

2023

REVISTA
ACADÊMICA
SÃO
FRANCISCO

1ª EDIÇÃO

Expediente

Orientação Científica

Professora Associada Nina Beatriz
Stocco Ranieri (USP)

Conselho Científico

Professora Titular Ana Elisa Liberatore
Silva Bechara (USP)
Professor Associado Marcos Augusto
Perez (USP)
Professor Thiago de Souza Amparo
(Fundação Getúlio Vargas)

Comissão Editorial

Aline Sayuri Cawamura
Danielle Naomi Iwai
Eunice Costa de Lima
Giovanna Diniz Eduardo
Ingrid Procópio de Oliveira Galletta
José Bento de Oliveira Camassa
Letícia de Oliveira Ramos
Leonardo Souza Gomes
Thales Parenti Gonçalves

Ex-integrantes da Comissão Editorial que também trabalharam, entre 2021 e 2022, nesta edição

Beatriz Burlamaqui Marconi Engler
Pinto Viegas
Bruno da Cunha de Oliveira
Daniel Lucas Dejavite de Biagio
Douglas Henrique Norkevicius
Ester Maria do Nascimento
Fabricio Alves de Lacerda
Italo Rodrigues
Jackson Teixeira de Freitas
Jacqueline Leite de Souza
Juana Veneranda Ruiz da Silveira
Marcelo Vaz
Marco Antonio Silva Costa
Maria Eduarda Lessa
Morena Marconi Fonseca dos Santos
Nicole Mendes
Thais Calixto de Abreu
Vitor Santos Vilanova

Autoras e autores desta edição

Daniel de Barros Di Giacomo

Daniela Scholze Montes

Débora Nery Schwartz

Elisa Haruko Shitamori Matsufugi

Gianluca Nicochelli

Letícia Diógenes Gonçalves da Silva

Lucas Delgado Carvalho

Maria Carolina Ferreira da Silva

Maria Luiza Giglio Muller

Pedro Martini Lucena

Raquel de Almeida Bertani

Thalita Hage

Yasmin Noronha de Albuquerque

Moreira

Sumário

Editorial	6
A laicidade do Estado Brasileiro após a ADI 4439: efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do ensino religioso confessional nas escolas públicas	14
Entrevista com Diogo Rosenthal Coutinho, Professor do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo	30
Vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+ nos governos Putin e a Corte Europeia De Direitos Humanos	48
Justiça, ideologia jurídica e reprodução social: resenha crítica de Um Cinturão (1945) de Graciliano Ramos	79
O Projeto Marmitas Da Terra como uma alternativa ao sistema alimentar hegemônico: soberania alimentar à luz do bem viver	88
As práticas discursivas dos juristas na modernidade: fatores que as influenciam e suas principais formas	113
A morte miserável no Brasil: um olhar sobre a mistanásia e a necropolítica durante a pandemia de Covid-19	131
Herança digital e o direito à privacidade	149
A tutela jurisdicional dos trabalhos sexuais no direito brasileiro	172

O sistema brasileiro de proteção dos refugiados sob o crivo dos standards estabelecidos pelo caso família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia 202

Análise empírica dos 10 anos do Programa De Estímulo Ao Ensino De Graduação (PEEG) na Faculdade de Direito da USP 234

Políticas públicas internacionais: o papel do Estado em meio à multiplicidade de agentes 254

Patriotismo constitucional: uma análise da legitimação do direito moderno 278

Editorial

São Paulo, 12 de dezembro de 2023.

É com enorme alegria que o Comitê Editorial desta Revista Acadêmica São Francisco (RASf) publica sua primeira edição. O lançamento deste número concretiza um projeto gestado há alguns anos, desde a terceira e última edição publicada pela Revista Acadêmica Arcadas (RAA), em agosto de 2020. A iniciativa de criação da RASf, empreendida entre fins de 2020 e 2021, quando ainda se enfrentava o momento mais agudo da pandemia de Covid-19, almejou manter viva a chama da RAA e evitar a ausência de um periódico acadêmico discente, voltado à publicação de trabalhos acadêmicos de estudantes da graduação, na Faculdade de Direito da USP.

Apesar de as Arcadas terem uma longa tradição de publicação de revistas acadêmicas, fato é que muitas dessas iniciativas tiveram vida relativamente curta – efemeridade que se nota em periódicos discentes das graduações das mais diversas áreas do conhecimento no Brasil. A RASf nasceu com o intuito de retomar essa proposta e tem o desafio de superar o signo da descontinuidade das publicações acadêmicas discentes da graduação.

Por que, afinal, manter uma revista acadêmica destinada à publicação de textos acadêmicos de graduandas e graduandos? Entre tantas atividades de extensão cultivadas na graduação da Faculdade de Direito da USP, por que devotar uma especialmente à publicação de textos acadêmicos escritos por graduandas e graduandos?

A resposta está, em primeiro lugar, no potencial e na importância das pesquisas conduzidas por graduandos(as) no âmbito de iniciações científicas (ICs), trabalhos de conclusão de curso (TCCs), disciplinas da graduação, núcleos de pesquisa e grupos de estudo. Como mostram os artigos publicados nesta edição, as pesquisas desenvolvidas por discentes da graduação têm pleno potencial para trazer contribuições acadêmicas relevantes sobre temas atuais e de grande relevância. Também são capazes de

desbravar novos objetos de estudo, sobre os quais a literatura ainda é incipiente. Em suma, mesmo que (ainda) não tenham chegado à pós-graduação, discentes da graduação podem ser, sim, pesquisadoras e pesquisadores, cujos trabalhos merecem ser publicados e divulgados para a comunidade científica. Entretanto, a maioria dos periódicos científicos, seja no Direito, seja em outros campos do saber, estabelece o requisito da graduação completa e da pós-graduação em curso para submissão de artigos acadêmicos.

A proposta de revistas acadêmicas discentes como a RASF busca suprir essa lacuna, franqueando a estudantes da graduação um lócus para a publicação de seus trabalhos. Ao garantir esse espaço, pretendemos estimular a produção acadêmica discente. Sabemos como o processo de escrita de um texto acadêmico é laborioso. A publicação de um artigo, ensaio ou resenha é uma conquista gratificante, que coroa semanas, meses ou anos de leitura, reflexão, escrita e pesquisa (bibliográfica, empírica, jurisprudencial etc.) sobre determinado tema. Gratificação tanto maior pelo fato de não ser meramente um texto cujo tema foi definido por docentes ou chefes, mas uma obra que é resultado da liberdade de escolha de um tema por parte de cada estudante e da expressão de seus pontos de vista.

Ademais, a publicação de um trabalho em um periódico científico é em si mesmo um processo que proporciona grande aprendizado. Diferentemente de publicações jornalísticas, os periódicos científicos possuem o método de avaliação de textos por meio da revisão por pares duplo-cega. De acordo com esse método, adotado pela RASF, cada artigo recebido é enviado para dois (duas) ou mais especialistas (com, no mínimo, título de mestre) no tema do trabalho em questão. Esses(as) especialistas elaboram pareceres, deliberando pela reprovação, pela aprovação integral (hipótese muito rara) ou, mais frequentemente, pela aprovação com ressalvas do texto – caso em que o autor ou a autora deve fazer uma nova rodada de correções para que seu trabalho possa ser publicado. Todo esse processo é duplamente às cegas: tanto a autoria do artigo é anonimizada para os(as) pareceristas como a identidade destes(as) não é revelada aos(às) autores(as), com o fito de se garantir uma avaliação imparcial e idônea.

Dessa forma, mesmo que tenha seu texto reprovado (o que, sem dúvida, pode ser frustrante), o(a) discente terá oportunidade de receber uma avaliação abalizada, atenta e detalhada de pessoas com grande conhecimento no seu tema de pesquisa e com mais experiência acadêmica. Esse retorno amplia os horizontes de pesquisadores e pesquisadoras iniciantes, com recomendações de escrita, bibliografia, argumentação e metodologia científica, entre outros aspectos. É um tipo de retorno muito enriquecedor, considerando que grande parte da experiência de escrita em cursos de graduação acaba por não propiciar acesso a correções individualizadas, salvo por meio do recurso de revisão de prova.

Há, ainda, o aprendizado de entender como funciona a produção do conhecimento científico no âmbito acadêmico, dissipando a ilusão de que o conhecimento “nasce” pronto e circula imediatamente, sem nenhuma instância de mediação. Quantas vezes algum ou alguma docente mencionou em aula como funciona o processo editorial de revisão por pares às cegas?

É provável que tenham sido poucos. Por outro lado, é muito difícil que na bibliografia, nas leituras obrigatórias e recomendadas de qualquer disciplina da graduação não haja artigos que, para serem publicados e lidos, tiveram que se submeter a esse processo editorial. Conhecer esses meandros da produção acadêmica desmistifica a ideia de que o conhecimento científico é fruto de uma genialidade individual irretocável. Os artigos acadêmicos que lemos são fruto de longos itinerários de escritas, correções, reescritas, aprimoramentos e revisões. Em tese, mesmo grandes docentes, juristas e intelectuais têm que fazer correções apontadas por pares para que seus textos sejam aprovados e publicados. Saber desse aspecto processual inerente ao conhecimento acadêmico pode tornar menos distante a possibilidade da vida acadêmica, na medida em que reduz a pressão e desfaz a suposição, deletéria à boa saúde mental, de que é preciso acertar tudo “de primeira”.

Por todos esses aspectos enriquecedores, almejamos que a existência de periódicos como a RASF possa incentivar o corpo discente das universidades brasileiras a desejar realizar investigações acadêmicas na sua graduação ou a encarar com nova motivação

a elaboração de trabalhos de conclusão de curso obrigatórios. Afinal, conforme artigo 207 "caput" da Constituição Federal, as universidades devem obedecer "ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão".

Nesta edição, publicamos onze artigos elaborados por discentes de graduação. Os temas contemplados são os mais diversos.

Daniel de Barros Di Giacomo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, propõe uma reflexão jusfilosófica a partir da leitura do conto "Um Cinturão", do grande escritor Graciliano Ramos, sob perspectiva marxista e althusseriana.

Débora Nery Schwartz, da Universidade de São Paulo, apresenta um estudo empírico sobre o Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG) na Faculdade de Direito da USP – o PEEG é um programa especialmente relevante para a comunidade acadêmica, na medida em que desempenha funções de ensino, estímulo à pesquisa e fomento à permanência universitária na graduação da Universidade de São Paulo.

Elisa Haruko Shitamori Matsufugi, da Universidade Federal de São Paulo, aborda um tema de inegável atualidade: a vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+ na Federação Russa sob os governos Putin (2012-) e os limites das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos para proteger os direitos fundamentais dessa minoria no país.

Letícia Diógenes Gonçalves da Silva, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por sua vez, trata em seu artigo de decisões de outra corte de sistema regional de direitos humanos: a Corte Interamericana. A autora analisa o sistema brasileiro de proteção a refugiados à luz do julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, caso paradigmático na construção da jurisprudência contemporânea da Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus standards sobre acolhimento de pessoas refugiadas.

Em exemplo de artigo que transita entre distintos campos jurídicos, Lucas Delgado Carvalho, da Universidade Federal de Juiz de Fora, discute o conceito de trabalho sexual e analisa criticamente sua tutela no Brasil, sob os ângulos do Direito Penal e do Direito do Trabalho.

Daniela Scholze Montes e Maria Luiza Giglio Muller, ambas da Universidade Federal do Paraná, escrutinam as dimensões ambientais, políticas e econômicas do sistema de comercialização de alimentos e discutem alternativas ao modelo produtivo hegemônico a partir do exemplo do projeto “Marmitas da Terra”, desenvolvido por movimentos sociais em Curitiba e com especial durante o início da pandemia de Covid-19 no Brasil.

A emergência sanitária iniciada em 2020 é, justamente, o principal tema do artigo de Thalita Hage, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. A autora se vale dos conceitos de mistanásia e necropolítica para analisar os impactos catastróficos das ações e omissões da então gestão do Governo Federal no auge da pandemia de Covid-19 no Brasil.

Pedro Martini Lucena e Yasmin Noronha de Albuquerque Moreira, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentam o conceito filosófico e linguístico de discurso e, com esteio nele, escrutinam os modos pelos quais as práticas discursivas de juristas são conformadas por fatores sociais, nacionais, históricos e intelectuais.

Raquel de Almeida Bertani, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em coautoria com a já apresentada Letícia Diógenes Gonçalves da Silva, aborda uma das questões mais desafiadoras postas ao Direito das Sucessões contemporâneo: o da chamada “herança digital”, que suscita uma série de questionamentos em relação aos direitos de personalidade e à privacidade.

Maria Carolina Ferreira da Silva, da Universidade de São Paulo, discute como as políticas públicas, na contemporaneidade, possuem uma dimensão internacional, passando a ser objeto de múltiplos agentes e não mais apenas uma atribuição exclusiva dos Estados nacionais. A pesquisadora pondera, entretanto, que os Estados nacionais persistem desempenhando um papel importantíssimo em relação às políticas públicas.

Gianluca Nicochelli, da Universidade Federal do Paraná, examina o conceito de

patriotismo constitucional, formulado por Jürgen Habermas (filósofo ligado à chamada Escola de Frankfurt) e a questão da construção da legitimidade de uma ordem política. Em sua análise, Nicochelli aborda o pensamento de diversos autores sobre o poder constituinte, de Emmanuel Joseph Sieyès a Antonio Negri.

Além da diversidade temática, também muito nos alegrou o fato de termos recebido e terem sido aprovados textos elaborados por estudantes de diferentes universidades, estados, e cidades. Embora editada por discentes da graduação da Faculdade de Direito da USP, queremos que a RASF seja um meio de comunicação acadêmica para todo o Brasil. O trabalho e o diálogo acadêmicos não podem ficar presos a bairrismos, sob pena de perderem sua essência e seu valor.

Temos muito orgulho de sermos um periódico acadêmico voltado para a publicação de artigos acadêmicos de estudantes de graduação. Entretanto, acreditamos que algumas contribuições pontuais de docentes podem ser pertinentes e valiosas para a RASF como periódico acadêmico discente, contribuindo para o seu objetivo de fomentar a pesquisa científica na graduação. Nessa perspectiva, além do conjunto dos trabalhos acadêmicos submetidos e aprovados, a RASF terá duas seções permanentes, que estarão presentes em todas as edições: uma entrevista com docentes com especial dedicação à pesquisa em Direito; e um artigo científico de um(a) professor(a) convidado(a).

O propósito da entrevista é fornecer ao público-leitor uma visão sobre a trajetória acadêmica de professoras e professores universitários com dedicação à pesquisa em Direito. Por meio da entrevista, esperamos que estudantes de graduação possam conhecer as histórias, os dilemas, as motivações, as dificuldades e os êxitos desses professores e dessas professoras no processo de construção e desenvolvimento de uma carreira acadêmica, desde a graduação até a docência, passando pela pós-graduação. A entrevista também é uma excelente oportunidade para conhecermos um pouco da agenda de pesquisa dos e das docentes, uma vez que grande parte das disciplinas que ministram acabam por não contemplar sua produção acadêmica mais recente.

Nesta edição, tivemos a alegria de poder entrevistar o professor Diogo Rosenthal Coutinho, do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo. Além de conversar sobre a trajetória do professor e suas linhas de pesquisa, também tivemos a oportunidade de dialogar sobre o tema da regulação econômica digital, questões efervescentes no mundo contemporâneo.

O artigo do(a) professor(a) convidado(a), por seu turno, tem o objetivo de aprofundar o diálogo entre a produção acadêmica docente e discente. Consideramos que seria interessante nosso público-leitor não apenas conhecer as principais reflexões da linha de pesquisa de um(a) docente (como faremos na entrevista), mas também travar contato com um artigo acadêmico propriamente dito elaborado por esse(a) docente. Nesse sentido, trata-se de seção que terá tema livre. Imaginamos, igualmente, que o fato de um artigo de um(a) professor(a) universitário(a) ladear trabalhos de graduandos(as) na RASF traz à Revista interesse e prestígio adicionais.

Neste nosso primeiro número, convidamos a Professora Nina Beatriz Stocco Ranieri, a orientadora de nosso periódico, para publicar um artigo sobre um dos temas que ela mais tem analisado: o direito à educação. No artigo com o qual nos brinda, Ranieri analisa, em perspectiva comparada, o arcabouço normativo sobre o ensino religioso na educação pública no Brasil e em diferentes países.

Por fim, gostaríamos de agradecer a todas as pessoas que deram contribuição inestimável para que a RASF se tornasse realidade: à professora Nina Ranieri, nossa orientadora; ao professor Diogo Rosenthal Coutinho, que aceitou generosamente nos conceder uma entrevista; a todas as pareceristas e todos os pareceristas *ad hoc* que avaliaram os trabalhos recebidos; e, em particular, às e aos autores que submeteram seus trabalhos à nossa Revista, que até então não tinha nenhuma edição publicada, e que, mesmo assim, depositaram sua confiança em nosso projeto.

Agradecemos a paciência de todas as autoras e autores no longo aguardo pela publicação deste primeiro número. A Comissão Editorial envidará seus melhores esforços para que a publicação dos próximos números se dê de forma mais célere e que a Revista Acadêmica São Francisco ganhe periodicidade, no mínimo, anual.

Esperamos que a leitura lhes seja agradável e proveitosa.

Acompanhe-nos em nossas redes sociais:

<https://direito.usp.br/area-do-aluno/5ffad5009b33-revista-academica-sao-francisco>

<https://medium.com/@rasf.fdup>

<https://www.instagram.com/rasf.fdup/>

<https://www.facebook.com/Revista-Acad%C3%AAmica-S%C3%A3o-Francisco-105282681630193/>

https://twitter.com/rasf_fdup

<https://www.linkedin.com/company/revista-acad%C3%AAmica-s%C3%A3o-francisco>

Entre em contato conosco por e-mail: rasf.fdup@gmail.com

A laicidade do Estado Brasileiro após a ADI 4439: efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do ensino religioso confessional nas escolas públicas

Nina Ranieri

Professora Associada III do Departamento de Direito do Estado
Coordenadora da Cátedra UNESCO de Direito à Educação da FDUSP

Neste artigo para o primeiro número da Revista Acadêmica São Francisco, retomo algumas ideias desenvolvidas anteriormente, mas de grande atualidade, no tema das relações entre Estado laico e religião, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na ADI 4439, relativa ao ensino religioso confessional nas escolas públicas. O objetivo é suscitar alguns dos problemas inerentes ao campo da Teoria do Estado e ao do direito à educação presentes na decisão, tais como laicidade do Estado, liberdade de religião e ensino religioso.

Início com breve relato sobre a ADI 4439, seguida de considerações sobre as relações entre Estado laico, educação pública e ensino religioso e, por fim, sobre a educação pública e ensino religioso confessional no Brasil. Encerro o artigo com algumas conclusões no campo da Teoria do Estado.

1. BREVE RELATO SOBRE A ADI 4439

O ensino religioso no Brasil tem previsão constitucional. De matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, conforme o § 1º, do art. 210, da Constituição Federal de 1988 – CF. Sua oferta, a ser regulamentada pelos sistemas de ensino, deve assegurar o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo (art. 33, da Lei 9.394/1996).

Na ADI 4439, proposta pela Procuradoria Geral da República – PGR, foi questionada a constitucionalidade da oferta de ensino religioso confessional, à vista do teor do art. 11, §1º, do Decreto no. 7.107/2010, por via do qual foi ratificada, pelo Congresso Nacional, a Concordata

(tratado) celebrada entre o Brasil e o Vaticano, relativa ao Estatuto da Igreja Católica no Brasil. Diz o citado artigo, *in verbis*:

“Art. 11 - A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.”

A PGR argumentou que a escola pública não pode se transformar em espaço de catequese e proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão. Alegou que a laicidade impõe ao Estado uma postura neutra em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença, ou grupo de crenças. Assim sendo, a única maneira de viabilizar a laicidade do Estado com o ensino religioso nas escolas públicas seria por via de modelo não-confessional, que contemplasse doutrinas e dimensões sociais de diferentes religiões.

Na ação, foram admitidas dezoito entidades como *amici curiae*, das quais 7 (sete) se manifestaram contra o pedido da PGR¹. Devido à repercussão do tema, antes do julgamento, em junho de 2015 foi realizada audiência pública com participação de 30 (trinta) entidades religiosas e da sociedade civil; dessas, 23 (vinte e três) manifestaram-se contra o ensino religioso confessional na rede pública escolar e 8 (oito) a favor².

Por maioria de 6 a 5 votos, a Corte julgou a ação improcedente (setembro de 2019), decidindo pela constitucionalidade do ensino religioso confessional. Os votos vencedores foram prolatados pelos Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes. Os votos vencidos: Min. Roberto Barroso (relator do caso); Edson Fachin; Celso de Mello, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio.

¹Cf. inteiro teor do acórdão, pg. 12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>redic.stf.jus.br. Acesso em: 03 jul. 2022.

²Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293563> Acesso em: 03 jul. 2022.

Os argumentos contra e a favor utilizados basearam-se nos mesmos artigos da Constituição, a saber: 5º, VI e VIII; 19, I e 210, §1º, envolvendo a harmonização das normas constitucionais relativas ao ensino religioso, à liberdade de religião e o princípio da laicidade do Estado. Para os vencidos, o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser confessional em face da laicidade do Estado. Para os vencedores, a interdependência dos princípios constitucionais da laicidade do Estado e da liberdade de religião assegura o ensino religioso confessional.

Nos votos vencedores prevaleceu a interpretação da relatividade do princípio da laicidade à vista da invocação a Deus no preâmbulo da Constituição (“promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”) e de diversas previsões constitucionais. Além do próprio art. 210, §1º, o art. 226, §2º, que prevê o casamento religioso com efeitos civis; o art. 5, VII, que prevê a assistência religiosa nas entidades oficiais. Outro ponto na fundamentação dessa corrente é a conclusão de que não é possível neutralidade na oferta do ensino religioso, devido a próprios dogmas, postulados, métodos e conclusões, protegidos integralmente pela liberdade de crença, de cada uma das diversas confissões religiosas; daí porque, em respeito à singularidade de cada religião, não há como se confundir o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões³.

Seguem-se os pontos centrais da decisão, conforme a ementa do acórdão:

1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa **tradição republicana de ampla liberdade religiosa**, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos.
2. A interdependência e complementaridade das noções de **Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto** são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de

³Cf. inteiro teor do acórdão, pgs. 83 e 78. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915> Acesso em: 03 jul. 2020.

opiniões.

3. A **liberdade de expressão** constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, **autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições** (CF, art. 5º, caput), **de ensino confessional das diversas crenças.**

5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno **exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso** como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.

6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.

(...)⁴ *(negritos no original)*.

⁴AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.439 DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Roberto Barroso. Rel. do Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Plenário. Publicação do acórdão em 21/06/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf>.

Não é a primeira vez que o STF examina matéria relacionada à laicidade do Estado. Em temas como a interpretação do alcance da Lei de Biossegurança (ADI 3510 – caso da utilização de células tronco) e da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF – caso do feto anencefálico), a Corte decidiu com fundamento na laicidade do Estado: "O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões"⁵. Também na ADI 2.566 (caso da radiodifusão religiosa), na qual se examinou o alcance da liberdade de expressão frente à liberdade de crença, o Acórdão proferido registra que:

O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das idéias religiosas que eventualmente venham circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditar-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais⁶.

