropológico-filosóficos ou psicológico-morais, como mais ou menos antecipado pelo posfácio da edição alemã de 2003 de *Luta por reconhecimento*, a ideia, agora, seguindo o modelo da *Filosofia do direito* hegeliana, é explorar os princípios da justiça social diretamente na forma de uma análise da sociedade (HONNETH, 2014b, p. 9).

E em meio a essa “guinada teórico-social” (CELIKATES, 2014, p. 574), chama a atenção, em especial, como procuramos mostrar, a releitura honnethiana do amor, que vai alçar

mais recentemente os campos da intimidade e das famílias a um novo patamar. Se o Honneth de *Luta por reconhecimento* mobiliza um tipo de abordagem idealizante ou romanesca do amor, que o relega ao campo do apolítico e o subtrai do escrutínio democrático e dos processos sociais e históricos mais amplos, o Honneth de *O direito da liberdade* move-se noutra direção.

Em seu trabalho mais importante desde *Luta por reconhecimento*, as relações pessoais, enfim, se libertam de vez do enclausuramento privado, reivindicam expressão pública, demandam o reconhecimento público de suas especificidades, reclamam o seu lugar no espaço público e reafirmam o seu caráter político-moral (SILVA, 2013; SPINELLI, 2019; MARQUES, 2022; 2023).

Mas Honneth não só incorpora a intimidade sexual e as famílias ao debate sobre justiça como também vai um pouco mais longe. Ele as observa de um ângulo todo próprio, o da gramática do reconhecimento, e leva adiante a possibilidade de uma crítica interna a esses campos normativos, ajudando a preencher ou contornar algumas das lacunas mais persistentes do pensamento político. Uma abordagem, certamente, muito refinada, e cujo aparato teórico-metodológico pode ser sempre de novo retomado para se examinar mais de perto o “nós” das relações pessoais, sobretudo se em cena diferentes cenários nacionais.

Com um projeto normativo alternativo desse tipo, Honneth tanto se filia a perspectivas que desmistificam, desidealizam ou desnaturalizam noções convencionais de intimidade e família, como desafia mesmo os/as teóricos/as do campo das teorias da justiça a rever paradigmas, a se valer de novas categorias de análise, a recorrer a elementos e materiais empíricos ainda pouco ortodoxos. Na medida em que situa a intimidade e as famílias entre as principais esferas constitutivas de sociedades modernas, por onde fluem e se distribuem oportunidades – específicas, inéditas, mas também muito desiguais – de exercício da liberdade, Honneth ajuda a iluminar uma grande área de sombra no campo das teorias da justiça.

E se assim o é, ele caminha senão na contramão da “maioria dos teóricos políticos contemporâneos que escrevem sobre justiça” (OKIN, 2004, p. 186), que ainda insistem em relegar ao anonimato o espaço doméstico e todos aqueles aspectos, fenômenos ou processos que lhes dizem respeito em primeiro lugar, mesmo num cenário onde cresce a tematização política do universo íntimo-familiar.

Como se fossem marginais, secundárias ou mesmo irrelevantes para o debate sobre democracia e justiça perguntas como “quem produz? Quem cuida? Como se define a partilha do tempo e da energia entre trabalho remunerado e não remunerado?” (BIROLI, 2018, p. 49). Como se as respostas a essas mesmas perguntas não ajudassem a desnudar muitas das “hierarquias que organizam as relações dentro e fora” de casa (BIROLI, 2018, p. 49) e fazem

de minorias raciais, sexuais e de gênero seus alvos preferenciais (SILVA, 2013; McNAY, 2015; MARQUES, 2023).

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BEAUVOIR, Simone de. **A mulher desiludida**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades: limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia. **Autonomia e desigualdades de gênero: contribuições do feminismo para a crítica democrática**. Vinhedo/Niterói: Editora Horizonte/Eduff, 2013.

BIROLI, Flávia. Gênero e família em uma sociedade justa. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Org.). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012. p. 211-242.

BRESSIANI, Nathalie. **Immanent Critique in Axel Honneth: From negative to normative reconstruction**, 2018.

BURIL, Bárbara. **Reconhecimento ideológico e intimidades políticas**. In: *Perspectiva Filosófica*, v. 43, n. 2, 2016.

CAMPELLO, Filipe. **Do Reconhecimento à liberdade social: sobre “O direito da liberdade”**, de Axel Honneth. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, n. 23, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MARQUES, Stanley Souza. Contribuições para uma reconstrução crítica da gramática moderna da maternidade. **Revista Estudos Feministas**, v. 28, n. 2, p. 1-16, 2020.

CELIKATES, Robin. **Sociology of critique or critical theory?** Luc Boltanski and Axel Honneth in conversation with Robin Celikates. In: SUSEN, Simon; TURNER, Bryan S. *The Spirit of Luc Boltanski. Essays on the “Pragmatic Sociology of Critique”*. London: Anthem Press, 2014, p. 561-589.

COLLIN, Françoise; LABORIE, Françoise. Maternidade. In: HIRATA, Helena. et al. (org.) **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 133-138.

CONNOLLY, Julie. **Love In The Private: Axel Honneth, Feminism and the Politics of Recognition**. *Contemporary political theory*, v. 9, n. 4, 2010.