Não é a primeira vez que o STF é chamado a se manifestar acerca do ensino religioso nas escolas públicas. Na ADI 3268 (caso do ensino religioso no Rio de Janeiro), por exemplo, ajuizada pela Confederação Nacional do Trabalhadores, discute-se a constitucionalidade da Lei nº 3.459/2000 do Estado do Rio de Janeiro que possibilita a oferta de ensino religioso confessional, de acordo com as preferências dos responsáveis pelos alunos. A ação ainda não foi decidida pela Corte.

O tema é complexo. Religião e educação não são neutras; têm repercussão política. No Brasil, basta se lembrar das discussões sobre a chamada "Escola sem Partido", que expuseram diferentes visões sobre valores religiosos, educação sexual, direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres, bem como sobre a liberdade de expressão e a liberdade acadêmica, que culminaram na sua declaração de inconstitucionalidade pelo STF⁷. A aprovação do Projeto de Lei nº 2401/19, pela Câmara dos Deputados (que regulamenta a oferta do ensino domiciliar no País), é mais uma manifestação do mesmo fenômeno⁸.

⁵ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 12-4-2012, Plenário, DJE de 30-4-2013.) <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>.

⁶ADI 2566-0, DF. Voto Ministro Celso de Mello; julgamento em 25/05/2002, Tribunal Pleno. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347623> 7Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038; Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicação do acórdão em 17/09/2020.

⁷Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5537, 5580 e 6038; Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 461, 465 e 600. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicação do acórdão em 17/09/2020.

⁸Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734553&filename=PL+24 01/2019. Acesso em: 03 jul. 2022.

Pautas semelhantes estão presentes em diversos países e na Organização das Nações Unidas, envolvendo, ainda, o combate à intolerância, aos estereótipos negativos, à estigmatização, à discriminação, ao incitamento à violência e à violência contra pessoas baseadas em religião ou crença, especialmente após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e de 2015 na França, entre outros. Nesse contexto, a educação em geral e o ensino religioso, em particular, são considerados meios privilegiados na promoção do pluralismo e do combate à intolerância.

Não por outras razões, o art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH enfatiza a educação como forma de alcance “(...) do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”. A mesma concepção é reafirmada no art. 13, I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹ e, mais recentemente, na Resolução A/RES/74/164 da Assembleia da ONU (2019), que visa combater a intolerância, os estereótipos negativos, a estigmatização, a discriminação, o incitamento à violência e a violência contra pessoas, baseadas em religião ou crença¹⁰. O problema é saber em que medida o ensino religioso confessional serve a esse propósito, em particular.

De outra parte, vale lembrar que o campo religioso no Brasil é extremamente heterogêneo e diversificado quando comparado ao de outros Estados, posto abranger religiões com diferentes graus de institucionalização e distintas tradições culturais, além de diversos sincretismos. Assim sendo, como lidar com a decorrente complexidade da oferta do ensino religioso, dadas as dificuldades de preparação de pessoal habilitado para tanto? Além disso, os Estados e os Municípios têm construído diferentes soluções para o ensino religioso: desde opções

⁹Art. 13 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.” Vigência internacional 03/01/1976 e no Brasil a partir de 1992, Decreto nº 591. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 jul. 2022.

¹⁰74/164. Combating intolerance, negative stereotyping, stigmatization, discrimination, incitement to violence and violence against persons, based on religion or belief. Acesso em: 03 jul. 2022.

confessionais, a aulas que pretendem inculcar valores morais ou noções de integração social (Cavaliere, 2007). Nota-se, porém, com grande frequência, a prevalência de ensino religioso no âmbito das religiões católica e protestante, e a ausência de atividades alternativas para os alunos que não têm professores disponíveis para o seu credo ou que não queiram assistir às aulas de ensino religioso¹¹.

No campo do direito à educação, a ADI 4439 revela a tendência, observada desde o final dos anos 1990, de buscar soluções judiciais para problemas educacionais de âmbito coletivo, especialmente junto à Suprema Corte, por via da atuação do Ministério Público. A judicialização de problemas educacionais de alcance difuso tem demonstrado que, além de situar a problemática da educação no tempo e no espaço, favorece uma ampla visão da evolução dos processos de efetivação do direito à educação, sobretudo pelo exame da adequação do poder discricionário do legislador e do administrador público às ações determinadas pela Constituição. Por outro lado, a decisão do STF não inova, uma vez que o ensino religioso confessional sempre foi oferecido no Brasil, inclusive em escolas públicas.

2. AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO LAICO, EDUCAÇÃO PÚBLICA E ENSINO RELIGIOSO

A expressão “Estado laico” designa um tipo de Estado que separa formalmente o poder político e o religioso, sendo o primeiro legitimado pela soberania popular e não pelo poder divino. Assegura, sem embaraços, a liberdade de crença a todas as confissões, o livre exercício dos cultos religiosos e a liberdade de expressão e de consciência. Nesse contexto, o vocábulo “laicidade” diz respeito à separação Igreja/Estado, à neutralidade e à tolerância religiosas.

Não há Estado laico sem a garantia da liberdade de religião e culto, embora um Estado confessional a possa assegurar. Foi o caso do Brasil Imperial, que consagrou o catolicismo como religião oficial, mas não impediu o reconhecimento constitucional da liberdade de consciência, religião e culto (art. 5 e art. 179, V, da Constituição de 1824). A adesão voluntária do indivíduo a uma determinada religião expressa, exatamente, essa liberdade que é condição necessária, mas não a única, para a caracterização da laicidade do Estado. É preciso, sobretudo, que o Estado se afaste de toda e qualquer religião, não favorecendo nem prejudicando qualquer uma delas, em

¹¹ Prova Brasil 2011. Disponível em: <http://sistemasprovaBrasil2.inep.gov.br/resultados/> Acesso em: 03 jul. 2022.

posição de neutralidade. Trata-se aqui, também, de ausência de hierarquia.

A laicidade, portanto, impõe ao Estado uma obrigação positiva (garantir a liberdade de religião e culto) e outra negativa (proibição de adesão, favorecimento ou prejuízo a qualquer religião ou culto). Daí se extrai que a neutralidade não implica indiferença por parte do Estado, mas, sobretudo, garantia de igualdade e liberdade entre os cidadãos, acrescida de uma atitude de tolerância em relação ao fenômeno religioso, o que significa dizer que a neutralidade é instrumental. Nesse sentido, a lição de Dworkin:

Como os cidadãos de uma sociedade divergem em suas concepções, o governo não os trata como iguais se prefere uma concepção à outra, seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior, seja porque uma é sustentada pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso. (...) O bom governo consiste em tratar cada pessoa como se ela desejasse levar a vida que de fato é boa, pelo menos na medida do possível (Dworkin, 2001, p. 285).

Na mesma direção segue o pensamento de Rawls (1999), para quem a neutralidade se realizaria pela oportunidade equitativa conferida a cada qual para se desenvolver em sua individualidade.

No direito brasileiro, a liberdade de religião consta de todas as Constituições. Na de 1988, está prevista no art. 5º, VI: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". A garantia é complementada por outras previsões, igualmente presentes na Constituições anteriores, como os direitos à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII); a objeção de consciência por motivos religiosos (art. 5º, VIII); art. 143, §1º); o ensino religioso de matrícula facultativa (art. 210, §1º); o reconhecimento do casamento religioso (art. 226, §2º); a proibição de o Estado estabelecer ou subvencionar religiões (art. 19, I) e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, b).

A positivação do direito à liberdade religiosa é um dos elementos centrais do constitucionalismo moderno, seja para se contrapor à intolerância, seja como direito individual e elemento democrático. Se no século XVII, por meio dos Tratados de Vestefália (1648), a liberdade de religião teve o sentido de promover a estabilização política na Europa Ocidental, no século XVIII, por via

das Revoluções Americana e Francesa, tornou-se direito fundamental, ao abrigo da interferência do Estado que passava a protegê-lo e, de forma correlata, a não se vincular à esfera religiosa. É o que se encontra expresso na Primeira Emenda à Constituição Americana de 1791 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A afirmação de Estados laicos entre os séculos XVIII e XIX, acompanhando o movimento de secularização da política notado na Europa Ocidental, promoveu o gradual estabelecimento de sistemas escolares públicos e afetou o ensino religioso, devido ao novo equilíbrio político entre Estado e sociedade.

Desse movimento, extraem-se três consequências imediatas, no mínimo. Em primeiro lugar, a laicidade do Estado limitou a religião, como direito individual, à esfera privada. Em segundo lugar, revolucionou a forma como crianças eram educadas: se até então as famílias decidiam o que deveria ser ensinado a seus filhos, como e por quem, a criação do ensino público implicou a delegação dessas atividades educacionais a terceiros, não escolhidos pelas famílias, pelos alunos ou pela Igreja. Em terceiro lugar, o controle estatal da educação favoreceu a soberania nacional e a afirmação do Estado moderno laico, da democracia e da cidadania, além de responder à crescente demanda pelo ensino secular face às exigências do desenvolvimento econômico.

Antes desse período, governos não instituíram tributos para programas sociais; até o final do século XVIII, as escolas sobreviveram com pouca ou nenhuma ajuda financeira pública, ainda que já se manifestasse a compreensão da educação como pré-requisito necessário à liberdade e ao desenvolvimento da cidadania, consequência lógica do Iluminismo. Mais do que um direito individual, a educação primária configurava-se como um dever imposto pela sociedade, justificando-se, dessa maneira, a imposição estatal da escolaridade compulsória e gratuita em regimes liberais, como era o caso. Daí porque instituiu-se, em várias partes, a exigência de alfabetização como requisito para o voto, na esteira da consolidação da democracia representativa. Com isso, a educação assume natureza pública, extrapolando a esfera privada, dada a necessidade social de habilitar os indivíduos a atuarem na sociedade em que viviam como eleitores esclarecidos e trabalhadores qualificados.

O primeiro sistema educacional gratuito e universal no Ocidente foi instituído por Frederico da Prússia, em 1717; o modelo conheceu notável expansão no século XIX, inspirando a criação de

outros sistemas públicos em Estados da Europa Ocidental e das Américas. De modo geral, consideradas as diversas conjunturas e os diferentes níveis de desenvolvimento nacionais, a educação de massas no Ocidente, até a I Guerra Mundial, apresentou alguns pontos comuns: visou à formação dos indivíduos; aspirou a universalização e, em grande parte dos casos, estabeleceu um currículo mínimo comum (Meyer; Ramirez; Soysal, 1992).

Pesquisas sobre a emergência da educação de massas (Lindert, 2004) demonstram que tolerância religiosa, democracia e escolarização estão fortemente relacionadas no século XIX, com resultados positivos. Em Estados onde as decisões sobre financiamento e currículo foram definidas localmente, a tendência foi de expansão da escolarização pública, especialmente em ambientes de tolerância religiosa (como nos Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, por exemplo). A exceção foi a França onde, sob a dominância da religião católica e a centralizada do Estado, a universalização dos votos masculinos a partir de 1848 promoveu, nas décadas seguintes, significativa e sustentável ampliação de matrículas na escola primária (ainda que a educação gratuita e obrigatória de meninas só tenha sido oferecida pelo Estado a partir da III República)¹². Por volta de 1880, os Estados Unidos, a França e a Austrália lideravam as taxas mundiais de matrículas; em 1900 esses Estados já apresentavam taxas de 100% de escolarização da população em idade escolar.¹³

Diversamente, em Estados centralizados, com voto restrito a pequenas parcelas da população, a promoção da educação de massas foi lenta, mantendo-se prevacente o ensino domiciliar e das escolas privadas, tanto religiosas quanto leigas, sob influência das elites, como foi o caso do Brasil, inobstante tentativas de autonomia provincial e descentralização. Em 1820, o país apresentava 0,90% de matrículas no ensino primário, alcançando 9,90% em 1880¹⁴. Somente com a Constituição de 1988 a educação se tornou obrigatória, dos 4 aos 17 anos, e foi qualificada como direito subjetivo público, alcançando, praticamente, a universalização do ensino fundamental por volta do ano 2000.

¹²Com a edição da Lei Jules Ferry, de 1880. Cf. <https://www.gouvernement.fr/partage/8723-la-loi-julesferry-rend-l-enseignement-primaire-public-et-gratuit>. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹³Our world in data. Education. Primary school enrollment and attendance. Cf. <https://ourworldindata.org/global-education#school-enrollment-and-attendance>. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹⁴Our world in data. Education. Primary school enrollment and attendance. Cf. <https://ourworldindata.org/global-education#school-enrollment-and-attendance>. Acesso em: 03 ago. 2022.

No século XX, após a II Grande Guerra, tendo os Estados ocidentais assumido diversos encargos na área social e garantido a proteção dos direitos humanos, a tendência foi de conceder aos pais o direito de educar livremente os seus filhos, de acordo com as suas crenças religiosas pessoais. Isto significou o rompimento dos limites da esfera privada pela religião, o que alcançou a escola pública de diferentes modos. No Quadro I abaixo, ilustrativamente, há indicações acerca da oferta do ensino religioso nas escolas públicas em Estados federais americanos e na Argentina.

Quadro I
Comparativo do ensino religioso em Estados Federais Americanos e na Argentina

Critério/país	Canadá	EUA	México	Argentina	Brasil
Separação Igreja/Estado	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Liberdade de religião	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Sistemas de ensino público	Descentralizado. Não há legislação de âmbito nacional	Descentralizado. Não há legislação de âmbito nacional	Descentralizado sob legislação federal de âmbito nacional	Descentralizado, sob legislação de âmbito nacional (Lei 26.206/2006).	Descentralizado, sob legislação federal de âmbito nacional (Lei 9.394/1996)
Ensino Religioso em escolas públicas	Sim. Oferta opcional. Não há proibição. Cada província decide, desde que nenhum grupos religioso seja favorecido ou excluído	Não, em virtude da 1ª Emenda à Constituição	Não	Pode ser oferecido, mediante condições. Lei 1420/1884: ensino religioso opcional, mediante autorização dos pais, fora do horário escolar.	Sim. Oferta obrigatória. Art. 210, CF Matricula facultativa, nos horários normais de aula.

Fonte: Elaboração própria.

Algumas observações devem ser feitas em relação aos Estados Unidos e à França. Nos Estados Unidos, a proibição de estabelecer uma religião oficial ou dar preferência a uma determinada religião, conforme estabelecido na I Emenda à Constituição¹⁵, impede o ensino religioso em escolas públicas. A litigância acerca da I Emenda é volumosa e recorrente na Suprema Corte;

¹⁵First Amendment: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances". Em tradução livre: "O Congresso não deverá legislar acerca do estabelecimento de religião, proibir o seu livre exercício, ou restringir a liberdade de expressão, de imprensa, o direito das pessoas de se reunirem pacificamente e de fazerem petições ao governo com o intuito de reparar agravos." Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 03 ago. 2022.

contudo, de modo geral, os juízes se recusam a rever casos envolvendo religião e escolas públicas (Russo, 2022).

Prevalece, portanto, a decisão tomada em *Schempp e Murray v. Curlett (Abington)* (1963), que tratou da leitura da Bíblia em escolas públicas e na qual restou assentado que “O estudo da Bíblia ou da religião era aceitável, mas apenas enquanto apresentado objetivamente como parte de um programa secular de educação”¹⁶. Isso significa que professores em escolas públicas ou financiadas com recursos públicos podem ensinar *sobre* religião, mas estão proibidos de ensinar religião.

Na França, a separação Igreja/Estado encontra-se formalmente expressa na Lei de 09/12/1905, que encerrou o longo processo de laicização iniciado com a Revolução de 1789. A lei garante a liberdade de consciência, o livre exercício de cultos e a não discriminação entre as religiões. Posteriormente, suas previsões foram incluídas nas Constituições de 1946 (IV República) e de 1958 (V República). As disposições da lei de 1905 provocaram o banimento do ensino de religião das escolas públicas até 2002, ocasião em que o Estado francês reconheceu a legalidade e a pertinência do ensino de “fatos religiosos” em escolas públicas, em contexto secular, posto constituir elemento da cultura nacional e de compreensão da sociedade francesa¹⁷.

3. EDUCAÇÃO PÚBLICA E ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL NO BRASIL

No Brasil, da Colônia à República, o ensino religioso confessional sempre fez parte da educação escolar pública, salvo no breve intervalo entre 1891 e 1931. No período colonial, a instrução de todos os níveis foi monopolizada pelos jesuítas, de sua chegada ao país, em 1549, à sua expulsão, em 1759. Os colégios jesuítas não se dedicavam ao ensino, nem eram públicos; consistiam, sobretudo, em centros de formação do noviciado que também recebiam alunos externos. Durante esse período, o governo português não interveio nem se preocupou com o ensino ali ministrado (Marcílio, 2005). No século XVIII, após a expulsão dos jesuítas, o Marquês de Pombal regulamentou a instrução primária e secundária, leiga e gratuita, no Reino e nas Colônias, com aulas de ler, escrever, contar e de elementos da doutrina cristã.

¹⁶Disponível em: <https://localizadorgpscoche.com/pt/abington-school-district-v-schemppportugu%C3%AAs/>. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹⁷Disponível em: <https://eduscol.education.fr/1623/l-enseignement-des-faits-religieux>. Acesso em: 03 ago. 22.

Da instrução primária e gratuita para todos os cidadãos assegurada pela Constituição do Império (art. 179, XXXII) constavam “noções fundamentais da moral e da crença religiosa, para que cada indivíduo possua germes da virtude, e ideia de seus deveres como homem e cidadão.” (Pimenta Bueno, 1978, p. 432). No período republicano, a despeito da separação entre Igreja e Estado, o ensino religioso foi o único componente curricular previsto em todas as Constituições (salvo na de 1891). A liberdade de religião é o pressuposto axiológico dessa opção.

Sob a CF de 1891, o ensino nas escolas públicas deveria ser laico (art. 72, § 6º). Não obstante, devido à hegemonia da Igreja Católica, pelo menos seis Estados ofereceram o ensino religioso fora do horário normal de aulas durante a década de 1920. Em Minas Gerais, no mesmo período, o ensino religioso constou dos horários normais de aula (Cury, 2003; Cunha, 2007). É esclarecedor que o secretário encarregado dos negócios da educação daquele estado, àquela altura, fosse Francisco Campos, posteriormente designado Ministro da Educação por Getúlio Vargas, autor do Decreto 19.941/1931¹⁸, que reintroduziu o ensino religioso facultativo no sistema jurídico brasileiro. Em 1937, conforme o ideário da época, a CF determinou o ensino cívico obrigatório em todas as escolas públicas e privadas (art. 131), fato que tampouco proibiu o ensino religioso nas escolas públicas, previsto nas Leis Orgânicas do Ensino (Reforma Capanema)¹⁹.

Nesse percurso, os debates políticos e legais sobre a oferta do ensino religioso nas escolas públicas enfrentam controvérsias sobre secularismo, matrícula obrigatória, prioridade das famílias na escolha da educação oferecida pelo Estado, financiamento público de escolas confessionais. No Brasil, das discussões acerca do ensino religioso nas Assembleias Constituintes e no Congresso Nacional não participaram educadores ou a sociedade civil, mas grupos religiosos, sobretudo católicos. Ao longo de toda a história da educação brasileira, somente na elaboração da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) de 2017 (que prevê o ensino religioso), procedeu-se à consulta popular.

A recorrência da previsão constitucional sobre o ensino religioso confirma a sua natureza política. O mesmo se evidencia ante o fato de ser considerado disciplina de matrícula facultativa, mas de

¹⁸Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19941-30-abril-1931-518529-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹⁹Entre outras: Decreto-lei n.4.244 de 9 de abril de 1942, Decreto-lei nº 8.529 2 de janeiro de 1946 Lei Orgânica do Ensino Primário; Decreto-lei nº 8.530 10 de janeiro de 1946 Lei Orgânica do Ensino Normal.

oferta obrigatória nos horários normais das escolas públicas de todos os sistemas de ensino – federal, estaduais, distrital e municipais. Somente da Constituição de 1937 não consta tal obrigatoriedade e seu oferecimento, que inicialmente alcançava todos os níveis de ensino, restringiu-se ao ensino fundamental após 1988.

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394) estabeleceu que o ensino religioso constitui parte integrante da formação do cidadão, o que significa que integra o direito à educação previsto no art. 205 da CF (art. 33). Determinou, ainda, respeito à diversidade cultural religiosa do País e proibiu o proselitismo, isto é, o empenho em conseguir prosélitos ou adeptos, o que implica doutrinação e catequese (Caldas Aulete, 2022).

Levando em conta a autonomia dos entes federados (art. 18, caput, da CF), atribuiu aos sistemas de ensino a competência para regulamentar os procedimentos para a definição de conteúdo e para estabelecer as normas para habilitação e admissão de professores (cf. §1º do art. 33).

Da regulamentação legal decorrem alguns problemas em relação à laicidade do Estado. Considerando-se que dificilmente o ensino religioso confessional não será proselitista, devido à sua própria natureza e fundamentos dogmáticos, como assegurar a neutralidade do Estado?

Se a laicidade do Estado garante a liberdade e a igualdade entre os cidadãos como ausência de hierarquia, consideradas as obrigações positiva e negativa que dela decorrem, importa identificar se a oferta do ensino religioso confessional a todos assegura a justa oportunidade (no sentido de não favorecer ou prejudicar qualquer culto ou religião). Aí está a medida do respeito à diversidade cultural religiosa e da proibição do art. 33 da LDB.

Vale ressaltar que a decisão do STF não proíbe nem impede outras abordagens do ensino das religiões, inclusive a partir dos parâmetros previstos na BNCC, a critério dos sistemas de ensino, desde que garantida a opção pelo ensino confessional (o que já fazem os estados de São Paulo e do Paraná). Tais abordagens, por evidente, não suprem a oferta prevista no §1º, do art. 210, tratando-se nesse caso de componente curricular e não de ensino religioso confessional. Esta, aliás, é a solução legal francesa e jurisprudencial norte-americana.

A oferta de ambos os modelos – ensino sobre as religiões e ensino religioso confessional onde houver demanda – parece ser a solução mais adequada para assegurar a diversidade cultural, a

liberdade de manifestação e a tolerância no ambiente escolar, particularmente diante da ampliação quantitativa do pluralismo religioso no Brasil.

4. PARA ENCERRAR, ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A decisão do STF na ADI 4439 definiu, com maior clareza, o sentido contemporâneo da laicidade do Estado brasileiro. Ao reconhecer a importância das relações entre o Estado e as religiões, reafirma a interdependência e a complementaridade das noções de Estado laico e liberdade de crença e culto, à luz da tolerância e diversidade de opiniões inerentes aos princípios republicano e democrático. O ensino confessional em escolas públicas é uma das expressões desse conteúdo; poderá haver outros, dado que, nos termos do acórdão, a laicidade do Estado assegura “total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos”.

Sistemas públicos de educação em Estados laicos, assim como a liberdade de religião e culto, criam espaços comuns de cidadania, nos quais todos podem se expressar enquanto integrantes de uma comunidade política democrática. O precedente judicial na ADI 4439, enfim, reconhece, em nome da neutralidade do Estado, que o espaço público pode ser utilizado por confissões religiosas.

No campo da Teoria do Estado, a decisão amplia o âmbito e os limites da laicidade do Estado, por via da educação pública, com possíveis futuras repercussões em outras áreas de atuação estatal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALIERE, Ana Maria. O mal-estar do ensino religioso nas escolas públicas. **Cadernos de Pesquisa**, [S. l.], v. 37, n. 131, p. 303-332, maio/ago. 2007. Disponível em: www.scielo.br/pdf/cp/v37n131/a0537131.pdf. Acesso em: 03 jul. 2022.

CUNHA L. A. **Sintonia oscilante: religião, moral e civismo no brasil – 1931/1997**. São Paulo. Fundação Carlos Chagas. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n. 131, p. 285-302, maio/agosto 2007.

CURY, C. R. J. **A educação na revisão constitucional de 1925-1926**. Bragança Paulista: UDRSF, 2003.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins

Fontes, 2001.

FAVERO, O. (org.) **A educação nas Constituintes Brasileiras**. Campinas: Ed. Autores Associados, 1996.

LINDERT, P. H. **Growing Public**: Social spending and economic growth since the eighteenth century. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MARCÍLIO, M. L. **História da Escola em São Paulo e no Brasil**. São Paulo: Instituto Braudel, Imprensa Oficial, 2005.

MEYER, John W.; RAMIERZ, Francisco O.; SOYSAL, Yasemin Nuhoglu. World Expansion of Mass Education, 1870-1980. In: **Sociology of Education**, [S. l.], v. 65, n. 2, p. 128-149, Apr., 1992. Published by: American Sociological Association. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2112679>

RANIERI, N. Religion and the public school curriculum in Brazil. In: RUSSO, C. (org.) **Law, education and the place of religion in public schools**. International perspectives. New York: Routledge, 2022, p. 26-36.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. The priority of right and ideas of the good. In: FREEMAN, Samuel (org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 449-472.

RUSSO, C. Legal issues surrounding the teaching of religion in public schools in the United States. In: RUSSO, C. (org.). **Law, education and the place of religion in public schools**. International perspectives. New York: Routledge, 2022, p. 275-291.

Entrevista com Diogo Rosenthal Coutinho, Professor do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Universidade de São Paulo.

*O Professor Diogo Rosenthal Coutinho aceitou generosamente o convite desta **RASF** para uma conversa por videoconferência no dia 13 de junho de 2022, nos contando sobre sua experiência acadêmica na graduação e sua atuação nos campos da docência, da pesquisa e da extensão universitária. Também discutimos sobre algumas questões teóricas envolvendo a área de especialização do professor – Direito Econômico – e temas de grande atualidade sobre os quais ele tem se debruçado, como o processo de erosão das agências reguladoras brasileiras – à época, sob a gestão do então presidente Jair Bolsonaro – e os desafios suscitados pela economia digital à regulação. A entrevista foi complementada, em agosto de 2023, com uma pergunta sobre um tema candente no debate público neste ano e que tem sido objeto de reflexão do professor: o projeto de lei 2.630/2020, mais conhecido como “PL das fake news”. Por fim, o professor também fez algumas ótimas sugestões de leituras não-jurídicas e que certamente agradarão a quem se interessar por história. Esperamos que a leitura da entrevista abaixo seja tão agradável quanto o diálogo que tivemos com o professor, cuja transcrição mantém o tom coloquial da conversa. Veja abaixo.*

*Beatriz Burlamaqui Marconi Engler Pinto Viegas
José Bento de Oliveira Camassa*

Revista Acadêmica São Francisco (RASf): Em depoimento prestado ao Programa de Educação Tutorial (PET) Sociologia Jurídica da FDUSP, por ocasião da divulgação do processo seletivo para a atividade de extensão em 2021, o senhor afirmou: “O PET Sociologia Jurídica salvou minha graduação em direito. (...) Fazer direito passou a fazer todo o sentido depois de ingressar no PET e a São Francisco adquiriu tamanha importância na minha vida que não saí mais dela”. O uso do verbo “salvar” parece

indicar um certo descontentamento com alguns aspectos da graduação em sua época de estudante. Quais eram as suas insatisfações? Por outro lado, poderia contar um pouco mais por que participar do PET trouxe um novo ânimo em relação ao curso?

Diogo Rosenthal Coutinho (DRC): Não me admira isso ter chamado a atenção de vocês, imagino que não deva mesmo ser muito comum um professor de Direito dizer que chegou a pensar em abandonar sua graduação na área. Mas é verdade: em um determinado momento, na metade da década de 1990 (me formei em 1997), fiquei um tanto desanimado com o curso porque sentia falta de alguma coisa que em um primeiro momento eu não encontrei na Faculdade. O que era exatamente essa ausência foi algo que eu só pude formular com mais clareza depois: um curso que nos fizesse compreender o direito como algo mais do que uma técnica ou uma prática, um ensino jurídico que fosse mais do que um treinamento profissionalizante para formar “operadores/as” do direito. Me refiro a uma formação capaz de dar conta do fato de que o direito está enraizado na sociedade, é por ela moldado ao mesmo tempo em que a constitui e transforma, para o bem e para o mal, a todo tempo. Um curso voltado a descrever e analisar o direito em sua complexidade real e concreta, suas contradições, efeitos e mudanças em meio aos embates e lutas dos quais ele, o direito, é feito. O direito como um fenômeno social complexo, intensamente politizado e disputado. A ausência ou a insuficiência de abordagens teóricas claramente apresentadas, de perspectivas metodológicas sociojurídicas, de discussões metodológicas e epistemológicas sobre o estatuto “científico” do direito limita o que um curso pode oferecer e, imagino, tem a ver com um certo anacronismo do projeto pedagógico da São Francisco, ou com o perfil tendencialmente conservador do corpo docente. Muitas das aulas que eu tive, nesse contexto, me frustraram. Foi quando o PET sociologia jurídica me mostrou, no meu segundo ano, que o curso de direito pode ser mais do que linha de produção fordista. O PET expressa uma proposta na qual estudantes são expostos a um tipo de reflexão e pesquisa críticas, a leituras densas que ainda não constam da grade formal da Faculdade, a um tipo de ambiente e trabalho acadêmicos rigorosos, assim como a autores importantes das outras ciências sociais, dos quais não se falava (e ainda não se fala muito) nas aulas. Por essa razão disse que o

PET “salvou” minha graduação, pois me permitiu um encontro decisivo e orientador, do ponto de vista profissional, com o mundo jurídico na perspectiva acadêmica. Estou há quase três décadas na São Francisco, entre a graduação, a pós-graduação e a carreira docente. Considero, no entanto, que a Faculdade hoje não é mais a que eu frequentei nos anos 1990. Reconheço que ela, apesar dos problemas estruturais que tem (e que muitas vezes parece não querer enfrentar), mudou para melhor. Falo, sobretudo, de alguns ganhos que as políticas de ação afirmativa vêm trazendo para a Faculdade, de mudanças incrementais (tímidas) nas abordagens e métodos de ensino e da renovação do corpo docente. Ainda assim, acredito que a São Francisco ainda está distante do que poderia ser para formar com excelência o que tem de mais precioso, que são suas alunas e alunos, que foram e sempre serão parte importante da elite jurídica, cultural e política do país.

RASF: Diferentemente de outras áreas do conhecimento, a jurídica permite uma série de ocupações profissionais que não a da pesquisa acadêmica e da docência. O senhor é um dos atuais professores da FDUSP que mais se dedicam à pesquisa e ao ensino. Como foi o seu processo de escolha pela carreira acadêmica?

DRC: De fato o direito abre muitas portas profissionais, incluindo muitas possibilidades não diretamente ligadas ao mundo jurídico. Isso à parte da riqueza do campo e da São Francisco, onde tanta coisa importante acontece também fora das salas de aula – no Pátio, no porão do XI, na Sala dos Estudantes, no Largo e no entorno da Faculdade. Isso faz a São Francisco ser o que ela é, não tenho dúvida. Minha escolha pela carreira acadêmica se deve a diferentes fatores que, de um jeito próprio, se conjuminaram. Além de ter alguns acadêmicos e acadêmicas na família (sou filho e neto de professores), o fato de ter sido exposto a novas perspectivas de estudo do direito para mim fez importante diferença, como disse. O ponto de virada foi quando eu pude perceber que no Direito também há – embora ainda pouco desenvolvido no caso brasileiro – um *ethos* acadêmico. Quer dizer, quando eu me dei conta de que podia pertencer ao mundo jurídico como um pesquisador e que isso não me distanciaria do

campo – pelo contrário, dele me aproximaria de forma diferente – foi, para mim, mais interessante. Nesse percurso, outras iniciativas – como grupos de estudo, cursos, projetos de pesquisa de que participei e pessoas importantes com quem trabalhei, além de colegas e amigos que me inspiraram, também foram decisivos. Além do PET, ter frequentado o Cebrap (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), ter estudado no exterior e, depois, ter trabalhado na Escola de Direito da FGV de São Paulo, quando seu curso ainda estava sendo concebido em ambiente muito rico, foi muito valioso – inclusive e sobretudo para, depois, ajudar a enxergar e a repensar a FDUSP. Não sou o único: faço parte de uma geração que acreditou (e ainda acredita, a duras penas e não sem algumas frustrações) na carreira de pesquisa em direito com dedicação exclusiva ou prioritária. Resumindo, acho que trazia alguma vocação em mim, mas ela foi ativada pelas oportunidades que a universidade pública (e algumas pessoas) me deram. Tive o privilégio de viver num tempo em que ser um acadêmico em tempo integral no direito não é mais visto como algo tão exótico como foi no passado.

RASF: Que professoras e professores foram marcantes em sua trajetória como estudante (seja na graduação, seja na pós-graduação) e hoje inspiram o senhor como docente?

DRC: Tive bons professores e professoras na graduação, mas também tive exemplos frustrantes, preciso dizer. O que eu gostaria de ressaltar é que os melhores professores e professoras que eu tive eram as pessoas capazes de estimular a autonomia de seus alunos e alunas, sendo também capacitados para fazer provocações intelectuais e suscitar problematizações interessantes em aula e em projetos de pesquisa. Professores que se dedicavam para além de fazer da São Francisco um cartão de visita lucrativo para a advocacia privada ou para o acesso ao círculo do poder. Fazer pensar e, com isso, ensinar, em poucas palavras. Lembro-me agora de uma frase que uma vez ouvi, de que gostei: a educação é tudo aquilo que fica quando tudo que se aprende é esquecido. Um bom professor ou professora promove esse tipo de decantação e, no melhor sentido, forma pessoas de pensamento autônomo, crítico e cidadão. Refiro-me,

ainda, a pessoas que não se aferravam a argumentos de autoridade, que não se portaram como doutrinadores do Direito – essa figura que, no nosso métier, aprendemos a reverenciar de forma pouco crítica. O professor que por vaidade, insegurança ou por gozar de micropoder, comporta-se como oráculo, sem tolerar a discussão, a crítica ou o contraditório.

Tive alguns professores que souberam estimular debates verdadeiros em sala de aula, que cuidaram de inculcar em suas turmas interesse por um Direito que, na vida real, é bem diferente de um sistema coerente, perfeito e efetivo. Docentes que nos mostraram que o Direito não apenas resolve, mas também cria muitos problemas, aprofunda desigualdades, viola direitos fundamentais, serve a autocratas e a elites predatórias como a brasileira. Essa visão, realista e contraditória, não é descrição mais rósea ou benevolente do Direito ou do jurista, mas os retrata na crueza da realidade. Os professores e professoras de quais mais gostei foram, por isso, os que buscaram mostrar esse lado: o funcionamento do Direito em seu contexto – e não como algo isolado ou desconectado do tecido social, dos interesses, das ideologias, das lutas, do poder, da imensa complexidade da nossa sociedade tão historicamente contraditória, injusta e racista. Pensando bem, acredito que os professores que mais admiro são, numa palavra, os que souberam criar oportunidades de reflexão, autoconhecimento e amadurecimento por meio de provocações (no sentido acadêmico da palavra) para os seus alunos. Isso é algo que procuro carregar comigo e, desde 2005, quando me tornei professor da Faculdade, me esforço para transformar em método em sala de aula. Não posso deixar de mencionar, aqui, o nome do professor José Eduardo Faria (DFD), um dos criadores do PET na Faculdade, meu orientador no doutorado. Com grandeza de espírito e generosidade, ele soube abrir oportunidades muito valiosas para as pessoas jovens que com ele trabalharam. Sempre dialogou de igual para igual com os seus orientandos e orientandas, por mais inexperientes, ingênuos ou atrevidos que fossem. Nunca quis “doutrinar” ninguém, não criou uma seita, igreja ou panela à sua imagem, soube se doar sem exigir nada, nenhuma subserviência em troca. Outra referência importante para mim (que não é da USP) é o professor David Trubek, um acadêmico norte-americano apaixonado pelo Brasil com quem tive o privilégio de pesquisar e

aprender muito sobre pesquisa e vida acadêmica. Outro exemplo de generosidade, vocação acadêmica, rigor e dedicação à universidade. Não seria justo deixar de dizer que me inspiro muito também em colegas e amigos da minha geração (uns mais velhos, outros mais jovens), com quem trabalho na São Francisco e em outras faculdades de Direito, ou cuja carreira e produção admiro, com quem aprendo muito e em quem me espelho.

RASF: O que levou o senhor a enveredar pela pesquisa acadêmica na área de Direito Econômico e da Regulação?

DRC: Eu sou de uma época na São Francisco em que muitas transformações no papel do Estado na economia – e no pano de fundo da economia política – estavam acontecendo. Era um momento de inflexão. Ao longo da década de 1990, o Brasil passou por privatizações, pela abertura da economia e pela criação das agências reguladoras – as primeiras que nós tivemos. Foi um momento de conjuntura crítica em que muitos dos instrumentos do Estado desenvolvimentista passaram a dar lugar a novas ferramentas, identificadas com o neoliberalismo em sua manifestação na periferia. Isso gerou muito debate, muita controvérsia e também muitas leis e normas novas também. Meus pais e seus amigos são economistas heterodoxos. Tenho esse viés de origem, de ouvir falar muito de economia e política em casa, no almoço e no jantar. Eu quase fiz graduação em Economia. Prestei vestibular para o curso de Economia para a Unicamp, mas eu não cheguei a fazer a segunda fase porque os resultados da São Francisco e da PUC-SP – cujo vestibular eu também tinha prestado – saíram antes. Eu acabei indo para a São Francisco, mas alguma coisa eu carreguei dessa circunstância e cultura familiares.

Para mim, a intrincada relação entre direito, economia, política e sociedade como uma agenda de pesquisa sempre foi objeto de interesse e curiosidade, justamente porque ela revela o Direito em seu contexto e em ação. Essa agenda consiste em procurar entender em que medida o Direito pode dar contornos aos mercados, constituindo-os, e em que medida o arcabouço pode instrumentalizar políticas públicas (e, assim, tornar

direitos efetivos) e contribuir para implementar um projeto político e social de desenvolvimento para o país. O Direito, ademais e não menos importante, estrutura a arquitetura do Estado e a ação governamental na economia em regimes mais ou menos democráticos. Não é um acaso que na minha geração tenha começado a se interessar por isso. Na minha época de graduação, enfim, o Direito Econômico era um assunto palpitante da agenda nacional, dos jornais, dos programas e debates políticos nas eleições. A Constituição de 1988 se implementava e interpretava aos poucos. Na minha geração, muita gente se interessou pelo Direito Econômico, pelas políticas públicas, pelo planejamento, pela regulação, pelo antitruste, por empresas estatais, por administração pública, pela relação tensa existente entre direito, capitalismo e democracia, entre outras agendas.

Gostaria de dizer que o Direito Econômico, pra mim, é uma dessas áreas em relação às quais se gasta muita tinta em termos de definições categóricas, mas que na realidade será o que fizermos dele, em termos de projeto teórico e aplicado de pesquisa acadêmica. Além de forjar o aparato estatal, o Direito Econômico também é constitutivo das instituições centrais do capitalismo. O Direito Econômico também é chave para regular os mercados (cujas existências também são produto, em parte, do próprio direito), com o que eles oferecem de bom (a diversidade de opções, a pujança, a inovação, os bens de consumo) e com as desigualdades que geram, aprofundam e perpetuam. Mercados, aliás, não funcionam nem pairam no vácuo, não existe nem nunca existiu o *laissez-faire* caricato. Karl Polanyi mostrou há 80 anos que o credo liberal é uma construção política, ideológica e jurídica. Ademais, visões sobre o Direito Econômico são marcadas pelos pontos de vista e pelas preferências políticas de quem as adota e manifesta, vale dizer: o Direito Econômico tem a Economia Política no seu DNA e, por isso, traz consigo, inexoravelmente, alguma forma de engajamento político (o que não faz dele menos técnico e crucial como ferramenta de construção institucional do desenvolvimento democrático). Ideologias não são algo ruim se são explicitadas, se não são escamoteadas ou travestidas de neutralidade. Sou fascinado pela Economia Política, um pano de fundo rico do Direito Econômico.

Foi assim que me transformei em um pesquisador de Direito Econômico lá atrás, ainda

na graduação, e foi assim que me tornei um pesquisador dessa disciplina. Tive também um tanto de sorte: quando você tem o canudo de doutor nas mãos – se você almeja ser docente em uma universidade pública – é preciso que a fortuna lhe sorria e, na hora certa, apareça em sua vida um concurso público. Tive realmente sorte (mais uma vez) de pertencer a uma geração na qual concursos públicos aconteceram, oferecendo oportunidades de carreira na USP. Tornei-me professor na nossa Faculdade aos 29 anos. Se não tivesse surgido uma oportunidade na minha área, talvez eu tivesse me tornado professor da FGV (onde aprendi muito quando trabalhei como pesquisador na época de criação do curso), talvez eu tivesse virado um advogado ou talvez tivesse até prestado algum concurso público... mas calhou, felizmente, de eu virar um professor do Largo São Francisco. De fato, uma sorte e uma felicidade na vida.

RASF: Quais são seus principais temas e projetos de pesquisa atualmente?

DRC: É importante falar desse tema, pois a vida acadêmica não é só sala de aula. Há muitas outras coisas das quais gosto muito também – neste momento, por exemplo, trabalho como orientador, procurando garantir liberdade e autonomia, de alguns projetos de extensão na Faculdade. Falando mais diretamente de pesquisa, gostaria de citar o Grupo Direito e Políticas Públicas (GDPP), uma atividade que criei em 2007²⁰. O GDPP é um núcleo de pesquisa, cadastrado no CNPq, que desenha e executa projetos, além de ser voltado à promoção de eventos e debates. Estamos, no momento, trabalhando no campo da regulação de sistemas alimentares, em busca de compreender como o direito econômico pode ajudar a fomentar a alimentação saudável. Procuramos entender, por exemplo, como o direito econômico se estrutura e opera nos mercados de alimentos (e no campo da saúde, tão proximamente relacionado) diante, entre outros agentes, da ação contundente da indústria de ultraprocessados (alimentos que, hoje se sabe, fazem mal à saúde). Vemos que a regulação nesse campo, como em muitos outros, é produto de um embate assimétrico no qual, como regra, interesses menos organizados e difusos perdem terreno e

²⁰Veja o site do Grupo Direito e Políticas Públicas aqui: <https://politicaspUBLICAS.direito.usp.br>.

capacidade de influência para o lobby do poder econômico. Com o GDPP, aprendi (e ainda estou aprendendo) a fazer pesquisa profissionalmente, com planejamento e “produtos” acadêmicos capazes, se tudo der certo, de produzir algum impacto nas políticas públicas. Importante dizer que foi muito importante para isso foi sem dúvida minha passagem pelo Cebrap, cujo Núcleo Direito e Democracia (criado pelos professores Ricardo Terra e Marcos Nobre) frequentei por uma década nos anos 2000. Além de aprender muitas coisas importantes, no Cebrap também tive a oportunidade de conhecer intelectuais de primeira grandeza das ciências sociais – filósofos, cientistas políticos, sociólogos, economistas e antropólogos pesquisadores de mão cheia. Pude ver como se faz pesquisa coletiva, como se debatem ideias com seriedade e me encantei com isso.

No GDPP também desenvolvemos pesquisa no contexto de um Projeto Temático Fapesp voltado a lidar com o elemento de incerteza que marca os processos de inovação. O direito também é chave na inovação, há uma legislação importante sobre esse tema no Brasil, mas ainda há pouca reflexão aplicada e voltada à resolução de problemas e desafios de política pública de ciência e tecnologia. Uma das funções do direito econômico na inovação é a de mitigar a incerteza que marca seus processos – o que leva a crer que o próprio direito precisa ser objeto de inovação para estimular mais inovação nos mercados através de missões governamentais.

Esse é o tipo de pesquisa que estamos fazendo, entre outras – no GDPP já trabalhamos com serviços públicos, direito urbanístico, concorrência, desigualdade, judicialização de políticas públicas de saúde, tributação progressiva, justiça distributiva, medidas anticorrupção, ciências comportamentais, participação democrática, direito e desenvolvimento, plataformas digitais, entre outros temas. As pesquisas são ricas para o aprendizado de docentes, pós-graduandos e graduandos, e contemplam o desenvolvimento de técnicas de investigação, estratégias e protocolos de pesquisa. É muito gratificante chegar ao final de um projeto desses produzindo conhecimento por meio de publicações de livre acesso ao público. No meu percurso, aliás, além de ter passado pelo Cebrap e ter ajudado a criar (com a ajuda de pesquisadoras e pesquisadores incríveis, que começaram como alunos e alunas e que depois se

tornaram colegas e amigos/as) o grupo Direito e Políticas Públicas, me engajei em muitos outros projetos de pesquisa, alguns com universidades estrangeiras. Também trabalhei na Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED)²¹ e na rede “Propriedades em Transformação”²². Aproximei-me de organizações do terceiro setor voltadas à defesa do interesse público – o IDEC, por exemplo, que atua há anos com muita garra na defesa do consumidor. Também tenho, mais recentemente, me interessado pela regulação das chamadas plataformas digitais, esses novos “espécimes” do capitalismo informacional, cuja regulação desafia *policymakers* ao redor do mundo.

RASF: Também gostaríamos de tratar com o senhor de temas enfrentados por algumas de suas publicações recentes. Em artigo publicado na **Folha de S. Paulo** em 23 de abril de 2022, escrito em coautoria com Mateus Piva Adami e Felipe Moreira de Carvalho²³, o senhor discute o processo de desmantelamento das instituições de regulação setoriais sob o atual governo federal e o trâmite da PEC 32/2020. Quais são as causas desse fenômeno e quais os maiores problemas por ele acarretados?

DRC: Esse foi um artigo de jornal, não foi um artigo acadêmico propriamente, mas reflete uma agenda de pesquisa acadêmica sobre a regulação no desastroso governo – autoritário e inapto – de Jair Bolsonaro (2019-2022), um presidente lastimável. Vivemos sob seu governo incompetente e devastador, cujo ministro da economia era um economista ultraliberal totalmente anacrônico. Atravessamos muito mal uma tragédia global – social, econômica e sanitária – que na pandemia de Covid-19 mostrou todo seu poder devastador. No campo da regulação, o (des)governo Bolsonaro, seja porque desrespeitava a autonomia dos reguladores, seja porque concebeu a esdrúxula Lei de Liberdade Econômica e enfraqueceu por dentro as incipientes capacidades reguladoras e de gestão de política pública do Estado brasileiro. Típica ação do *script* de legalismo autocrático que se dissemina hoje pelo planeta. Vivemos numa época em que há mais

²¹Disponível em: <https://reedpesquisa.org/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²²Disponível em: <https://propertiesintransformation.org>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²³Coutinho, Diogo R.; ADAMI, Mateus Piva; CARVALHO, Felipe Moreira de. O desmonte da regulação. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 abr. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2022/04/o-desmonte-da-regulacao.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2022.

autocracias que democracias no mundo. Isso me indigna e preocupa muito. Foi particularmente triste para mim ver um governo dismantlar o Estado brasileiro daquela forma. Quando mercados são “liberalizados” ou privatizados, quem em geral passa a dominá-los são os agentes econômicos mais fortes, dotados de poder econômico e político. O governo Bolsonaro nos deixou um legado péssimo, conflagrou nossa sociedade, armou os cidadãos, disseminou o ódio e estressou ao limite, num teste de esforço perigosíssimo, as instituições brasileiras.