CRISSIUMA, Ricardo. Trocando o jovem pelo velho: Axel Honneth leitor de Hegel. In: MELO, Rúrion (Org.). **A teoria crítica de Axel Honneth: reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55-81.

DE CAUX, Luiz Philipe. Intersubjetividade e ontologia social nas revisões da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **ethic@**, v. 16, n. 1, 2017.

FONSECA, Cláudia. Aliados e rivais na família. In: FONSECA, Cláudia. **Família, Fofoca e Honra**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.

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

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

HONNETH, Axel. **Barbarizações do conflito social**: Lutas por reconhecimento ao início do século 21. *Civitas*, v. 14, n. 1, 2014a.

HONNETH, Axel. **Beyond the law**: a response to William Scheuerman. *Constellations*, n. 1, v. 24, 2017.

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad**. Esbozo de uma eticidade democrática. Buenos Aires: Katz Editores, 2014b.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. “O fundamento do reconhecimento: uma réplica a questões críticas”. In: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: para uma gramática moral dos conflitos sociais. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2011, p. 243-273.

HONNETH, Axel. “Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madri: Ediciones Morata e Fundación Paidéia Galiza, 2006, p. 89-148.

HONNETH, Axel. Rejoinder. **Critical Horizons**, v. 16, n. 2, 2015, pp. 204-226.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel. Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. **The I in we**: studies in the theory of recognition. Cambridge: Polity Press, 2012.

ITABORAÍ, Nathalie Reis. **Mudanças nas famílias brasileiras (1976-2012)**: uma perspectiva de classe e gênero. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

MARCELO, Gonçalo. Recognition and Critical Theory today: An interview with Axel Honneth. **Philosophy and Social Criticism**, v. 39, n. 2, 2013.

MARQUES, Stanley Souza. Entre famílias e direito em Axel Honneth: o caso paradigmático das famílias formadas por lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e transexuais. **Tempo Social, revista de Sociologia da USP**, v. 35, n. 2, p. 219-238, 2023.

MARQUES, Stanley Souza. Justiça, gênero e famílias em “O direito da liberdade”, de Axel Honneth: elementos para uma contribuição ao projeto honnethiano. **Sociologias**, v. 24, n. 61, p. 226–259, 2022.

McNAY, Lois. Social freedom and progress in the family: reflections on care, gender and inequality. **Critical Horizons**, v. 16, n. 2, 2015.

MATOS, Marlise. “Feminismo e teorias da justiça”. In: AVRITZER, Leonardo. et al. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 141-155.

NOBRE, Marcos. Reconstrução em dois níveis. Um aspecto do modelo crítico de Axel Honneth. In: Melo, Rúrion. (Org.). **A teoria crítica de Axel Honneth: Reconhecimento, liberdade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-54.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, 2008.

OKIN, Susan Moller. The Public/Private Dichotomy. In: FARRELLY, Colin (org.) **Contemporary Political Theory**. London: Sage, 2004.

PATEMAN, Carole. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Teoria política feminista: textos centrais**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013. p. 55-79.

PEIXOTO, Clarice Ehlers. Solidariedade familiar intergeracional. In: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. **Gênero, família e trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 225-240.

PINZANI, Alessandro. O valor da liberdade na sociedade contemporânea. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 94. 2012.

RAGO, Margareth. **Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar e a resistência anarquista**. Brasil 1890-1930. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

RAWLS, JOHN. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSALDO, Michelle. The Use and Abuse of Anthropology: Reflections on Feminism and Cross-Cultural Understanding. **Signs: Journal of Women in Culture and Society**, v. 5, n. 3, 1980.

SARTI, Cynthia A. Famílias enredadas. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amalia Faller (Org.). **Família: redes, laços e políticas públicas**. São Paulo: Cortez/Instituto de Estudos Especiais – PUC/SP, 2018, p. 35-52.

SILVA, Felipe Gonçalves. Um ponto cego no pensamento político? Teoria crítica e a democratização da intimidade. In: MELO, Rúrion (org.) **A teoria crítica de Axel Honneth**. Reconhecimento, liberdade e justiça. São Paulo. Saraiva, 2013, p. 201-233.

SOBOTTKA, Emil A. A liberdade individual e suas expressões institucionais. **RBCS**, v. 27, n. 80, 2012.

SOBOTTKA, Emil A. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 33, 2013.

SOUZA, Luiz Gustavo da Cunha de. Do reconhecimento recíproco à sociedade efetivamente social. **Civitas**, Porto Alegre, v. 17, n. 3, 2017.

SOUZA, Luiz Gustavo da Cunha de. **Reconhecimento como Teoria Crítica?** A formulação de Axel Honneth. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2011.

SPINELLI, Letícia Machado. Honneth: a família entre a justiça e o afeto. **Civitas**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, 2019.

VILHENA, Junia de. et al. Que família? Provocações a partir da homoparentalidade. **Revista Mal-estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. XI, n. 4, 2011.

WILDE, Oscar. **A importância de ser prudente e outras peças**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

ZURN, Christopher. **Axel Honneth: A Critical Theory of the Social**. Cambridge: Polity Press, 2015.

**Submissão: 03/05/2023. Aprovação: 29/10/2023.**