RASF: O senhor também tem publicado ultimamente artigos no portal **Jota**, em coautoria com a pesquisadora Beatriz Kira²⁴, sobre os desafios apresentados ao Direito pelas novas tecnologias, como a disseminação das *fake news* nas plataformas digitais e os impactos concorrenciais advindos do poder de mercado e de uma série de condutas lesivas à competição econômica. Até que ponto o Direito pode contribuir com o enfrentamento de tais desafios?

DRC: As plataformas digitais são uma nova fronteira muito desafiadora e interessante do Direito Econômico, envolvendo regulação, mas também de concorrência. O fascinante das grandes plataformas digitais, as *big tech*, é o fato de que elas dominam ecossistemas digitais nos quais muitos outros agentes econômicos participam. Elas são tão poderosas que criam relações de dependência, pois esses agentes econômicos nas plataformas digitais precisam da infraestrutura que as plataformas têm. Mas em muitos casos essas plataformas, além de fornecerem essa infraestrutura, também usam a sua própria infraestrutura para competir com os agentes econômicos nela presentes e dela dependentes. Ou seja, as plataformas usam mais de um “chapéu” como agentes econômicos e isso pode ser um problema sério. Além disso, têm bases de dados imensas geradas por meio do uso cotidiano de bilhões de pessoas, o que lhes confere grande poder, considerando a monetização de dados. Ademais, plataformas digitais

²⁴ COUTINHO, Diogo Rosenthal; KIRA, Beatriz. Novas teorias do dano para mercados digitais. **Jota**, 22 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/novas-teorias-dano-mercados-digitais-22062021>. Acesso em: 22 ago. 2022.; KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Digital Markets Act e o antitruste assimétrico na Europa. **Jota**, 31 mar. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/digital-markets-act-e-o-antitruste-assimetrico-na-europa-31032022>. Acesso em: 22 ago. 2022.

causam vício e compulsão em adultos e (muito grave) em crianças. As *big tech* estão sendo crescentemente reguladas e escrutinadas pelas autoridades antitruste em diversos países. O tema das plataformas digitais envolve concorrência, regulação, proteção de dados, saúde pública e combate à desinformação, entre outros. É preciso considerar, ainda, o papel político dessas plataformas, uma vez que elas são capazes de influenciar resultados eleitorais – como foi o Facebook no caso do escândalo do Cambridge Analytica, assim como o caso dos grupos extremistas no Telegram – e que o seu grande poder econômico se traduz em significativo poder político. Por muito pouco as notícias falsas disseminadas na eleição de 2022 não nos levaram à repetição da catástrofe que seria reeleger um mentecapto. Ou seja, o desafio jurídico é imenso não apenas entre nós, mas também em jurisdições estrangeiras, além de ser também uma empreitada política difícil, dado o poder de fogo do *lobby* das *big tech* nos parlamentos.

Isso tudo compõe uma agenda de pesquisas das mais interessantes, que tem a ver com o que discutíamos no início: a importância de pesquisas sociojurídicas, que não consistem apenas em interpretar o Direito, mas também em compreender as funções econômicas que desempenha, incluindo funções regulatórias e de implementação de políticas públicas. Para mim essas coisas fazem sentido. Minha vida tem sido isso, vou indo nessa estrada, de projeto em projeto, de artigo em artigo, de orientação em orientação, aula em aula, congresso em congresso. Tenho muitos orientandos e orientandas de tese de láurea, de iniciação científica, além de ser supervisor de pesquisadoras e pesquisadores de pós-doutorado. A verdade – e minha grande sorte – é que eu convivo com muita gente muito inteligente, com personalidades e cabeças extraordinárias, que fazem ótimas pesquisas e com quem aprendo e ganho muito.

RASF: Tratemos mais especificamente de uma das propostas discutidas em 2023 para a regulação das plataformas digitais no país: o Projeto de Lei no. 2.630/2020, conhecido como PL das Fake News, relatado pelo deputado Orlando Silva (PCdoB-SP). Também em coautoria com a pesquisadora Beatriz Kira, o senhor escreveu artigo de opinião na

Folha de S. Paulo²⁵ em que discute a retirada, na versão do projeto apresentada para votação no plenário da Câmara dos Deputados, da previsão de uma entidade autônoma responsável por garantir o cumprimento das obrigações estabelecidas na lei por parte das plataformas digitais. Considerando sua agenda de pesquisa sobre regulação, como pensa que esse novo órgão deveria ser estruturado? Quais deveriam ser suas atribuições e poderes (fiscalizatórios, consultivos e sancionadores)? Como o modelo jurídico desse órgão regulador poderia responder aos receios de parcela da opinião pública sobre sua potencial falta de independência, acarretando risco de a entidade ser instrumentalizada por grupos político-partidários e pelos poderes econômicos?

DRC: O Projeto de Lei nº 2.630/2020 – conhecido como PL das Fake News – deve, espero, ir a votação na Câmara dos Deputados. Mas para alcançar os objetivos de melhorar a transparência e a prestação de contas nas plataformas digitais, é crucial a criação de uma entidade reguladora responsável por fazer cumprir as suas disposições. Infelizmente, como noticiado, a versão mais recente do PL removeu essa disposição fundamental, o que compromete a eficácia da proposta.

Sob o impacto dos atos golpistas de 8 de janeiro, o governo Lula eleito em 2022 elaborou proposta que obriga as redes a removerem conteúdo que viole a lei. A oposição bolsonarista e evangélica (neste ponto alinhada às *big tech*) afirma que a previsão de um regulador criaria o “Ministério da Verdade” – uma alcunha depreciativa e irônica para algo imprescindível à efetividade das novas regras destinadas a disciplinar os provedores de internet no país. Alegam que a entidade autônoma criada para garantir a aplicação da lei poderia se prestar ao controle ideológico das plataformas digitais. Os oponentes da proposta afirmam que supervisionar a aplicação da futura lei das *fake news* seria um descalabro, pois daria margem à censura e violaria a liberdade de expressão. Diante das críticas e pressões, o relator do projeto, deputado Orlando Silva optou por retirar a figura da entidade autônoma da proposta apresentada para votação, deixando a futura lei “sem dentes”, como se diz no jargão

²⁵COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. PL das Fake News sem órgão regulador é lei desdentada. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2 maio 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2023/05/pl-das-fake-news-sem-orgao-regulador-e-lei-desdentada.shtml>. Acesso em: 03 ago. 2023.

regulatório.

A ausência de uma autoridade pública independente capaz de monitorar, com expertise técnica, transparência e controle social o cumprimento das regras e obrigações ali previstas é o que seria perigosa. Aprovar uma lei tão importante sem a previsão institucional de uma entidade reguladora tende a criar incertezas que a enfraquecem, abrindo margem para seu descumprimento e questionamentos por parte daqueles que terão suas atividades disciplinadas. Também abre margem para que sua implementação seja, no futuro, atribuída a um órgão do Executivo, este sim mais politizado, com o risco de que a aplicação das normas ali previstas fique à mercê das preferências do governo de plantão. Interessa, aliás, às próprias empresas de tecnologia a existência de um ente regulador independente, pois haveria maior segurança jurídica em relação à implementação das regras, o que tornaria suas atividades menos vulneráveis à discricionariedade de um regulador não especializado.

É importante destacar que a necessidade de criação de uma entidade reguladora não exclui a possibilidade de outros arranjos regulatórios e estratégias de regulação a serem adotados. A regulação do tipo “comando e controle” não é a única opção e talvez não seja a mais adequada para lidar sozinha com a complexidade do objeto da regulação. De fato, a estrutura da lei permitiria diferentes camadas de regulação. Ademais, na versão do PL que previa a possibilidade de criação da entidade autônoma, a instância ali prevista não tinha o poder de remover ou moderar a postagem de conteúdos específicos.

Ou seja, a imagem de um Ministério da Verdade é uma *fake news* em si. Não estamos defendendo uma versão autoritária e orwelliana de regulação das plataformas digitais, mas sim uma resposta institucional sofisticada, que leve em conta a complexidade do ecossistema digital. Além das questões substantivas, do ponto de vista formal há, ainda, preocupações de que a entidade reguladora precise ser instituída por projeto de lei encaminhado ao Congresso pelo Poder Executivo. Embora a criação e estruturação de órgãos da administração pública seja de iniciativa do chefe do Poder Executivo, isso não impede que o PL preveja a necessidade de criação de uma entidade reguladora,

bem como as competências que ela deveria assumir quando criada. O pior cenário seria a aprovação de uma lei das *fake news* sem a previsão de um órgão responsável por sua aplicação no *day after* de sua vigência. É isso que devemos evitar.

RASF: Falemos agora de algumas questões teóricas sobre a pesquisa em Direito Econômico. No seu artigo “O Direito Econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático”, publicado em 2016 na **Revista Estudos Institucionais**²⁶, o senhor afirma que “a economia política agrega potencial explicativo ao direito econômico”, mas faz a ressalva de que “ao contrário de ‘colonizar’, diluir ou descaracterizar o direito, a economia política o valoriza e nele reconhece papéis centrais na tarefa de construir os arranjos institucionais do desenvolvimento econômico”. Quais são as principais riquezas e dificuldades atinentes à interdisciplinaridade entre Direito e Economia, bem como o diálogo entre acadêmicos das duas áreas? O senhor considera que tem havido um risco de “colonização” do Direito pela Economia, em virtude de pressões governamentais e, na academia, em função de parte das abordagens do *Law & Economics*?

DRC: Essa pergunta é boa porque me permite dizer algumas coisas que ando pensando sobre essa relação interdisciplinar. Alguns pesquisadores no campo do Direito acham que vão perder sua identidade de juristas e vão ser “contaminados” pelas formas de pensar da Sociologia, da Ciência Política, da Economia... eu penso o contrário: quanto mais o Direito puder ser misturado, no sentido de interagir dialogicamente e disciplinarmente, com as outras áreas das Ciências Sociais, mais importante ele fica.

É muito enriquecedor conviver com pessoas de outras áreas, mesmo que você entenda muito pouco delas. Não preciso entender profundamente de Economia para trabalhar com economistas, muito de Ciência Política para trabalhar com cientistas políticos,

²⁶COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito Econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/36>. Acesso em: 22 ago. 2022.

muito de Sociologia para trabalhar com sociólogos, nem muito de Antropologia para trabalhar com antropólogos, e por aí vai. Mas se for possível estabelecer com essas pessoas de outras áreas um diálogo no qual um aporte jurídico seja trazido de forma pertinente e útil, você descobre que existe uma enorme carência nos outros campos das ciências sociais sobre o que nós, do Direito, sabemos ou podemos fazer. Nós juristas em geral somos, com frequência, vistos como uns pernósticos que falam uma espécie de javanês prolixo. Cientistas sociais estudam as regras, as instituições jurídicas, os atores, as decisões, mas elas não têm a capacidade e a “tecnologia” que a faculdade de direito pode, com as ressalvas feitas acima, nos dar. Os juristas preferem ficar entre juristas a maior parte do tempo, endogenamente. Eu, no entanto, sempre gostei de ficar por vezes longe do nosso mundo. Não tenho medo de me perder; gosto dessa mistura.

Por fim, para comentar a parte final da pergunta: não sou alguém da área do *Law & Economics*. Para mim, essa vertente, lastreada no individualismo metodológico e, em última análise, no utilitarismo, não me convence. Gosto mais da abordagem de Direito e Economia Política e da agenda de Direito e Políticas Públicas. Mas, claro, gosto de debater os efeitos econômicos das normas jurídicas (mesmo não concordando com o imperativo de maximização da eficiência alocativa) com as pessoas que fazem estudos seriamente dentro dessa perspectiva. Não tenho preconceito, só não me identifico com essa corrente.

RASF: Uma pergunta extraída do processo seletivo para integrantes da RASF e que estendemos ao senhor: quando lê livros e artigos acadêmicos, o que mais chama a sua atenção? Qual o tipo de leitura acadêmica que lhe é mais instigante?

DRC: Procuo, nos textos acadêmicos que leio, argumentos que enfrentam lacunas no conhecimento e propõem respostas a perguntas que eu não conhecia ou para as quais eu buscava – consciente ou inconscientemente – algum tipo de resposta. Gosto muito de ler livros e artigos acadêmicos – assim como artigos jornalísticos com temática acadêmica – que enfrentam em debates públicos interessantes, que enfrentam

controvérsias e provocam o que é tido como dado ou óbvio, o senso comum. A cultura e a literatura nos levam para o prazer intelectual e estético, mas também nos desvelam discussões filosóficas e políticas de grande interesse. Quando lemos literatura, quando vamos ao teatro, encontramos outro tipo de prazer e satisfação que nos liga, de outro jeito, a desafios e temas sociais e políticos relevantes. Mas quando leio trabalhos acadêmicos procuro algo distinto: autores e autoras que, por terem método científico consistente, conseguem transformar o senso comum em uma discussão crítica a respeito de temas mais importantes e urgentes para a nossa sociedade. A academia nos leva a temas de interesse público, a assuntos ligados a problemas sociais. Leituras acadêmicas nos auxiliam a produzir conhecimento científico, que é, de resto, enriquecido por outras leituras formativas.

RASF: Aproveitando a menção às artes, que sugestões culturais, relacionadas ou não a temas jurídicos, o senhor daria ao nosso público-leitor?

DRC: Do ponto de vista das leituras e das artes, sou um grande apreciador de música, gosto muito de ler, gosto muito de literatura, de romances históricos, de biografias. Mais recentemente, gostei de ler a biografia de Getúlio Vargas²⁷, da história dos judeus sefarditas (longínquos ancestrais meus pelo lado paterno) que saíram da Península Ibérica na Inquisição e que vieram para o Brasil fundar a primeira sinagoga das Américas e depois foram fundar a cidade de Nova York²⁸. Ambas do Lira Neto, aliás. A qualquer tempo, gosto muito de conhecer e ler autores brasileiros contemporâneos mais jovens, mas também gosto muito de ler e reler clássicos também. Um importante político intelectual brasileiro que passou por nossa Faculdade foi Joaquim Nabuco, cujo livro "Minha Formação" é extremamente importante para entender o Brasil de hoje. Também me fascinaram a história (biografia) e os textos de Luiz Gama, um herói do

²⁷NETO, Lira. **Getúlio:** dos anos de formação à conquista do poder (1882-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 2012; NETO, Lira. **Getúlio:** Do Governo Provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1945). São Paulo: Companhia das Letras, 2013; NETO, Lira. **Getúlio:** Da volta pela consagração popular ao suicídio (1945-1954). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

²⁸NETO, Lira. **Arrancados da terra:** Perseguidos pela Inquisição na Península Ibérica, refugiaram-se na Holanda, ocuparam o Brasil e fizeram Nova York. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

Direito brasileiro que apenas muito recentemente nossa comunidade jurídica reconheceu. Gama fez mais pelo Brasil – e muito por centenas de escravizados – que muitos professores brancos da São Francisco, não acham? Também gosto também de *thrillers* policiais, menos densos, que não são alta literatura.

RASF: Professor, gostaríamos de agradecer muito a oportunidade de entrevistá-lo. Foi uma experiência maravilhosa. Esperamos que nas próximas edições da RASF possamos ter conversas tão boas como as que tivemos hoje com o senhor.

DRC: Eu quem agradeço a oportunidade. Quero parabenizar vocês por terem criado esta revista, uma iniciativa importante para a nossa Faculdade. Fiquei muito curioso de saber mais sobre ela, mas deixarei o primeiro número sair para matar a minha curiosidade!

VULNERABILIDADE DA COMUNIDADE LGBTQIA+ NOS GOVERNOS PUTIN E A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS²⁹

Vulnerability of LGBTQ+ Community during Putin Governments and the European Court of Human Rights

Elisa Haruko Shitamori Matsufugi³⁰

RESUMO

O principal objetivo da pesquisa é estudar a vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+ russa nos governos Putin mais atuais (2012 - presente), a partir das decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. Portanto, o que se busca analisar é como tal vulnerabilidade é percebida neste espaço e o grau de eficácia no âmbito doméstico russo destas medidas de visibilidade. São duas as hipóteses deste estudo. A primeira se baseia no protagonismo dos espaços internacionais - com destaque à Corte Europeia de Direitos Humanos - como forma de recorrer à proteção dos direitos fundamentais desta minoria, por falta de amparo doméstico. A segunda defende que a eficácia das medidas resultantes desta visibilidade internacional é limitada, principalmente por conta da questão identitária russa.

Palavras-chave: Rússia; comunidade LGBTQ+; direitos humanos; Corte Europeia de Direitos Humanos

ABSTRACT

The main goal of the research is to study the vulnerability of the Russian LGBTQ+ community during the previous and present Putin government (2012 - present), from

²⁹Submetido em 27 abr. 2021. Aprovado em 30 jul. 2021.

³⁰Graduanda em Relações Internacionais – Universidade Federal de São Paulo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/125610406886238>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6887-7795>. E-mail: elisaharuko@gmail.com.

the European Court of Human Rights perspective. Therefore, the study aims to analyze how such vulnerability is perceived in this debate area and the level of effectiveness associated with it. There are two hypotheses demonstrated in the research. The first one is fundamented on the protagonism of international spaces - emphasizing the role of the European Court Of Human Rights - as a way to appeal to the protection of fundamental rights of this minority, due to the lack of domestic support. The second one defends that the effectiveness of the measures pointed out for international visibility is limited, mainly because of a Russian identity question.

Keywords: Russia; LGBTQ+ community; human rights; European Court of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentará como propósito analisar a vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+ na Rússia contemporânea, por meio do prisma de observação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), a partir de dois casos selecionados para aprofundamento: *Alekseyev v. Rússia* (2010) e *Bayev e outros v. Rússia* (2017). A delimitação do tema compreende como tal vulnerabilidade é levada ao espaço da Corte e, por sua vez, o quão efetivas são as medidas tomadas nesse fórum em sua conversão para mudanças domésticas no Estado russo. Assim, o espaço compreendido no estudo é a Rússia e o recorte temporal abrange os governos Putin (2012-presente).

Os questionamentos norteadores desta pesquisa são: Como a vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+ nos governos Putin é endereçada pela Corte Europeia de Direitos Humanos? Como pode ser percebida a eficácia destas medidas no âmbito doméstico russo?

O foco do presente trabalho se justifica primordialmente pelo destaque do país nos altos números de casos levados à CtEDH com relação à discriminação de orientação sexual, desde a sua entrada no Conselho Europeu, em 1996. Gera-se debate ao que diz respeito à posição de defesa do Estado de reafirmação de uma dada imagem tradicional de masculinidade, de família ideal e de "bons costumes" da sociedade

rusa. Como exemplo, temos a Lei da Propaganda Homossexual (2013), que baniria a divulgação de relações sexuais não-tradicionais para menores de idade. A lei foi também amplamente debatida nos fóruns internacionais, colocada como discriminatória com base na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (2017) e pelo Comitê sobre os Direitos da Criança nas Nações Unidas (2014).

A Suprema Corte da Federação Russa, fazendo referência à Convenção dos Direitos das Crianças (1989), defende que a Lei teria por objetivo último a proteção das crianças, preservando os valores da família tradicional. Constata ainda que a Lei em questão estaria de acordo com os deveres internacionais russos, à medida que, na visão da Federação,

o livre desenvolvimento de uma criança, como um indivíduo sem maturidade mental e física o suficiente, deve ser protegido, inclusive estabelecendo restrições em interferências com a sua vida privada, o que inclui propaganda pública, imposição ativa da homossexualidade e informação sobre os conteúdos que poderiam ter um impacto negativo na formação da personalidade da criança, incluindo em relação à sua identidade sexual e gerando interesse em relações sexuais não-tradicionais, o que não é objetivamente baseado nas características fisiológicas da criança, por conta da sua inabilidade de entender criticamente as peculiaridades de diferentes tipos de relações sexuais entre pessoas (Bartenev, 2018, p. 338)

Definiram-se três objetivos específicos para essa pesquisa: considerar as condições de existência da comunidade LGBTQ+ no âmbito doméstico, a fim de explorarmos os possíveis fatores de incentivo ao protagonismo da Corte na defesa dos Direitos Humanos desta comunidade; analisar casos levados à Corte que tenham colocado em xeque a falta de garantia de direitos fundamentais à minoria LGBTQ+; e, por fim, questionar a eficácia do debate e das medidas internacionais quanto ao âmbito doméstico. Ou seja, o quanto o debate influenciou, durante o período abrangido, a conversão em medidas domésticas práticas de segurança desta comunidade. Estes

objetivos guiarão a organização deste artigo, sendo cada seção dedicada a cada um dos pontos supracitados.

Destes pontos de estudo, temos que a primeira hipótese a ser trabalhada neste artigo está baseada em considerar o espaço de debate internacional da Corte enquanto uma alternativa de visibilidade à vulnerabilidade da minoria LGBTQ+ russa. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido um mecanismo bastante notável para contestar as incoerências do Estado russo, principalmente ao que diz respeito à interferência nas liberdades de expressão e de associação e no princípio de não-discriminação. Aqui também se deve avaliar tal protagonismo destes mecanismos de visibilidade, devido à falta de instrumentos domésticos que possam, efetivamente, endereçar tais problemas.

Passado o momento de indagar a visibilidade trazida pelos mecanismos internacionais, deve-se colocar em questionamento a eficácia da conversão desta visibilidade em medidas domésticas. Assim, a segunda hipótese demonstra que a eficácia do debate da esfera internacional, motivado pelas decisões da Corte Europeia, no âmbito doméstico russo, ainda é bastante limitada. Há de se considerar o conflito identitário envolvido na problemática, uma vez que se tem uma construção de identidade do “ser russo” em grande parte pautada no contraste com os valores ocidentais. As medidas internacionais, assim, são por vezes refutadas por serem associadas a uma imposição destes valores ocidentais liberais.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa consiste em uma investigação de natureza qualitativa. Buscar-se-á analisar os fatos por meio das denúncias levadas a cabo à Corte Europeia de Direitos Humanos, devido ao seu protagonismo em tal cenário. A fim de respeitar o espaço reservado para este artigo, serão analisados dois casos, selecionados por serem casos emblemáticos para a temática de Direitos Humanos a partir da comunidade LGBTQ+. Os casos a serem explorados com maior profundidade são *Alekseyev v. Rússia* (2010) e *Bayev e outros v. Rússia* (2017). O caso *Alekseyev* foi o primeiro caso russo de cunho LGBTQ+ decidido na Corte, sendo a partir deste, segundo *Bartenev* (2018, p. 331), que tenha se voltado mais atenção por parte das autoridades russas ao ativismo da Corte. O caso *Bayev* (2017), por sua vez, foi

comunicado às autoridades russas pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2013, sendo julgado quatro anos depois. O caso se revela como um marco importante, devido à motivação da discussão inédita em Corte sobre a Lei de Propaganda Homossexual, recém aprovada, em detrimento dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQ+.

Para isso, serão utilizadas fontes primárias tais como decisões, relatórios e planos de ação de cada um dos casos, promovidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, vale destacar que o ponto de partida para o trabalho será o referencial teórico de Judith Butler, sobretudo sua conceituação de vulnerabilidade de uma determinada comunidade.

2. A VULNERABILIDADE DA COMUNIDADE LGBTQ+ NO ESPAÇO RUSSO

Para iniciar esta análise, devemos considerar o termo “vulnerabilidade” a partir do referencial teórico de Judith Butler (2015), que o analisa a partir de dois prismas possíveis: a vulnerabilidade como resistência e a vulnerabilidade como relacionalidade. A primeira dimensão é concebida pela autora como corroboração da argumentação da agência do sujeito: “Mesmo esses agentes cuja capacidade política é frequentemente renegada, as populações precárias, ao se colocarem no espaço público, produzem uma tensão na esfera de representação; esses corpos, mesmo sem dizer nada, já produzem uma resistência” (Demetri, 2018, p. 184). Esta dimensão será constantemente empregada na análise das formas de expressão política nos fóruns internacionais, enquanto forma de resistência da comunidade LGBTQ+ russa.

A segunda dimensão consiste na interpretação de que o sujeito sempre estará inserido em uma troca relacional. Em outras palavras, “para a autora, o corpo precisa ser concebido em conjunto com as infraestruturas, de todos os níveis e modalidades, que permitem e possibilitam as condições seguras de existência de um corpo” (Butler, 2015, p. 130). Neste sentido, se compreende a vulnerabilidade do sujeito enquanto atrelado a uma infraestrutura em que se está situado. É aqui que encontramos espaço para buscarmos compreender alguns dos fatores da infraestrutura cultural e social russa que permeiam tal vulnerabilidade.

Podemos utilizar como ponto de partida para esta análise a aprovação da Lei da Propaganda Homossexual, em 2013. Segundo Wilkinson (2014, p. 366), a primeira problemática que encontramos neste sentido é que, em parte alguma da descrição da lei, se delimita o que se entende por “propaganda”. Representantes do Estado tentaram uma melhor definição, ao se distinguir propaganda de conteúdos informativos. Segundo Yelena Mizulina – atual membra do Comitê para Família, Mulheres e Crianças da Duma³¹ (Wilkinson, 2014, p. 366) – apenas as ações que objetivam a popularização de relações sexuais não-tradicionais entre menores estaria banida. Logo, entende-se que compor relação não-tradicional ou mesmo distribuir informações neutras sobre tais relações e orientações sexuais, segundo tal colocação, seria legal. Entretanto, na prática, qualquer representação pública destas relações, que não transmitissem caráter negativo, poderiam ser tidos como “propaganda homossexual”. Ainda, segundo Wilkinson,

a lei está desenhada para garantir que as relações sexuais não-tradicionais - isto é, não heterossexuais e não heteronormativas - sejam entendidas como socialmente inferiores, refletindo o apoio ativo do Estado para políticas pró-natalistas e paternalistas para promover os “valores da família tradicional” desde 2006 (Wilkinson, 2014, p. 366, tradução nossa).³²

Este apoio ativo ainda está relacionado à promoção da ideia de interesse nacional russo, conforme exploraremos nas seções seguintes.

Putin – o então e atual presidente russo – em entrevista ao jornalista americano Charlie Rose, em 2015, defende ainda que as pessoas de sexualidades não tradicionais não sofreriam de acusações ou qualquer ato que restrinja o seu modo de vida. Segundo o presidente:

Não deveria haver nenhuma acusação criminal ou qualquer acusação que restrinja as pessoas, com base em raça, etnicidade, religião ou orientação

³¹Câmara baixa da Assembleia Federal russa.

³²No original: “The laws are designed to ensure that ‘nontraditional’ (that is, nonheterosexual and nonheteronormative) sexual relationships are understood to be socially inferior (Venice Commission 2013: 3), reflecting the state’s increasingly active support for pronatalist and paternalist policies to promote ‘traditional family values’ since 2006”.

sexual. Nós não temos isso [...] As pessoas de sexualidades não tradicionais trabalham, vivem em paz, são promovidas, recebem prêmios pelas suas conquistas em ciência, arte e outras áreas. [...] Mas temos um banimento de propaganda homossexual para menores. Eu não vejo nada não-democrático nesse ato legal. Acredito que deveríamos deixar as crianças em paz. Que deveríamos dar a elas a chance de crescer, de entender quem são e decidirem quem são. Se consideram um homem ou mulher? Querem viver em um casamento normal natural ou em um não natural?³³

Esta visão, contudo, pode ser contestada pelos números de crimes proferidos contra representantes da comunidade LGBTQ+ - considerando-se aqueles que são reportados e denunciados, conforme nos aprofundaremos no debate a seguir. Segundo a organização Russian LGBT Network em 2013, 15.4% dos respondentes indicaram que já haviam sofrido algum tipo de violência física pelo menos uma vez no ano anterior, enquanto 3.3% sofreram violência física devido à sua orientação sexual (LGBT Organization "Coming Out", 2014).

Sundstrom e Sperling (2019, p. 5) ainda salientam a relação entre mudanças nas leis e mudanças na opinião pública. Como exemplo, as autoras (Idem, p. 5) argumentam que durante a era soviética de Gorbachev, em que a sodomia era criminalizada, em pesquisa pública promovida pela agência de pesquisa do Estado, em 1989, 35% dos respondentes opinavam que homossexuais deveriam ser liquidados e 28% que deveriam ser isolados da sociedade, resultando em 63% do total dos respondentes com opiniões negativas quanto à inserção dos representantes das chamadas sexualidades "não-tradicionais". Em contrapartida, após a descriminalização da sodomia, em 1993, a pesquisa foi novamente aplicada (1999). Desta vez, demonstrou-se uma queda nos números das mesmas posições, que decaem para 15% e 23%, respectivamente, representando um total de 38% dos respondentes. Ou seja, em quase uma década, este número é reduzido quase em 40%, com mudanças legislativas.

Quando trazemos tal análise ao contexto atual, após a aprovação da Lei da Propaganda

³³ Informação concedida em entrevista ao jornalista americano Charlie Rose, em setembro de 2015. Tradução nossa.

Homossexual de 2013, temos que 21% das pessoas entrevistadas defendem a liquidação dos membros da comunidade LGBTQ+, enquanto 37% optam pela sua separação da sociedade, resultando em um total de 58% dos entrevistados. Em segunda análise, ainda, em 2017, 83% dos entrevistados defenderam que o sexo entre adultos do mesmo sexo é "sempre" ou "quase sempre" repreensível, em contraste a percentuais de 68% em 1998 e 78% em 2008. Outro ponto de análise passível de destaque é a questão etária. Entre os respondentes, em 2017, a pesquisa indicou um nível similar de homofobia entre pessoas mais jovens e mais velhas.

Uma análise possível desses dados, a partir do referencial teórico deste artigo, é associarmos tais mudanças na opinião pública ao conceito de vulnerabilidade como relacionalidade. Isso porque esta vulnerabilidade é acentuada a partir das mudanças do contexto social - e neste caso normativo - que regem as relações sociais.

A vulnerabilidade como relacionalidade ainda podem ser corroborada pelos números de crimes de ódio contra homossexuais, que dobraram em 2017, após a aprovação da Lei de Propaganda Homossexual. Tais crimes passaram ainda a ter grande visibilidade, ao serem gravados e postados na internet pelos agressores. Um caso a ser citado é de um grupo que se autointitula "Occupy Pedophilia" que, em 2013, passou a promover ações virtuais para atrair pessoas que pudessem ser identificadas como homossexuais para locais isolados, onde performariam agressão física, psicológica e sexual contra a vítima. Dentre os casos, também ocorrem torturas e assassinatos com o objetivo da exposição midiática, por meio da qual professam a ideia de que a homossexualidade, enquanto uma enfermidade, é passível de cura. Para isso, parte da agressão se dá com o despejo de urina na cabeça das vítimas. "Esse tipo de caso é raramente investigado, e com frequência as autoridades se referem a eles como movimentos civis lutando pela expurgação dos pecados da sociedade" (Berger, 2017, p. 70).

Sundstrom e Sperling (2019) também trazem à luz outras formas de discriminação performadas na sociedade russa, que também aumentaram após a Lei de 2013. Aqui podemos citar as discriminações sociais e trabalhistas, em que representantes da comunidade LGBTQ+ são expulsos ou demitidos de seus empregos, por conta de sua

orientação sexual.

Passado o momento de compreender tal contexto estrutural, faz-se possível a análise dos mecanismos domésticos existentes – ou a falta destes – para a denúncia de tais violações. Um aspecto importante a ser considerado é o elemento de pressão social. Aqui as autoras (Sundstrom; Sperling, 2019, p. 7) colocam em perspectiva dois obstáculos centrais para a vocalização de tais violências. O primeiro deles é com relação ao próprio indivíduo violentado. Uma vez que se considere tal elemento estrutural russo, que constringe e tende à exclusão das minorias sexuais, muitos daqueles que sofrem algum tipo de violência acabam por optar por não dar visibilidade ao seu próprio caso. Isto por dois motivos possíveis: a homofobia internalizada e a descrença na punibilidade dos agressores pelo sistema público.

Aqui podemos nos dedicar em primeiro momento ao que as autoras chamam de “homofobia internalizada” (*Ibidem*, p. 7). Pensa-se este fenômeno também a partir da vulnerabilidade relacional de Butler, com a modelagem estrutural do meio social de construção do indivíduo, que parte de um pensamento que distancia cada vez mais as orientações não-heteronormativas do que se define por “ser russo”. Com isso, o que ocorre em alguns destes casos é que se passa a ter uma crença de que “qualquer coisa que aconteça a eles é culpa deles mesmos, que não deveriam se expor ou expor a sua orientação” (*Ibidem*, p. 7, tradução nossa).³⁴

O segundo ponto - que é também o segundo obstáculo colocado pelas autoras – é de que, ainda que se considerando a dificuldade em denunciar tais casos, há também de se avaliar que os casos que são levados ao sistema público não são tratados imparcialmente. Para fins ilustrativos, podemos tratar de casos policiais e judiciários. Em entrevista a um documentário da Human Rights Watch (Brydum, 2014 apud *Ibidem*, p. 8),³⁵ o ativista LGBT, Gleb Latnik, após ser agredido em uma demonstração dos

³⁴No original: “Whatever happens to them is their own fault, they shouldn’t stick out, or advertise their orientation, and therefore, if something happens to them [they see it as] their fault”.

³⁵BRYDUM, Sunnive. WATCH: Gay Russians Brutally Attacked on Camera. **The Advocate**, 4 fev. 2014. Disponível em: <http://www.advocate.com/news/world-news/2014/02/04/watch-gayrussians-brutally-attacked-camera>.

direitos LGBTQ+, tentou reportar o caso à polícia. A resposta obtida, segundo o entrevistado, foi “Tudo bem. Você é gay. É normal que você seja atacado. Por que iria querer submeter uma queixa?” (Brydum, 2014 apud *Ibidem*, p. 8, tradução nossa).³⁶

A esta omissão e até cumplicidade do sistema público com relação às violações proferidas a indivíduos da comunidade LGBTQ+, podemos resgatar aqui o conceito de violência cultural de Galtung (1990). Neste sentido, tal modalidade de violência se caracteriza como sendo

atitudes, argumentações, incitações, acusações e, sobretudo, quaisquer aspectos da cultura que podem ser utilizados para promover, legitimar ou justificar a violência - sendo de forma direta ou estrutural - de modo que a violência cultural permite enxergar a exploração ou repressão como fatos normais (Amaral, 2015, p. 105).

Em adição a este resgate teórico, Berger (2017) categoriza o caso russo como uma “agressão sistemática”, uma vez que corroborada pelo aparelho estatal e seus representantes e que cumpra “uma função simbólica ao impedir que estes vivam as suas vidas privadas, devido ao medo da perseguição e da violência” (*Ibidem*, p. 71). Para este embasamento, o autor ainda cita o caso da Chechênia como um dos mais graves aferidos contra os Direitos Humanos da comunidade na Rússia. Em 2017, as autoridades chechenas incitaram a caça de homossexuais, devido à tentativa do grupo ativista GayRussia.ru de realizar paradas de orgulho gay. As tratativas se tornaram ainda mais drásticas com as acusações direcionadas ao governo de checheno de compor um campo de concentração de homossexuais, com centenas de indivíduos detidos e 3 óbitos. As vítimas foram liberadas e tiveram a orientação sexual revelada às suas famílias, sem consentimento, de forma a incentivar que as famílias chechenas “restaurassem a honra da família”, por meio do assassinato dos homossexuais em suas famílias.

Esta não foi a primeira vez que se promoveu tal incitação de assassinato dentro do

³⁶No original: “That’s all right. You’re gay. It’s normal that you were attacked. Why would you want to submit a complaint?”.No original: “That’s all right. You’re gay. It’s normal that you were attacked. Why would you want to submit a complaint?”.

próprio ambiente familiar dos membros LGBTQ+. Anteriormente, o porta-voz do governo checheno chegou a negar a existência de homossexuais na república, sendo que, se existissem, as forças policiais não teriam que interferir, dado que a família já se encarregaria de mandá-los para “um lugar de onde não possam retornar” (Taylor, 2017 apud Berger, 2017, p. 71)³⁷. A Chechênia é caracterizada por possuir um alto nível de autonomia dentro do Estado russo e tal episódio foi, de início, ignorado pelo Kremlin. Assim,

a cultura pode acarretar repressão, exploração, desrespeito contra determinadas comunidades e ser considerado um fato normal. Portanto, concretiza a existência de práticas discriminatórias que de forma direta atingem e violentam tais comunidades (Amaral, 2015, p. 106).

Outro argumento apontado por Sundstrom e Sperling (2019) sobre a ineficiência do sistema doméstico russo na tratativa de tais casos é que todos os casos de agressões proferidas contra representantes da comunidade LGBTQ+, até o momento, não foram julgados enquanto crimes de ódio, o que implica em sentenças mais brandas aos crimes delatados. Sendo assim, estes casos são levados à investigação enquanto casos particulares. As autoras (*Ibidem*, 2019, p. 9) ainda afirmam que a razão pela qual não são considerados como crimes de ódio se dá pela falta de consideração do grupo LGBTQ+ enquanto um grupo social.

Uma reflexão que cabe a esta discussão é que este “não considerar” não apenas influi na invalidação da existência e visibilidade do grupo social, mas também o impede de buscar formas de denúncia e resistência por vias legais. Assim, esta invalidação da comunidade enquanto um grupo social torna os instrumentos domésticos russos ineficazes na busca por resistência. Um exemplo disto é da ativista LGBTQ+ Masha

³⁷TAYLOR, Adam. RamzanKadyrov says there are no gay men in Chechnya: and if there are any, they should move to Canada. **The Washington Post**, Washington D. C., 15 jul. 2017. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/07/15/ramzan-kadyrov-says-there-are-no-gay-men-in-chechnya-and-if-there-are-any-they-should-move-to-canada/>.

Kozlovskaja, que sofreu ataques em 2013: “Quando reporteii o ataque à polícia e escrevi que estava relacionado à hostilidade contra LGBTQ, eles me perguntaram o que LGBTQ significava. Se não sabem o que é, então como irão investigar o caso?” (Kozlovskaja, 2014 apud *Ibidem*, 2019, p. 9, tradução nossa).³⁸

Com isso, é possível inferir que pouco se tem como recursos de resistência à violência contra a comunidade LGBTQ+ no cenário russo. A inércia das forças e do judiciário do Estado em identificar, delatar e julgar tais casos faz com que a alternativa mais próxima seja recorrer às organizações internacionais para dar visibilidade à falta de amparo no âmbito doméstico. Esta falta de amparo ainda é negada e encoberta pelo Estado, sob a justificativa de proteger os próprios valores e interesse nacional. Acompanharemos na próxima sessão como se busca por visibilidade na Corte Europeia de Direitos Humanos, buscando a compreensão situada dentro do Regime Internacional dos Direitos Humanos.

3. OS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBTQ+ E A RÚSSIA NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Rússia é signatária de alguns tratados de Direitos Humanos, como por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A Convenção Europeia tem protagonismo nesta pauta, dada a extensão de direitos previstos em Carta e o estabelecimento da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH). Dentre esses direitos, podem-se citar o direito à liberdade de expressão, o direito à não-discriminação e o direito à liberdade de associação e assembleia (Berger, 2017, p. 59).

A Rússia aderiu ao Conselho Europeu em 1996 e, desde então, é crescente o número de denúncias recebidas pela Corte relativas à discriminação por motivos de orientação sexual. Segundo Berger (2017, p. 75), a adesão da Rússia ao sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos, em primeira leitura, representou um contraponto à

³⁸No original: “When I reported an attack on myself to the police, and wrote that it was ‘associated with enmity (nenavist’iu) toward LGBTQ’, they asked me what ‘LGBT’ meant. If they don’t have a clue what that is, how are they going to investigate it?”. Masha Kozlovskaja (RGLBT Network), entrevistada pelas autoras Lisa McIntosh Sundstrom e Valerie Sperling (2019) em São Petersburgo, na Federação Russa, em 24 de junho de 2014.

tradição soviética, contrária à aplicação direta de tratados internacionais. Além disso,

a ascensão da Federação Russa a um tribunal de Direitos Humanos com acórdãos vinculantes representou um novo parâmetro protetivo para o Estado russo, que deixou de perceber os Direitos Humanos como meros slogans (*Ibidem*, p. 75).

Bartenev (2018, p. 331), no entanto, destaca que até que o primeiro caso LGBTQ+ fosse decidido em 2010, as autoridades russas pouco endereçaram atenção ao ativismo da Corte.

Seguindo a linha do argumento de Bartenev, podemos tomar como exemplos alguns dos casos de maior relevância quanto à discussão internacional. Começaremos pelo caso *Alekseyev v. Rússia* (2010), simbólico, como mencionado por Bartenev, por ser o primeiro caso LGBTQ+ russo decidido pela Corte. Em seguida, analisaremos o caso *Bayev v. Rússia* (2017) a fim de aprofundarmos o debate da relação entre liberdade de expressão e as leis russas de Propaganda Homossexual. Ambos os casos resgatam o referencial teórico de Butler, trazendo, desta vez, a vulnerabilidade sob o prisma da resistência. Ou seja, vulnerabilidade não implica passividade. Vulnerabilidade é antes um elemento que precede à própria existência do sujeito, já que não se pode pensar no sujeito sem se passar pela ideia de poder, o qual implica exploração. O sujeito é, então, um ser explorável, não explorado. Neste sentido, tais formas de protesto em espaço público enfatizam o potencial de agência do sujeito, assim como acabam por produzir tensão nas relações sociais e por desafiar as relações de poder.

Nas subseções seguintes é válido notarmos a ênfase das respostas russas às acusações nos aspectos de proteção à moral e dos valores tradicionais russos. Na seção seguinte nos dedicaremos a entender como tais medidas da Corte são interpretadas e internalizadas em âmbito doméstico russo.

3.1. Alekseyev V Russia (2010)

Neste caso, o aplicante - Nikolay Alekseyev - submeteu o caso à CtEDH³⁹ após casos de banimento e represália às demonstrações de orgulho LGBTQ+. O caso foi levado à Corte, após diversas tentativas de denúncias às cortes distritais russas, que se negavam a receber as petições - corroborando a hipótese da seção anterior deste artigo sobre o protagonismo dos meios internacionais em decorrência da ineficácia de meios domésticos de recorrência.

Segundo documentado no caso oficial (Convenção Europeia De Direitos Humanos, 2010), o aplicante relata o início das ocorrências em 2016, quanto tentava mobilizar a atenção pública - por meio de uma marcha do orgulho - para a discriminação contra as minorias sexuais na Rússia e para a necessidade de tolerância pelas autoridades do Estado. Nesta primeira tentativa, a agência de notícias Interfax publicou um comentário do secretário de imprensa do prefeito de Moscou, citando que o prefeito, Yuri Luzhkov, teria declarado que

o governo da capital não permitirá que uma parada gay aconteça em qualquer forma, seja abertamente ou disfarçada [*como uma demonstração de direitos humanos*], e qualquer tentativa de promover qualquer ação não-autorizada será severamente repreendida (*Ibidem*, 2010, p. 2, tradução nossa).⁴⁰

Nesta primeira tentativa, o prefeito recusou a permissão para a realização da parada, argumentando em favor da prevenção de protestos e pela proteção da saúde, moral e direito de liberdade de outros. Em adição, o prefeito atestou que havia recebido um número considerável de petições de representantes do Legislativo e do Executivo e de representantes da Igreja Ortodoxa contrários à parada. Luzhkov ainda constatou que 99,9% da população de Moscou havia apoiado o banimento. Trouxe também o fator da moralidade religiosa, demonstrando que as três religiões mais representativas em

³⁹As queixas à Corte podem ser submetidas por pessoas físicas, grupos de pessoas ou Estados-membros. O aplicante não necessariamente precisa ser europeu. A definição é que deve ser alvo de atos que envolvam violação aos Direitos Humanos previstos na Convenção Europeia (Publicações da Escola da Agu, 2016)

⁴⁰No original: "The government of Moscow [would] not even consider allowing the gay parade to be held [...] the government of the capital city will not allow a gay parade to be held in any form, whether openly or disguised [as a human rights demonstration], and any attempt to hold any unauthorised action will be severely repressed".

Moscú - a Igreja Ortodoxa, o Islamismo e o Judaísmo - eram contrárias à demonstração, que, por conseguinte, se tornava inaceitável e impraticável na cidade, em oposição a “algum país do Ocidente mais progressivo nessa esfera”.

O aplicante voltou a submeter novas solicitações ainda em 2016, em 2017 e 2018, sempre sem sucesso e sob a mesma justificativa. Alekseyev, junto a outros ativistas, ainda tentaria outras formas de protesto, como passeatas (2016) e conferências (2017), resultando em ambos os casos na prisão de Alekseyev e de outros ativistas, que reportaram também injúrias leves, em decorrência da força policial alocada. Segundo o aplicante, na conferência celebrando o Dia Internacional Contra a Homofobia (2016), havia cerca de 150 policiais do esquadrão especial de protestos.

Assim, Alekseyev submeteu o caso à Corte, alegando a violação do Artigo 11 da Convenção Europeia, a saber:

1. Todos têm o direito à liberdade de assembleia pacífica e à liberdade de associação com outros, incluindo o direito de formar uniões para a proteção de seus interesses.
2. Nenhuma restrição deve ser colocada em exercício destes direitos, além daquelas prescritas por lei e necessárias em uma sociedade democrática nos interesses da segurança nacional ou segurança pública, para a prevenção de desordem ou crime, para a proteção da saúde ou moral ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem. [...] (Conselho Europeu, 2010, p. 13)

Em resposta, a Rússia defende que “o banimento aos eventos organizados pelo aplicante foi imposta de acordo com a lei, visou a um fim legítimo e foi necessária para uma sociedade democrática” (*Ibidem*, 2010, p. 12, tradução nossa).⁴¹ Segundo a posição oficial russa, embasada no Artigo 55⁴² da Constituição da Federação Russa e

⁴¹No original: “The ban on the events organised by the applicant had been imposed in accordance with the law, had pursued a legitimate aim and had been necessary in a democratic society”.

⁴²O Artigo 55 §3 da Constituição da Federação Russa institui que “os direitos e liberdades podem ser restritas por leis federais pela proteção de princípios constitucionais, moral, saúde e interesses legítimos de outros e para garantir a defesa e segurança do Estado” (Conselho Europeu, 2010, p. 8)

na Seção 8^a⁴³ do Ato de Assembleia, o banimento seria legal, uma vez que as demonstrações do grupo LGBTQ+ poderiam comprometer a segurança do Estado, devido à possível atuação de grupos de ódio, como os neonazistas ou grupos mais extremistas da Igreja Ortodoxa. Em corte, o governo russo ainda salientou que a promoção da homossexualidade, em qualquer forma, seria incompatível com as doutrinas religiosas da maioria da sociedade russa. A permissão às demonstrações poderia ser interpretada como “um insulto intencional para os sentimentos religiosos e uma depreciação terrível à dignidade humana” (*Ibidem*, 2010, p. 13, tradução nossa).⁴⁴

Outro argumento da Federação foi que a parada, sendo um evento em local público, poderia gerar exposição a espectadores involuntários, como crianças. Reiteraram ainda que “qualquer forma de celebração do comportamento homossexual deveria tomar lugar em lugares privados, com acesso restrito” (*Ibidem*, p. 14, tradução nossa).⁴⁵

Berger (2017) menciona ainda que o Estado teria agido dentro de sua “margem de apreciação”, ou seja, dentro do espaço de debate que contempla questões controversas que restringem direitos por parte do Estado. Nesta leitura, o Estado seria o detentor dos melhores recursos à compreensão do caso, uma vez que estejam sob análise também os valores morais e culturais da sociedade em questão.

O entendimento da Corte, por fim, foi de que a Federação Russa, ao banir as tentativas de parada LGBTQ+, estaria violando o direito à liberdade de reunião e de associação⁴⁶, sendo dever do Estado garantir a segurança dos participantes. Assim, a decisão da Corte foi de não aceitar como válido o argumento do governo russo de que a ameaça de desordem pública seria o maior impeditivo para a medida – *drástica*, nas palavras da Corte – de banimento, ainda mais sendo esta repetida por mais de três anos. A

⁴³A seção 8^a do Ato de Assembleia define que “Um evento público pode ocorrer em qualquer localização própria para o evento se a sua conduta não criar uma ameaça [...] para a segurança dos participantes no evento. A banição pelo governo ou restrições podem ser especificadas por leis federais” (Conselho Europeu, 2010, p.8)

⁴⁴No original: “Allowing the gay parades would be perceived by believers as an intentional insult to their religious feelings and a ‘terrible debasement of their human dignity’”.

⁴⁵No original: “Any form of celebration of homosexual behaviour should take place in private or in designated meeting places with restricted access.”

⁴⁶Corresponde ao artigo 11 da Convenção, a ver: “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.” (Conselho Europeu, 1950, p. 13).

decisão da Corte ainda reitera que se deve garantir o cumprimento do Artigo 11 da Convenção, salvo quando os manifestantes tenham intenções de promoção à violência ou neguem os fundamentos de uma “sociedade democrática”.

Outros artigos violados, na visão da Corte, foram o referente ao direito a um recurso efetivo⁴⁷ – já que todas as tentativas de manifestação foram recusadas pelo Estado – e à não-discriminação.⁴⁸ É importante destacar que o artigo 14 – de não-discriminação – é apenas reconhecido, em condição de adição à violação de outro direito fundamental – neste caso, o de liberdade de reunião e associação. Em adição, a Corte aponta a correlação entre as posturas de banimento das demonstrações e as fortes opiniões públicas expressas por Luzhkov.

3.2. BAYEV E OUTROS V. RÚSSIA (2017)

Outro caso sobre o qual nos debruçaremos a fim de analisar a discussão internacional - nesta seção - e a reação doméstica russa - na seção seguinte - é o caso de Bayev e Outros v. Rússia (2017). O caso foi selecionado para esta análise, dado que promove o debate entre as leis russas contra a Propaganda Homossexual e os Direitos Humanos.

O caso Bayev foi levado à Corte por três aplicantes - dentre eles, Alekseyev, aplicante do caso anterior - em resposta a sanções impostas pelo governo russo em três tentativas de protestos. A primeira, em frente à escola secundária em Ryazan, com placas afirmando que “Homossexualidade é normal” e “Eu tenho orgulho da minha homossexualidade” (Conselho Europeu, 2017, p. 2, traduções nossa)⁴⁹. A segunda, em frente à biblioteca infantil em Arkhangelsk, expressando que a “Rússia tem a maior taxa de suicídio adolescente. Esse número inclui uma grande proporção de homossexuais. Eles tomam esse passo por falta de informação sobre a sua natureza. Deputados são

⁴⁷Corresponde ao artigo 13 da Convenção, a ver: “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais” seus interesses.” (Conselho Europeu, 1950, p. 13).

⁴⁸Corresponde ao artigo 14 da Convenção, a ver: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” (Conselho Europeu, 1950, p. 13).

⁴⁹No original: “Homosexuality is normal”; no original: “I am proud of my homosexuality”.

assassinos de crianças. A homossexualidade é boa!” (*Ibidem*, 2017, p. 3, tradução nossa)⁵⁰. A terceira, em frente ao prédio administrativo da Cidade de São Petersburgo: “Homossexualidade não é uma perversão. Hóquei em campo e ballet no gelo são” (*Ibidem*, 2017, p. 3, tradução nossa)⁵¹. Todos os casos resultaram em penalidade administrativa e prisão.

Os aplicantes recorreram à Corte após pelo menos três tentativas frustradas de recorrer à Corte Constitucional russa, que declarou inadmissíveis as reclamações, dado que “é responsabilidade do Estado tomar medidas para a proteção das crianças de informação, propaganda e ativismo que seja prejudicial à saúde e ao desenvolvimento moral e espiritual” (*Ibidem*, 2017, p. 4, tradução nossa)⁵². O embasamento para os rejeitos da Corte Constitucional estaria respaldado por leis regionais⁵³ e federais⁵⁴ de Proibição de atividades públicas que visam à promoção da homossexualidade entre menores. Ainda, para embasamento em CtEDH, a Federação também se utilizou da aprovação da Lei Federal de 2013, de Propaganda das relações sexuais não-tradicionais entre menores.

O governo aceitou que as sanções administrativas representaram interferência no direito de liberdade de expressão, ainda que reiterassem que haviam sido impostas de acordo com a lei. As sanções teriam sido necessárias para a manutenção da sociedade democrática, novamente sob o argumento de proteção da saúde e moral pública. Aqui, mais uma vez, assim como no caso de Alekseyev, a Federação clama o direito à margem de apreciação, que contempla a discussão do direito de liberdade de expressão, quando esta envolve as esferas moral e religiosa.

⁵⁰No original: “Russia has the world’s highest rate of teenage suicide. This number includes a large proportion of homosexuals. They take this step because of the lack of information about their nature. Deputies are child-killers. Homosexuality is good!”.

⁵¹No original: “Homosexuality is not a perversion. Field hockey and ice ballet are”.

⁵²No original: “The responsibility of the State bodies of the Russian Federation to take measures for the protection of children from information, propaganda and activism which is harmful to their health and moral and spiritual development”.

⁵³Lei número 41-OZ de Ryazan Oblast de 2006: “Atividades públicas que visem à promoção da homossexualidade (sodomia e lesbianismo) não serão permitidas” (Conselho Europeu, 2017, p. 7, tradução nossa).

⁵⁴Lei número 436-F3 de 2010, “Da Proteção das Crianças de Informação que Seja Prejudicial à sua Saúde e Desenvolvimento” (Conselho Europeu, 2017, p. 7, tradução nossa).

Além disso, o governo ainda argumenta que as demonstrações dos aplicantes eram estritamente relacionadas à propaganda dos valores não-tradicionais, em oposição à expressão de opinião ou expressão de informações de forma neutra. Ressaltam ainda o público ao qual tais ações estavam sendo direcionadas, sendo os locais estrategicamente escolhidos para atingir a população menor de idade, “colocando pressão psicológica sobre as crianças, influenciando em sua autoidentificação e invadindo suas vidas privadas” (*Ibidem*, 2017, p. 17, tradução nossa).⁵⁵

Segundo o posicionamento do governo, a proibição de tais atividades no âmbito público busca prevenir que a atenção das crianças e adolescentes seja focada nas relações sociais, o que poderia ser responsável por “deformar significativamente o entendimento da criança dos valores constitucionais, como a família, a maternidade, a paternidade e a infância, afetando não só o seu estado psicológico e desenvolvimento, mas também a sua adaptação social” (*Ibidem*, p. 6, tradução nossa)⁵⁶. A propagação de informações, portanto, visando a garantir a sua neutralidade, deveria ser assessorada por professores, médicos e psicólogos. Tal pontuação, entretanto, não significa – segundo a Federação – um parecer negativo por parte do Estado às relações não-tradicionais.

Ainda sobre o cunho das informações, o governo defende que as propagandas das relações não-tradicionais automaticamente implicam a negação dos valores da família tradicional, sendo assim, justificadas as restrições. O governo reitera que as relações não-tradicionais também estão relacionadas com maiores riscos à saúde – como a contração de HIV - além de ser um grande impeditivo ao crescimento populacional.

Os aplicantes, por outro lado, confirmaram a intencionalidade das escolhas dos lugares para protesto, dado que se protestava contra as leis – em suas visões, discriminatórias – de “propaganda homossexual”. Refuta-se a ideia de que se pretendia promover a superioridade de tais relações. O que se buscava era confrontar a percepção da

⁵⁵No original: “Placed psychological pressure on children, influenced their self-identification and intruded into their private lives”.

⁵⁶No original: “Deforming significantly the child’s understanding of such constitutional values as the family, motherhood, fatherhood and childhood, and adversely affecting not only his or her psychological state and development, but also his or her social adaptation”.

homossexualidade enquanto uma “perversão”, promovendo a tolerância. Justifica-se, desta forma, a escolha dos lugares para protesto, uma vez que se faz necessário promover tal entendimento entre a população adolescente, que sofre os riscos de *bullying* e intolerância, levando aos altos índices de suicídio entre adolescentes, como mencionado no cartaz de manifestação.

A Corte, por sua vez, rejeita o argumento russo de que os banimentos poderiam ser fundamentados pelo elemento moral. Segundo Estrasburgo, o sentimento popular apenas poderia estender o escopo da Convenção para a proteção de direitos e nunca a estreitar. A Corte ainda julga a legislação contra a propaganda homoafetiva como exemplo de um embasamento pré-disposto, com vistas a “criar uma imagem distorcida da equivalência social das relações sexuais não-tradicionais e tradicionais” (Conselho Europeu, 2017, p. 25, tradução nossa).

Outro ponto de discordância com relação à posição do governo russo pela Corte foi a relação proposta entre a “Propaganda Homossexual”, o aumento de riscos à saúde e o problema demográfico. A Corte posiciona que, pelo contrário, a disseminação do conhecimento sobre as relações entre o mesmo sexo, assim como os seus métodos de proteção são essenciais como parte da campanha de saúde pública. Outrossim, a questão populacional, ainda é trazida como irrelevante para discutir a disseminação de tais informações, uma vez que o crescimento populacional dependeria de uma série de condições, a serviço e influência do Estado, como a prosperidade e segurança econômica e acesso a creches e mecanismos de cuidado infantil.

A decisão da Corte é de que tenha havido então violação do Artigo 10, concernente ao direito à liberdade de expressão, e que as leis russas supramencionadas “reforçam o estigma e o preconceito e encorajam a homofobia, o que é incompatível com as noções de igualdade, pluralismo e tolerância em uma sociedade democrática” (*Ibidem*, 2017, p. 29, tradução nossa)⁵⁷. Em adição à violação ao Artigo 10, a Corte também atesta que houve violação ao Artigo 14 – princípio de não-discriminação – da

⁵⁷No original: “Reinforce stigma and prejudice and encourage homophobia, which is incompatible with the notions of equality, pluralism and tolerance inherent in a democratic society”.

Convenção, dado que as leis russas mencionadas reiterariam uma pré-disposição ao embasamento da prevalência da maioria heterossexual contra a minoria homossexual.

4. A EFICÁCIA DAS DECISÕES INTERNACIONAIS NO MBITO DOMÉSTICO RUSSO

Como analisamos na seção anterior, a escolha do caso Alekseyev para este trabalho se deu pelo amplo debate doméstico russo provocado pela primeira decisão da Corte envolvendo a questão das minorias sexuais. Tatyana Moskalkova, membra da Duma e atual comissária federal para Direitos Humanos, classificou a decisão de Estrasburgo como “contrária às normas da moral e ética... e às tradições culturais e religiosas russas” (Bartenev, 2018, p. 332, tradução nossa)⁵⁸.

Bartenev (2018) argumenta que, apesar de todos os esforços centrados na defesa do Estado russo sobre o seu direito à supressão das demonstrações das minorias sexuais, as autoridades russas, após a decisão final da Corte, não rejeitaram o seu caráter vinculativo. No Plano de Ação submetido pelo Governo à Corte em 2016, o Estado assegurou que se estavam empregando medidas para garantir a conscientização dos órgãos competentes à consideração e análise para a aprovação de eventos públicos promovidos pelas minorias sexuais, incluindo treinamentos e seminários instrutivos. Ainda afirmam que

“as autoridades reiteram que o público foi informado da igualdade de direitos de todos os cidadãos perante a lei e a Corte, sem quaisquer tipos de restrições. Não há leis na Rússia contra os representantes da comunidade LGBT, sendo estes garantidos da oportunidade de exercer plenamente os direitos garantidos pela Constituição e pela Convenção, incluindo o uso do formato de eventos em massa” (Conselho Europeu, 2016, p. 3, tradução nossa).⁵⁹

⁵⁸No original: “it was contrary to “the norms of morality and ethics . . . Russian cultural and religious traditions”.

⁵⁹No original: “The authorities reiterate that the public has been duly informed on the equality of the rights of all citizens before the law and court, without any exceptions whatsoever. There are no laws in Russia aimed against representatives of the LGBT community, the latter are afforded the opportunity to fully exercise the rights guaranteed by the Constitution and the Convention, including by using mass events format”.

No entanto, uma proposta de reflexão a ser demonstrada nos seguintes parágrafos é a relação - em certa medida contrastante - da oratória russa na Corte e nos espaços internacionais e a prática implementada em âmbito doméstico. Bartenev (2018) defende que os efeitos da decisão da Corte no caso Alekseyev foram limitados à aceitação da natureza vinculante da mesma. Ou seja, a oratória se mostra reservada, em comparação à prática doméstica. Como exemplo aqui, podemos citar o caso de Novruk and Others V. Rússia⁶⁰ (2016). Neste caso, assumem-se duas posturas divergentes: em âmbito internacional, a Federação não questiona em momento algum o conceito de família envolvido no caso; enquanto, na Corte Constitucional russa, se colocou que a vivência com um companheiro de mesmo sexo não seria equivalente à constituição de família. Com isso, demonstra-se que a retórica para o espaço internacional tem se mostrado muito mais comedida, quando comparada às práticas domésticas.

Ainda assim, quando nos dispomos a contrastar o discurso com a prática, as medidas de conscientização - propostas no Plano de Ação russo em 2016 para o caso Alekseyev - não surtiram efeitos, no que tange à questão da liberdade de assembleia, que levou o caso à Corte. Segundo relatório submetido pela organização não-governamental Coming Out⁶¹ e ILGA-Europe⁶² (2018) até o presente ano, as autoridades russas recusaram o pedido de aprovação de eventos em massa, similares àqueles trazidos no caso Alekseyev.

Os Planos de Ação submetidos pela Federação, em 2016 e 2018 - referentes aos casos Alekseyev e Bayev, respectivamente - listam 13 eventos conduzidos pela comunidade LGBTQ+, na tentativa de demonstrar os avanços relativos à decisão da Corte. Dentre esses 13, no entanto, 12 não são eventos de assembleia pública, similares ao caso Alekseyev, sendo, em maior parte, seminários ou reuniões conduzidas em espaços

⁶⁰ O caso se deu a partir do banimento da estadia continuada de estrangeiros que testaram positivo para o vírus da AIDS e que se relacionavam com parceiros do mesmo sexo.

⁶¹Coming Out é uma organização sem fins lucrativos, localizada em São Petersburgo. Tem como propósito central o reconhecimento universal da dignidade humana, independente de fatores como a identidade de gênero e a orientação sexual.

⁶²ILGA-Europe é uma associação europeia de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intergêneros. Estende a sua presença aos países da região europeia, visando à equidade de gênero.

privados. O único evento público dentre os 13 foi o Rainbow Flash Mob, conduzido em 2017. Além disso, o relatório de contestação submetido pelas organizações citadas anteriormente ainda traz o número de 250 cidades em que demonstrações públicas LGBT foram banidas entre fevereiro de 2016 e julho de 2018. A maioria destes banimentos foi aplicada sob o pretexto da Lei da Propaganda Homossexual, que é outro ponto a ser discutido.

A aprovação da Lei, a nível federal, três anos após o julgamento da Corte, pode ser interpretada como uma reiteração dos argumentos de defesa utilizados pela Federação, bem como um relativo afastamento das discussões e medidas propostas por Estrasburgo. Nesta mesma linha, no Plano de Ação submetido em 2018 pela Federação, discute-se e rejeita-se o parecer da Corte sobre a Lei de Propaganda Homossexual, uma vez que a Corte Constitucional russa tenha declarado tal Lei em acordo com os princípios presentes na Constituição do país. No mesmo documento, corrobora-se o caráter legítimo da Lei, à medida que se justifica pela proteção dos direitos constitucionais da família e da infância. Argumenta-se também que a Lei, em nenhuma medida, prevê interferência na esfera da autonomia individual, não impedindo que os representantes desta minoria se expressem em eventos públicos, desde que em discussão imparcial.

A reação da comunidade acadêmica russa ainda é outro ponto de atenção. A Fundação Científica do Estado Russo iniciou um financiamento de um projeto de duração de mais de um ano que tinha como fim último o “desenvolvimento da argumentação legal interna para apoiar a posição política internacional da Rússia, protegendo os valores tradicionais ao que tange ao *status* legal internacional da comunidade LGBT” (Bartenev, 2018, p. 334, tradução nossa)⁶³. O investimento foi canalizado na Universidade Russa da Amizade dos Povos sob o eixo temático de “Aspectos de Gênero da Proteção Legal Internacional dos Valores Tradicionais”⁶⁴.

⁶³No original: “development of internal legal reasoning in support of the foreign political position of Russia protecting traditional values to the extent that it relates to the international legal status of LGBT”.

No original: “Gender Aspects of International Legal Protection of Traditional Values”.

⁶⁴No original: “Gender Aspects of International Legal Protection of Traditional Values”.

Tais valores tradicionais, como vimos, são apresentados como o cerne do argumento russo face às contestações internacionais, cabendo a esta análise um momento de compreensão dedicado ao que se entende por tais “valores tradicionais” e qual o papel exercido neste contexto. Para Wilkinson (2014) tais valores são, antes de tudo, parte de uma estratégia política e poderiam ser atrelados a uma parte constituinte da tática do governo Putin, visando ao estabelecimento de uma relação direta entre a segurança do Estado russo e a adequação a dados valores. Na argumentação do autor, a defesa dos “valores tradicionais” surgiu em 2006, quando endereçou a crise demográfica como uma ameaça à segurança do Estado.

Assim, a proteção dos valores tradicionais torna-se uma questão de sobrevivência do Estado e, portanto, dever primeiro do Estado garanti-la. Em outros termos, a proteção do Estado se traduz na proteção de suas principais instituições – lê-se a família tradicional e a Igreja Ortodoxa, no caso russo. Para o autor (*Ibidem*), tal discurso teria levado também à aprovação da Igreja Ortodoxa que, até 2012, não estaria necessariamente garantida. Em análise do discurso de Putin (2013 apud Wilkinson, 2014) é possível que se estabeleça então uma relação direta entre os valores tradicionais, a questão demográfica e, conseqüentemente, a sobrevivência do Estado. Para o presidente, os países do Ocidente estão sofrendo os efeitos da crise demográfica, segundo uma tendência constante de afastamento dos valores cristãos, que seriam, neste caso, a base da civilização ocidental. Esse distanciamento

abre um caminho direto à degradação e ao primitivismo, resultando em profunda crise demográfica e moral. O que mais, além da perda da habilidade de reprodução poderia agir como o maior testemunho da crise moral que a sociedade humana encara? (*Ibidem*).

O presidente ainda ressalta que a defesa de tais valores morais seria algo natural ao seu escopo de atuação, bem como a garantia dos direitos da maioria - em detrimento ao direito de uma minoria de ser diferente.

Na fala acima do presidente, dá-se então, a partir da ideia de um “Ocidente”, a constituição de um ideário identitário russo, definido em relação de contraste e

oposição. Afinal, como apontado por Putin (2015), a sociedade russa “sempre evoluiu em uma ‘complexidade crescente’ como Estado-civilização, reforçado pelo povo russo, língua russa, cultura russa, Igreja Ortodoxa Russa e outras religiões tradicionais”. Ou seja, entende-se que o “ser russo” é constituído de elementos culturais da tradição única russa e, portanto, livres das amarras do mundo ocidental. Nestes termos, associa-se a “tradição” à sustentação deste ideário de identidade russa⁶⁵. No discurso de pré-eleição de Putin em 2012, definiu-se tradição nos termos de estar “diretamente ligada ao renascimento dos ‘vínculos espirituais’ com a preservação da identidade coletiva russa” (Putin, 2013 apud Wilkinson, 2014, p. 367).

O presidente então, apoiado neste ponto, também associa às medidas da Corte e à visibilidade internacional dada ao caso russo na violação contra a minoria LGBTQ+ como um “exagero internacional”. Em entrevista ao jornalista americano Charlie Rose, Putin defende que tal exagero seria um ato intencional dos países de fora, que visavam “construir uma imagem inimiga da Rússia por considerações políticas. Eu [o presidente] acredito que esta seja uma das linhas de ataque contra a Rússia” (Vladimir [...], 2015). Essas linhas de ataque seriam tidas como “não-democráticas” pelo presidente, que considera que se trata de uma estratégia de buscar um modelo de padronização de um mundo unipolar. Sendo assim, “tal mundo unipolar e padronizado não requer Estados soberanos; requer vassalos. Em um sentido histórico, isso leva à rejeição da identidade própria, à diversidade do mundo dada por Deus” (Putin, 2013 apud Wilkinson, 2014, p. 369, tradução nossa)⁶⁶.

Uma vez analisada a relevância dos “valores tradicionais” na sociedade russa, podemos fazer o exercício de entendimento proposto por Wilkinson (2014) sobre o acatamento das decisões da Corte, sob o ponto de vista da Federação russa. Entende-se, desta

⁶⁵Podemos aqui resgatar a discussão trazida por Segrillo (2010), que atribui à Rússia uma condição identitária única, que abarca diferentes perspectivas sobre a nação russa (se deve ser concebida como uma nação ocidental, euroasiática ou eslava). A identidade russa a que nos referimos neste artigo está relacionada àquela instaurada após a era de Yeltsin, nos anos 1990, caracterizada pelo pró-ocidentalismo, que gerou intensa crise econômica e, conseqüentemente, descrédito aos ocidentalistas. A Era Putin, nos anos 2000, reafirmou a Rússia enquanto potência no cenário internacional, com fortes contrapontos às potências ocidentais (como na Guerra do Gás, na Ucrânia, e na questão do reconhecimento da independência do Kosovo). Com isso, dão-se as condições para o surgimento de uma identidade pautada na oposição aos moldes ditados pelo Ocidente.

⁶⁶No original: “Such a unipolar, standardised world does not require sovereign states; it requires vassals. In a historical sense this amounts to a rejection of one’s own identity, of the God-given diversity of the world”.

forma, que, o Estado tendo como prioridade última a sua sobrevivência, poderia priorizar as suas próprias medidas em detrimento das normas e obrigações internacionais. O autor (*Ibidem*, p. 368) associa a esta ideia o conceito de “soberania moral”, em que os Estados teriam o direito de decidir sobre as normas morais da sua sociedade, face aos princípios veiculados pela comunidade internacional.

Essa soberania moral é empregada, em parte, como a lógica de sustentação do argumento russo nos espaços internacionais. Por outro lado, como mostramos nos parágrafos anteriores, o Estado, mesmo que sustentado neste pilar de “soberania moral”, ainda opta por assumir uma postura mais recatada, como respeitador dos direitos da comunidade LGBTQ+ no âmbito internacional para evitar o foco das discussões internacionais. Esta postura, no entanto, é internalizada em sentido contrário, como instrumento de legitimação da regulação moral da sociedade pelo Estado, ao se tratar das práticas aplicadas de discriminação, respaldada pela ideia dos “valores tradicionais”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa empenhou esforços para discutir elementos que satisfizessem – ainda que não esgotassem – às questões centrais da vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+ no território russo durante os anos mais recentes da Rússia Contemporânea, do protagonismo da arena internacional e, por fim, da eficácia deste debate quanto à internalização de medidas que visassem à proteção – ou a não-discriminação – da minoria em questão.

Quanto à primeira questão a que se dedicou a pesquisa, examinamos que a situação de vulnerabilidade desta comunidade se dá de forma multidimensional, podendo ser analisada de diversos prismas. O primeiro deles é com relação ao fator cultural. Durante as três seções deste trabalho, pudemos observar que a oratória de defesa russa no plano internacional se sustenta na lógica da proteção aos “valores tradicionais”. Tais valores acabam por reiterar o que Galtung conceitua como “violência cultural”, uma vez que a violência é justificada a partir de elementos da cultura da sociedade. Com isso, tem-se a própria internalização da homofobia, que tornaria

justificáveis as violências sofridas, dado que o próprio “ser homossexual” já não seria aceitável. Outro viés que podemos explorar de tal violência cultural é que os próprios órgãos de defesa do Estado são submetidos a essa lógica, tornando embasados os espaços públicos de contestação às violências sofridas pela minoria. Desta forma, vimos que o protagonismo dos fóruns de discussão internacional se dá justamente por um esgotamento dos meios internos para recorrer a algum tipo de proteção dos direitos fundamentais.

Nesta mesma linha, quando analisamos a segunda questão estudada por este trabalho, consideramos que, dentre esse protagonismo atribuído ao meio internacional, a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem papel preponderante na promoção dessa discussão. Assim, analisamos dois casos simbólicos – Alekseyev (2010), por ser o primeiro caso referente a minorias sexuais levado à Corte, e Bayev (2017), para nos debruçarmos sobre o debate provocado a partir da Lei de Propaganda Homossexual. Em ambos os casos a decisão da Corte foi favorável aos aplicantes, constatando que a postura russa feria os princípios da Convenção Europeia.

Na terceira seção ponderamos a eficácia da visibilidade promovida na Corte e o grau de internalização no ambiente doméstico da Federação Russa. O que se mostrou foi que há, na verdade, duas facetas da postura russa. Do ponto de vista internacional, esta se mostra contida, acatando, em partes, às decisões da Corte e não negando o seu caráter vinculante. Por outro lado, as medidas implementadas pelo Estado russo são insignificantes quanto a uma alteração no cenário de vulnerabilidade da comunidade LGBTQ+.

Entendemos, para esta análise, que tal internalização de mudanças significativas na postura do Estado implicaria a contrariedade aos valores tradicionais, tão caros à sociedade russa. Mais que isso, aqui não apenas colocamos sob a luz o aspecto cultural, mas também aquele identitário e, conseqüentemente, político. Trata-se também de uma estratégia política da criação de um ideal nacional do que se tem por “ser russo”, que é concedido por meio da oposição à figura do Ocidente. Assim, “ser russo” é respeitar os valores da família tradicional e, por conseguinte, da Igreja

Ortodoxa.

Nota-se, assim, haver um impasse de difícil resolução. A postura do governo russo aponta para uma contradição entre o que reconhece diante de órgãos transnacionais e aquilo que pratica em relação à população LGBTQ+ no plano interno. Essa tensão revela os limites da atuação das cortes internacionais em temas vistos como uma afronta à tradição, à cultura e à soberania. O desfecho desse impasse dependerá da força das pressões externas e domésticas que, em conjunto, poderão produzir efeitos mais consistentes para o alinhamento das políticas russas às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Rodrigo Augusto Duarte. CONSIDERAÇÕES SOBRE A VIOLÊNCIA PELA ÓTICA DE JOHAN GALTUNG: alguns aspectos do terrorismo e o advento da intolerância.

Cadernos de Campo, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 101-116, out. 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7661#:~:text=Baseado%20na%20compreens%C3%A3o%20do%20soci%C3%B3logo,em%20pauta%20a%20quest%C3%A3o%20da>.

Acesso em: 05 jan. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Decisão da CEDH expõe a natureza homofóbica da “lei de propaganda gay” russa**. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/decisao-da-cedh-expoe-natureza-homofobica-da-lei-de-propaganda-gay-russa/>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BARTENEV, Dmitri. LGBT rights in Russia and European human rights standards. **Russia And The European Court Of Human Rights**. [S. l.]: Cambridge University Press, 2018, p. 326-352.

BERGER, Felipe Jacques. **A confluência entre a perspectiva soviética do direito internacional e o tratamento estatal russo aos direitos humanos de indivíduos LGBT (2006-2017)**. 2017. 134 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/185263/TCC%20->

%20Felipe%20Jacques%20Berger.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 jan. 2020.

BUTLER, Judith. **Notes toward a performative theory of assembly**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

COMING OUT. **Rule 9(2) submission to the Committee of Ministers of the Council of Europe concerning implementation of the Alekseyev and others v. Russia and Bayev and others v. Russia cases**. Geneva: Alternative Report, 2018. Disponível em: https://static1.squarespace.com/static/55815c4fe4b077ee5306577f/t/5bfd0197c2241b9fda9d71e8/1543307674190/2018_10+Alekseyev++Bayev+v.+RF+Rule+9.2+Coming+Out+%5EM+IE+31_10_18.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 2 out. 2013. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

CONSELHO EUROPEU. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 4 nov. 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. Corte Europeia de Direitos Humanos. Acórdão nº 4916/07, 25924/08 and 14599/09. **Case Of Alekseyev V. Russia**. Strasbourg. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-101257%22%5D%7D>. Acesso em: 19 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. Corte Europeia de Direitos Humanos. Acórdão nº 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 and 13817/14. **Case Of Novruk and Others V. Russia**. Strasbourg. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5852ab944.html>. Acesso em: 19 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. Corte Europeia De Direitos Humanos. **Acórdão do caso Bayev and Others v. Russian Federation**, nº 67667/09, 20 de junho de 2017. 48 p. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5755355->

7315126&filename=Judgment%20Bayev%20and%20Others%20v.%20Russia%20%20legislation%20banning%20the%20promotion%20of%20homosexuality.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021

CONSELHO EUROPEU. Secretariado Geral de Comitê de Ministros. Communication Concerning The Alekseyev Group Of Cases Against The Russian Federation nº 4916/07. **Communication Concerning The Alekseyev Group Of Cases Against The Russian Federation. Strasbourg.** Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806b6291>. Acesso em: 27 jan. 2021.

CONSELHO EUROPEU. Secretariado Geral de Comitê de Ministros. **Communication from the Russian Federation concerning the cases of Alekseyev and Bayev and Others v. Russian Federation (Applications No. 4916/07, 67667/09).** Strasbourg. Disponível em: <https://rm.coe.int/native/09000016808e8dea>. Acesso em: 27 jan. 2021.

DEMETRI, Felipe Dutra. **Corpos Despossuídos: Vulnerabilidade em Judith Butler.** 2018. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

GALTUNG, J. Cultural violence. **Journal of Peace Research**, Manoa, v. 27, n. 3, p.291-305, ago. 1990.

LGBT ORGANIZATION "COMING OUT". **Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights in the Russian Federation: sexual orientation and gender identity issues.** Geneva, 2014.

MESTRE, C. "Os gays na sociedade russa: total liberdade, mas em sigilo". **Voz da Rússia**, 16 fev. 2014. Disponível em: https://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/2014_02_16/os-gays-na-sociedade-russa-total-liberdade-mas-em-privado-7990. Acesso em: 01 out. 2020.

PRATA FILHO, Ricardo. **Redes transnacionais de combate à homofobia: uma comparação entre o caso da Rússia e a lei de "propaganda gay" e o caso da Califórnia e**

a emenda constitucional Proposition 8. 2015. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

PUBLICAÇÕES DA ESCOLA DA AGU. **Curso Cortes Internacionais e Constituições:** princípios, modelos e estudo comparado. Brasília: Eagu, 2016. 388 p. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.08_n.04.pdf#page=139. Acesso em: 04 jan. 2021.

RUBBI, Gustavo de Souza; BATISTA, Larissa Cristina; FREITAS, Ualisson Pereira. A homofobia extraoficial presente no discurso de Vladimir Putin: repercussões e impactos na sociedade e na comunidade lgbt. **V Semana de História do Pontal**, Ituiutaba, p. 1-9, set. 2017.

SEGRILLO, Angelo. Ocidentalismo, Eslavofilismo e Euroasianismo: intelectuais e políticos em busca da identidade russa. In: REIS, Daniel Aarão; ROLLAND, Denis (org.). **Intelectuais e Modernidades**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 51-66.

SUNDSTROM, Lisa McIntosh; SPERLING, Valerie. Seeking better judgment: LGBT discrimination cases in russia and at the european court of human rights. **The International Journal Of Human Rights**, [S. l.], v. 24, n. 6, p. 750-772 (p. 1-23), 9 out. 2019.

VLADIMIR Putin on Gay Rights in Russia (September 29, 2015). Charlie Rose. Virginia, 2015. P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NvTYMhbMbQ0&t=1s>. Acesso em: 30 set. 2015.

WILKINSON, Cai. Putting "Traditional Values" Into Practice: the rise and contestation of anti-homopropaganda laws in russia. **Journal Of Human Rights**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 363-379, 3 jul. 2014.

JUSTIÇA, IDEOLOGIA JURÍDICA E REPRODUÇÃO SOCIAL: resenha crítica de *Um Cinturão* (1945) de Graciliano Ramos⁶⁷

JUSTICE, LEGAL IDEOLOGY AND SOCIAL REPRODUCTION: a critical review of *Um Cinturão* (1945) by Graciliano Ramos
Daniel de Barros Di Giacomo⁶⁸

RESUMO

A presente resenha crítica objetiva indicar reflexões pertinentes à Filosofia do Direito a partir da análise do conto *Um Cinturão* (1945) de Graciliano Ramos. Como centro da reflexão ora desenvolvida, está o pensamento do filósofo franco-argelino Louis Althusser aplicado ao Direito, amparado por autores pertinentes à crítica marxista do Direito, como o professor Alysson Leandro Mascaro, possibilitando visualizar como o texto escrito por Graciliano Ramos contribui para a compreensão da ideologia jurídica e demonstrando as raízes e papel do conceito de Justiça para o fenômeno jurídico e a reprodução do capitalismo.

Palavras-chave: Justiça; ideologia Jurídica; literatura brasileira.

ABSTRACT

The present critical review aims to indicate reflections pertinent to the philosophy of law based on the analysis of the short story *Um Cinturão* (1945) by Graciliano Ramos. At the center of the present reflection, is the thought of the French-Algerian philosopher Louis Althusser applied to Law, supported by relevant authors to the Marxist critique of Law, such as professor Alysson Leandro Mascaro, making possible to visualize how the text written by Graciliano Ramos contributes to the understanding of

⁶⁷Submetido em 21 maio 2021. Aprovado em 22 ago. 2021.

⁶⁸Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5170-9528>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5323542177339369>. E-mail: danieldigiacomo12@gmail.com.

legal ideology and demonstrating the roots and the role of the concept of Justice for the legal phenomenon and the reproduction of capitalism.

Keywords: Justice; legal ideology; Brazilian literature.

1. INTRODUÇÃO

No contexto histórico do Estado Novo, Graciliano Ramos escreveu o conto *Um Cinturão* (1945). O texto trata de um garoto que, pelos seus 4 ou 5 anos, figurou como réu em um julgamento feito pelo seu pai, sem direito à defesa e no qual sequer pôde compreender o que estava acontecendo. O narrador do conto é o próprio menino, que já estava acostumado a apanhar e contava com a esperança de tornar-se adulto, virar uma das “[...] pessoas grandes, que não levavam pancada.” (RAMOS, 1981, p. 32), pelo menos não de seus pais.

O episódio que dá nome ao conto foi o que deixou as marcas mais profundas no garoto, apesar de ele já ter experienciado o contato com a violência em outras situações. Seu pai estava atrás de um cinturão, demandando brutalmente do menino informações sobre o destino do objeto que procurava. O narrador não sabia onde encontrar o cinturão, mas não conseguia nem mesmo falar isso em sua defesa por conta do tamanho pavor e das pancadas que recebia.

Após a tortura infligida ao filho na procura pelo cinturão, o patriarca da família resolve interromper a sua busca e repousar em sua rede de descanso; enquanto isso, a sua vítima, o pequeno menino, fica o observando. Acontece que o cinturão se encontrava na rede, tinha sido deixado ali pelo próprio pai que, acidentalmente, havia desprendido a fivela ao deitar-se anteriormente. Contudo, a descoberta do destino do cinturão não foi suficiente para que o pai se retratasse com o menino, que ficou somente com as marcas da violência que sofreu, sem qualquer amparo, não podendo fazer nada contra aquela situação, sendo forçado a conviver com ela.

Estes acontecimentos em torno do cinturão, seu julgamento e simultânea condenação independentemente de sua inocência foram classificados pelo garoto como o primeiro contato que teve com a justiça (Ramos, 1981, p. 35) e normalizados sob este conceito.

Há, ao menos, duas amplas formas de analisar o conto de Graciliano Ramos. A primeira delas é fazer uma leitura do texto no âmbito da temática das memórias de infância, observando como se dá o contato de uma criança com o mundo dos adultos e como essas experiências são retratadas em sua memória. Esta leitura toma o rumo de analisar a forma do texto e os sentimentos do narrador (Araújo; Costa, 2016), estando mais próxima de uma análise predominantemente literária. Outro caminho que podemos tomar para abordar a obra é o de uma análise histórica e, fundamentalmente, social. Sob este ângulo, podemos observar melhor quais características da nossa formação social estão presentes no texto e, assim, expor a nossa própria realidade, como é o caso da análise feita por Nyara Nunes Salbego (2005), que utilizou, para tanto, o pensamento do filósofo franco-argelino Louis Althusser.

Na presente exposição, a fim de contribuirmos para a Filosofia Crítica do Direito, tomaremos o segundo rumo de análise, desenvolvendo as ideias de Louis Althusser sobre justiça e direito, avaliando de forma crítica o conto de Graciliano.

2. JUSTIÇA, IDEOLOGIA JURÍDICA E REPRODUÇÃO SOCIAL

“As minhas primeiras relações com a justiça foram dolorosas e deixaram-me funda impressão.” (Ramos, 1981, p. 31). Por “justiça” podemos ter, no contexto do conto, tanto uma referência especificamente ao Poder Judiciário e sua face repressiva (Salbego, 2005, p. 75) quanto ao conceito de justiça que se encontra no interior da ideologia jurídica, compreendendo um campo de análise mais amplo da sociabilidade capitalista, além do que diz respeito somente ao referido Poder, mesmo que esta última designação não tenha sido a intenção original do autor.

Exploraremos este campo mais amplo, partindo de uma breve exposição sobre o que é ideologia. Segundo Althusser (2008, p. 203), ela consiste na representação da “[...] relação imaginária dos indivíduos com as relações reais sob as quais vivem”. Porém, a ideologia possui uma existência material por realizar-se no interior dos Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE), que consistem em “[...] um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas” (*Ibidem*, p. 263), possuindo suas práticas, rituais e bases materiais

(Althusser, 2008, p. 204). Os AIE, conforme os sistemas de instituições distintas e especializadas que os compõem, podem ser divididos em AIE escolar, AIE religioso, AIE cultural, AIE jurídico etc. (*Ibidem*, p. 263).

Os Aparelhos Ideológicos de Estado funcionam sob o escudo do Aparelho Repressor de Estado, que se manifesta predominantemente pela violência física e compreende o governo, a administração, as forças armadas, a polícia, os tribunais, as prisões etc. (*Ibidem*, p. 98). No pensamento do filósofo franco-argelino, o Direito figura simultaneamente no Aparelho repressor de Estado e como Aparelho Ideológico de Estado (*Ibidem*, p. 263).

O papel dos Aparelhos de Estado é o de reprodução das relações de produção (*Ibidem*, p. 22), sendo que a ideologia da classe (dominante) que detém o poder de Estado é realizada no interior dos AIE e chega até os indivíduos, constituindo-os como sujeitos, pelo processo de interpelação (Idem, 2019, p. 151). A ideologia interpela os indivíduos que são já-sujeitos antes mesmo do nascimento (Idem, 2008, p. 213).

Vejamos: voltando-nos ao texto de Graciliano Ramos, o menino, antes mesmo de sua árdua existência, já havia sido interpelado pela ideologia familiar. Na espera do nascimento deste já-sujeito, ele já foi ideologicamente predeterminado como sujeito sexual, menino ou menina (Idem, 2008, p. 213), e já foi constituído como sujeito em rituais ideológicos (chá de fralda, designação de um nome etc.). Além disso, podemos dizer que, apesar de o garoto de *Um Cinturão* (1945) ter tido o seu primeiro contato consciente com a “justiça” aos 4 ou 5 anos de idade, ele já havia sido interpelado pela ideologia jurídica, indiferentemente à sua vontade ou à sua consciência.

Ainda sobre o termo “justiça” estar empregado no conto de Graciliano Ramos como um conceito que é parte da ideologia jurídica, Louis Althusser (2008, p. 216-218) diz que a Justiça é o Sujeito desta ideologia. Este, com letra maiúscula refere-se ao Sujeito que, estando no centro de determinada ideologia (Idem, 2008, p. 290), interpela os indivíduos (sempre já-sujeitos, como anteriormente dito) para torná-los sujeitos, em uma relação de submissão dos sujeitos ao Sujeito e de constituição daqueles por este. A explicação do referido filósofo trata-se de uma abstração conceitual para a

compreensão do funcionamento da ideologia, mas, como veremos adiante, possui a sua base na concretude da realidade e das relações sociais.

Assim, conforme é retratado no texto em comento, o AIE familiar, que era para funcionar predominantemente pela ideologia, apresenta-se para o menino como repressão (violência física). O mesmo ocorre com o AIE jurídico. Da leitura do conto, extrai-se que Graciliano Ramos revela a dimensão ideológica do conceito de justiça, porém, em uma forma menos ideal, demonstrando a sua face repressiva. Dessa forma, o caso do cinturão ilustra ao leitor como esse conceito pode conter uma mera representação imaginária das relações de “injustiça” (de exploração e opressão) da realidade, e como a condição de sujeito ideológico conduz à submissão ao Sujeito, à Justiça enquanto conceito central da ideologia jurídica.

No caso do garoto, pela violência patente na relação, ele acaba tomando certa consciência de que está em uma posição de submissão ideológica e, principalmente, na relação objetiva, ao ser vítima das agressões e injustiças perpetradas pelo seu pai, mas sem conseguir sair desta posição. Contudo, em nosso cotidiano, veremos que a Justiça se manifesta de forma muito mais sutil, da qual não temos o conhecimento imediato, porém ainda mais poderosa do que no caso do conto e guardando por detrás de si relações de exploração ou violência tão atroz quanto nas quais o garoto figurou como vítima.

A vagueza, o descrédito e a própria ausência de uma definição precisa do conceito de justiça, como é ironizado por Graciliano Ramos em seu conto, são características contemporaneamente atribuídas ao referido termo pelo cidadão médio e deveriam ser esperadas frente a uma realidade de exploração e violência cotidianas. Entretanto, por mais que a sua idealização não corresponda à experiência sensível do trabalhador, este conceito ainda subsiste em um papel central na sociedade capitalista. Até mesmo uma parte considerável dos juristas que buscam estudar este conceito acaba por fazer uma análise a-histórica, ou seja, que não acompanha o marco histórico real de desenvolvimento, a concretude de nossa formação social, resultando na aparência de um conceito autônomo, sendo visto com um caráter natural ou racional, o que pode

ser elencado como uma das razões de as discussões acerca da “justiça” possuírem tamanha abstração e limitarem-se ao campo das ideias ou de técnicas jurídicas. Como dito pelo jurista soviético Evguiéni Pachukanis:

Sabemos precisamente quais condições materiais são necessárias para que essa característica “ideal”, “imaginária”, das coisas adquira um significado real [...] Conhecemos, dessa maneira, o substrato histórico real daquelas abstrações cognitivas que utilizamos e, com isso, verifica-se que os limites dentro dos quais a aplicação dessa abstração ganha sentido coincidem com o marco histórico real de desenvolvimento e são por ele determinados (Pachukanis, 2017, p. 83).

Assim, mesmo sendo, de fato, ideológico, o conceito de justiça possui a sua determinação pelo marco histórico real de desenvolvimento, pelas relações de produção e circulação, sendo uma abstração real, manifestando-se como força social objetiva (Kashiura Júnior, 2009, p. 177). Porém, como anteriormente dito, a justiça hoje é associada à ideologia jurídica como simples abstração, como se fosse meramente um aspecto intrínseco ao sistema geral do direito:

O justo burguês é considerado um conjunto racional. O Estado há de falar o justo, mas, mais importante do que buscar uma situação concreta em si mesma, o jurista burguês privilegia o sistema geral do direito. Daí deriva o fato de que à maioria dos juristas desde o século XIX, a segurança desse sistema é de fato muito mais relevante do que o justo de cada situação específica (Mascaro, 2021, p. 281-282).

Se a justiça, no capitalismo, não está mais ligada ao caso concreto e é concebida como, no âmbito jurídico, “tratar a todos igualmente”, isso se dá por uma necessidade de funcionamento e reprodução das próprias práticas e relações de produção e circulação. Nesse sentido, o sujeito (de direito) é o átomo da teoria jurídica; toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos (Pachukanis, 2017, p. 117). O sujeito, na própria relação social do ato da troca mercantil, precisa ser livre e igual para que possa dispor de si e da sua vontade na troca de mercadorias com outro sujeito. A qualidade de sujeito de

direito está atrelada à noção de igualdade formal, não por uma imperiosidade lógica, pela racionalidade do sistema geral do direito ou pela genialidade de um jurista que resolveu criar tal conceito, mas por advir das relações sociais objetivas e atender a sua reprodução (Naves, 2012, p. 12-13).

3. CONCLUSÃO

Tanto o trabalhador assalariado, privado dos meios necessários para produzir a própria subsistência, que sofre com a extração de mais-valor, quanto o menino que já está acostumado com apanhar de seus pais, convencem-se de que, naquela relação de exploração ou violência, há justiça, de que os sujeitos estão em uma relação justa e, deste modo, a Justiça, enquanto Sujeito da ideologia jurídica, dá a garantia absoluta de que tudo está bem assim (Althusser, 2008, p. 217), ou, quando há uma tomada de consciência por força da manifesta contradição entre o ideal de justiça e a realidade do cotidiano, convencem-se de que não há o que fazer por estarem em posição de tamanho grau de submissão, restando a sensação de impotência, como a descrita pelo menino do conto de Graciliano Ramos ao finalizar o relato acerca do seu primeiro contato com a justiça: “E ali permaneci, miúdo, insignificante, tão insignificante e miúdo como as aranhas que trabalhavam na telha negra” (Ramos, 1981, p. 35). Destarte, o nosso primeiro contato com a justiça, enquanto Sujeito da ideologia jurídica, dá-se antes mesmo de tomarmos consciência de nossa existência e, por trás deste conceito ideológico, estão relações objetivas de nosso cotidiano, baseadas na violência e exploração. Como é observado por Althusser:

O papel fundamental da Superestrutura, portanto, de todos os aparelhos de Estado, é garantir a perpetuação da exploração dos proletários e outros trabalhadores assalariados, isto é, garantir a perpetuação, portanto, a reprodução, das relações de produção que, ao mesmo tempo, são relações de exploração (Althusser, 2008, p. 223).

Quanto ao direito propriamente dito, o conceito de Justiça, para a maior parte dos juristas, perde de vista as suas raízes sociais. Em vez de ser concebida como fruto das relações sociais objetivas, a Justiça é tida como algo natural ou um fruto da razão, o

conceito ganha tamanha autonomia em virtude deste fetichismo que chega ao ponto de que basta que a "justiça seja justa", pouco importando as relações que estão sob esta abstração, sendo aceitas, em nossa sociedade, explorações e violências cotidianas, mas desde que, no interior da ideologia, sejam consideradas "justas". Nas palavras de Bernard Edelman:

"A um Relógio apenas se pede que indique as horas e à Justiça que seja justa. Basta ao direito dizer que o Homem tem um Poder, que este Poder protege o seu Interesse, e que a sua vontade livre é uma vontade que quer o seu Interesse para 'pôr em andamento' a ideologia jurídica. A tautologia é o processo último que permite agir sobre o real sem o denunciar, tanto 'na consciência comum (...) como entre os políticos e os juristas que, encarregados pela divisão do trabalho, do culto deste conceito, veem nele e não nas relações de produção, o verdadeiro fundamento de todas as relações de propriedade reais'" (Edelman, 1976, p. 35-36, grifo no original).

A breve reflexão aqui desenvolvida demonstra como a literatura pode ser um terreno fértil ao pensamento jurídico. Os conceitos da ideologia jurídica possuem grande impacto na produção cultural e estão presentes em obras literárias, como pode ser visto em "Um Cinturão" (1945), e a leitura crítica destas obras é capaz de contribuir a uma visão filosófica crítica acerca do fenômeno jurídico e, assim, conhecer o direito, a nossa realidade e transformá-la.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. **Iniciação à filosofia para os não-filósofos**. Tradução Rosemary Costhek Abilio. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

ARAÚJO, Jurema da Silva; COSTA, Maria Edileuza da. A poesia do canto: da fenomenologia de Bachelard a Graciliano Ramos. **Verbo de Minas**, Juiz de Fora, v. 17, n. 29, p. 30-46, jan./jul. 2016. Disponível em: <https://seer.cesjf.br/index.php/>

verboDeMinas/article/view/837. Acesso em: 23 abr. 2021.

DELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Tradução Soveral Martins e Pires de Carvalho. 1. ed. Coimbra: Centelha, 1976.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica**: Contribuição ao Pensamento Jurídico Marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito**: o direito como prática. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NAVES, Márcio Bilharinho. Prefácio. In: ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Tradução Livia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012, p. 9-16.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

RAMOS, Graciliano. Um cinturão. In: RAMOS, Graciliano. **Infância**. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 1981, p. 31-35.

SALBEGO, Nayara Nunes. Literatura e Crítica Social em Abolição e Liberdade, de Machado de Assis e Um Cinturão, de Graciliano Ramos. **Revista Idéias**, n. 22, p. 72-76, jul. /dez. 2005. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/revistaideias/Arquivos%20em%20PDF%20rev%2022/literatura%20e%20critica%20social%20em%20abolicao%20e%20liberdade.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

O PROJETO MARMITAS DA TERRA COMO UMA ALTERNATIVA AO SISTEMA ALIMENTAR HEGEMÔNICO: SOBERANIA ALIMENTAR À LUZ DO BEM VIVER⁶⁹

THE “MARMITAS DA TERRA” PROJECT AS AN ALTERNATIVE TO THE HEGEMONIC FOOD SYSTEM: FOOD SOVEREIGNTY IN THE LIGHT OF THE “BUEN VIVIR”

Daniela Scholze Montes⁷⁰

Maria Luiza Giglio Muller⁷¹

RESUMO

Pretende-se problematizar o sistema alimentar hegemônico que, fundamentado na mercantilização dos alimentos, limita as condições de manutenção da vida, fomentando uma cultura alimentar que demonstra ser nutricionalmente insuficiente e cuja produção ocorre em detrimento do equilíbrio ambiental. Diante disso, a proposta de segurança alimentar reitera o ideal desenvolvimentista responsável pela homogeneização do alimento, de modo que a noção de soberania alimentar pautada pelo movimento campesino internacional e a compreensão sociobiocêntrica oferecida pelo Bem Viver representam para o direito humano à alimentação adequada uma alternativa à indústria alimentícia. Assim, busca-se, por meio da metodologia analítico-bibliográfica, demonstrar que a resistência latino-americana vislumbra outra relação entre os indivíduos, a alimentação e a terra, a exemplo do projeto “Marmitas da Terra”.

Palavras-chave: Indústria alimentícia; direito humano à alimentação adequada; soberania alimentar; Bem Viver.

⁶⁹Submetido em 13 jun. 2021. Aprovado em 4 ago. 2021.

⁷⁰Acadêmica graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná, realiza pesquisa na área de direito ambiental pelo grupo de pesquisa e extensão em direito socioambiental EKO. E-mail: danielascholze@ufpr.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1736020555874500>.

⁷¹Acadêmica graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná, realiza pesquisa junto à Clínica de Direitos Humanos da UFPR. E-mail: mariamuller@ufpr.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5202092216151646>.

ABSTRACT

This article seeks to problematize the hegemonic food system which, based on the commodification of food, limits the maintenance conditions of life, promoting food production at the expense of environmental balance and spreading a food culture that proves to be nutritionally insufficient. Therefore, the food security proposal reiterates the developmental ideal responsible for the homogenization of food, so that the notion of food sovereignty guided by the international peasant's movement and the socio-biocentric understanding offered by Buen Vivir represent for the human right to adequate food an alternative to the food industry. Thus, it seeks, through the analytical-bibliographic methodology, to demonstrate that the Latin American resistance glimpses another relationship between individuals, food and earth, such as the "Marmitas da Terra" project.

Keywords: Food industry; human right to adequate food; food sovereignty; Buen Vivir.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende investigar o sistema alimentar hegemônico a partir da ideia de soberania alimentar, pautando o direito à alimentação adequada sob a ótica do Bem Viver. Nesse sentido, busca-se questionar o papel da indústria alimentícia para a efetivação do direito à alimentação adequada, bem como o custo ambiental implícito ao seu modo produtivo. Se a existência de uma lacuna é indicada pela persistência do problema da fome, mesmo diante da elevação da produtividade agrícola, o colapso do ecossistema evidencia a urgência do tema.

O objeto de estudo, dessa forma, delimita-se em torno da investigação das relações de produção, distribuição e consumo de alimentos no contexto do capitalismo do século XXI, bem como de suas implicações para o meio ambiente ecologicamente equilibrado e para a humanidade, tanto em aspectos culturais quanto nutricionais. Ademais, o acesso ao alimento de qualidade se restringe à medida que este modelo impõe um olhar mercadológico para o direito à alimentação, de modo que esta fica condicionada aos parâmetros do capital.

Nessa perspectiva, entende-se, como alternativa de enfrentamento aos problemas citados, que o conceito campesino de soberania alimentar complementa a concepção de Bem Viver trazida pela utopia indígena e amazônica na medida em que ambos colocam outras formas de relação entre homem, alimento e terra. Nesse âmbito, propõe-se analisar o projeto “Marmitas da Terra”, programa promovido desde abril de 2020 pelo Movimento Sem Terra em Curitiba e Região Metropolitana, cuja ação se volta para a distribuição de marmitas agroecológicas à população vulnerabilizada socialmente.

Constata-se, no contexto atual, a premência desse debate, posto que, se a exposição à precariedade já fazia parte do *modus operandi* do sistema econômico vigente, com o advento da pandemia do Covid-19 o agravamento dessas condições levou, no último trimestre de 2020, mais de 59% dos domicílios à insegurança alimentar, de acordo com pesquisa sobre os efeitos da pandemia na alimentação dos brasileiros (Galindo, 2021). Além disso, o mesmo estudo indica que os domicílios com algum grau de insegurança alimentar tiveram o consumo de alimentos tidos como saudáveis reduzido em mais de 85% (*Ibidem*), fato que expõe a existência de um vínculo entre a escassez de alimentos e a sua qualidade.

Sendo assim, almeja-se demonstrar que iniciativas populares pautadas na interdependência e solidariedade são capazes de apresentar horizontes para a desconstrução do sistema responsável por desequilíbrios ambientais e desigualdades, problemas atravessados pela colonialidade. Pretende-se demonstrar, desse modo, que a concretização do direito humano à alimentação adequada se dará por vias agroecológicas e comunitárias, dentre as quais figura o projeto Marmitas da Terra, que, em um movimento anti-hegemônico, se alinha à premente necessidade de construção de modos alternativos de vida.

2. O SISTEMA ALIMENTAR VIGENTE E A ALTERNATIVA DO BEM VIVER

O desperdício de um terço de toda a produção de alimentos no mundo, dos quais apenas 25% seriam suficientes para alimentar os 690 milhões de famintos em 2019 (FAO, 2020), ironiza o alarme malthusiano sobre a impossibilidade de sustento da

população. A contemporaneidade enfrenta o problema da fome de modo incongruente, uma vez que, diante das tecnologias agrícolas que elevaram a produtividade para além do suficiente, o excedente de alimentos produzidos se destinou não ao sustento dos desamparados, mas aos caprichos dos países desenvolvidos. Nesse âmbito, intrínseco ao *american way of life*, o desperdício tornou-se parte da cultura alimentar disseminada pelo sistema hegemônico – e ainda que evoque, *a priori*, uma imagem relacionada ao descarte de alimentos prontos, está presente em todas as etapas do processo produtivo, passando pelo processamento, transporte e armazenagem.

Para além disso, o desperdício se conecta diretamente com a mercantilização dos alimentos, que, transformados em *commodities*, passam a responder às leis do mercado – sobretudo em relação à necessidade de distribuição do produto em um território tão extenso quanto possível, em atenção à manutenção da oferta independentemente de sazonalidades. Nesse modo, ainda que o alimento represente uma necessidade primeira para a vida humana, à medida que carrega a semântica de um bem privado, a sua disponibilidade passa a estar atrelada às mesmas condições de acesso a qualquer outro produto, qual seja a propriedade.

Constatam-se, ainda, outras dificuldades relacionadas ao panorama apresentado, seja pelo forçoso desperdício de alimentos nas perdas inerentes a este modelo produtivo, seja pela necessidade crescente de processamento dos alimentos para que sejam assimilados por este sistema, porquanto tornam-se mais resistentes e vendáveis. Dessa forma, a cultura alimentar hegemônica se consolida diante da crescente presença de ultraprocessados nas dietas infantis (Baraldi, 2016), que consistem em formulações industriais derivadas de óleo, açúcar e gordura, quando não restritas a sínteses laboratoriais oriundas de matéria orgânica - como os corantes, aromatizantes e realçadores de sabor.

Isto posto, verifica-se que o consumo relativo desses alimentos se mostrou diretamente ligado à deficiência de micronutrientes (Louzada, 2015), de modo que a cultura alimentar vigente expõe a população à fome oculta (Castro, 2005), incluindo

famílias em situação de maior estabilidade econômica. À vista disso, destaca-se o vínculo essencial entre o elevado consumo de alimentos industrializados e o parâmetro mercadológico de alimentação, que pressupõe a possibilidade de comercialização em larga escala e maximização dos lucros do produtor.

Somam-se a isso os problemas característicos da monocultura de exportação – fundamento do sistema alimentar vigente – dentre os quais figuram os impactos ambientais decorrentes do desmatamento, do esgotamento de solos e do uso de agrotóxicos e, ainda, a homogeneização da produção e do consumo de alimentos, visto que 90% da safra mundial de grãos se divide entre milho, trigo e arroz (Faostat, 2019). Dessa forma, o cultivo único ainda impõe o uso de agrotóxicos e sementes geneticamente modificadas, insumos que estão sob o monopólio de poucas empresas⁷² cujo poder econômico é suficiente para fazer esquecer os inúmeros relatórios científicos que apontam para seus impactos ambientais.

Nesse sentido, o uso de agrotóxicos e transgênicos, ao passo que opera diretamente na seleção de organismos mais resistentes aos parâmetros criados em laboratório, configura uma ameaça à biodiversidade do planeta, a exemplo do desaparecimento dos insetos polinizadores - notadamente, das abelhas (Tirado; Simon; Johnston, 2013). Dessarte, a possibilidade de contaminação genética dos cultivos agroecológicos – refúgios de diversidade genética e menos vulneráveis a perdas catastróficas (Altieri, 2010) – reafirma o perigo que esses produtos representam para a vida.

É certo que a produção monocultora não objetiva, exclusivamente, a alimentação humana. Além da porção utilizada como matéria prima para alimentos ultraprocessados, parte do cultivo se destina a usos industriais não alimentícios, como o farmacêutico, além da porcentagem transformada em biocombustíveis e em ração animal. Contudo, à medida que 75% do alimento mundial se origina de 12 plantas e cinco espécies animais (UN [...], 2019), problematiza-se o impacto da predominância da produção extensiva na alimentação humana, uma vez que esse modelo produtivo

⁷²59% das sementes e 76% dos agrotóxicos que circulam mundialmente são controlados por apenas 6 empresas, de acordo com relatório produzido pelo ETC Group em 2013.

representa uma ameaça aos cultivos familiares e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, ao passo que a agropecuária é responsável por 70% do consumo mundial de água (FAO, 2011), constata-se que as produções agroecológicas realizam um melhor gerenciamento dos recursos naturais (Altieri, 2010). Ainda, em relação à pecuária, apesar de ocupar 75% das terras aráveis do planeta (Foley, 2011), representa apenas 12% das calorias consumidas globalmente (Cassidy, 2013), além de possuir uma expressão significativa entre as causas de desmatamento - um problema essencialmente latino-americano - visto que, de acordo com o INPE (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais), mais da metade do território desmatado na Amazônia destinou-se à produção de pasto (Almeida, 2016).

Em suma, à medida que se propaga o consumo padronizado de alimentos ditos "viajantes" (Esteve, 2017), verificam-se consequências tanto ambientais, pela degradação do solo, das águas e da saúde humana e animal, quanto socioculturais, diante do aprofundamento da desigualdade social e da miséria. Esse aumento da pobreza se deve à expulsão dos pequenos agricultores de suas terras, passando a ocupar, então, as periferias de grandes centros urbanos. Tal processo implica o desaparecimento do campesinato e de seus saberes e práticas tradicionais, o que acarreta, conseqüentemente, a extinção dos produtos locais e da própria agrobiodiversidade. Ademais, esse modelo produtivo fomenta a concentração de renda em prejuízo dos pequenos agricultores à medida que requer a utilização de insumos caros e plantas patenteadas. Ainda, a liderança da dinâmica distributiva dos alimentos produzidos por redes de supermercado nos inscreve na lógica de maximização do lucro, contribuindo para a precarização do trabalho rural e da agricultura familiar.

Para além disso, o desaparecimento do campesinato e a predominância da distribuição dos alimentos por supermercados determinam uma oferta limitada dos alimentos *in natura* e a preços muitas vezes inacessíveis. Nesse sentido, a obstrução das vias de acesso à comida de qualidade perpetua a ficção de uma escolha individual em relação

ao que se come, tornando os ultraprocessados a única alternativa para muitas famílias. Não obstante, a aparente segurança alimentar oferecida por estes alimentos traz implícito um agente propulsor de pobreza, doenças e desequilíbrio ecológico.

Em face desse cenário, infere-se a consolidação de uma cultura alimentar limitada nutricionalmente e insustentável em termos ambientais. Essa precarização da alimentação não se dá em cenário diverso daquele atravessado por colonialidades, cujos interesses estão entrelaçados aos daqueles que mais se beneficiam da homogeneização do consumo. O abandono, portanto, da ancestralidade, do conhecimento e da história como semântica em favor de uma alimentação inerte é indissociável da influência hegemônica sobre outros aspectos culturais, os quais refletem, essencialmente, a colonização dos próprios enquadramentos epistemológicos de interpretação da realidade. Nesse âmbito, a supremacia do viés mercadológico não apenas impõe um discurso falacioso sobre o que configura um alimento saudável – termo que nomeia, nas prateleiras de supermercados, os mais diversos tipos de alimentos ultraprocessados. A hegemonia desse viés também reitera a clássica oposição entre homem e natureza (Kheel, 2019), que fundamenta a inconsequente dinâmica de exploração empreendida pela humanidade em direção ao desenvolvimento.

Dessa forma, a compreensão da natureza como objeto à livre disposição para o manejo humano tem sido fundamento de explorações predatórias cujo pretexto é a ideia de progresso. Estas, se à primeira vista são criadoras de desigualdades sociais, de maneira latente configuram comportamentos autodestrutivos, porquanto ameaçam a continuação da vida humana e não humana. Nesse sentido, além de ratificar uma relação com a natureza essencialmente antropocêntrica, a cultura alimentar difundida pela Modernidade objetiva a massificação das dietas, as quais, na medida em que se relacionam com o atributo da facilidade, são compostas por comida mais rápida, supostamente mais prática, mais durável e mais comprável; comida que pode aguardar por meses em prateleiras e ser consumida em minutos. A dieta global do

progresso representa, assim, a superação semântica do alimento, posto que os indícios de proximidade de uma “vida melhor” são verificados à medida que menos se aflija o sujeito⁷³ em relação a necessidades básicas. Sendo assim, do *shopping* mais próximo à marmitta com maior desconto no aplicativo, essa lógica orienta o almoço de boa parte da população com base em critérios circunstanciais, privilegiando uma alimentação passiva e pouco nutritiva que perpetua o abandono de seu caráter histórico e ancestral.

Compreende-se, assim, que o modelo alimentar hegemônico coaduna com o imperativo do progresso, o qual, à medida que se realiza pela ocidentalização do mundo, tendo inconcebível a ideia de multiculturalidade, culmina na homogeneização de dietas. Traça, ainda, um caminho unilinear pautado na projeção futura de uma vida melhor, assumindo-a como meta não obstante as “vidas piores” que são implícitas neste processo. Tal objetivo, ao passo que realiza a premissa inquestionável de uma evolução linear, identifica-se, ainda, com a ideia de um desígnio individual, apesar de concebido no imaginário coletivo: quem busca a vida melhor o faz para si, relegando ao outro o que lhe couber e restar, assegurada a autorrealização. Nesse modo, à medida que a ilusão de um viver melhor é colocada em pauta, a fantasia da superação do “problema” da comida para alguns se projeta na absoluta falta para outros, que convivem diariamente com a fome.

Contrapõe-se a isto a concepção do Bem Viver (Acosta, 2016), originada de perspectivas dos povos e comunidades tradicionais da América Latina, que retrata uma cosmopercepção alicerçada na interdependência.⁷⁴ Nesse âmbito, contrasta com a meta de viver melhor à medida que é pautado por uma ética de suficiência, que se atenta para o “aqui” e o “agora”, sem colocar em risco as gerações futuras. Contempla, desse modo, a ideia de uma autoconsciência em relação ao ato de comer, colocando em questão o que constitui o saudável e a saúde, oferecendo compreensões

⁷³Considera-se por sujeito, aqui, o sujeito passível de luto, segundo a perspectiva apresentada por Judith Butler (2018) em “Corpos em aliança e a política das ruas: quando a vida é passível de luto?”. Entende-se, no contexto apresentado, que a promessa de vida digna estende-se àqueles que são sujeitos do progresso, ao passo que outras vidas, não consideradas merecedoras de luto e proteção e muitas vezes não reconhecíveis como vidas, são colocadas à margem.

⁷⁴O Bem Viver alia-se ao entendimento andino de Pachamama, no contexto do novo constitucionalismo latinoamericano, o qual ficou conhecido por incorporar a natureza aos sujeitos de direito das constituições da Bolívia e do Equador.

alternativas da relação entre homem e mundo. Nesse sentido, o Bem Viver rompe com as dicotomias da razão moderna que tiram o homem da natureza e estabelecem os binarismos hierárquicos de valor, ferramentas de manutenção da lógica de dominação (Warren, 2000). Propõe, assim, que a existência seja pautada pela relação entre sujeitos, conforme ensina Arturo Escobar:

Ambas as ideias – os Direitos da Pacha Mama e o Buen Vivir – se baseiam em noções de vida em que todos os seres (humanos e não humanos) existem sempre na relação entre sujeitos, não entre sujeitos e objetos, e de nenhuma maneira individualmente (Escobar apud Acosta, 2016, p. 79).

Nessa linha, apesar do termo surgir da utopia indígena e amazônica, complementa-se e amplia-se a partir de outras percepções, posto que não é colocado como um objetivo dogmático, mas como um objetivo a ser construído na relacionalidade e complementaridade. Acosta ilustra, nesse sentido, que o Bem Viver integra outras visões humanistas ou antiutilitaristas, sendo conhecido ao redor do mundo por diferentes nomes. Ademais, em contraste com o conceito de desenvolvimento sustentável, que conserva a ideia de evolução linear em direção a uma meta única pré-determinada, a perspectiva latino-americana rejeita a compreensão de um caminho unilinear, não possuindo indicadores capazes de destruir o potencial transformador de ideias inovadoras e de romper com a singularidade do movimento de incorporação de novas ideias.⁷⁵

Sendo assim, o Bem Viver declina o *status* de conceito, consistindo, fundamentalmente, em uma vivência pós desenvolvimentista que oferece uma compreensão alternativa sobre o ser na terra, em uma diferente forma de existência. Acredita, desse modo, na originalidade dos conhecimentos produzidos por grupos periféricos e marginalizados pela Modernidade, os quais revelam um ponto de partida para a desconstrução da matriz colonial e, conseqüentemente, do sistema alimentar hegemônico. Forjada nas lutas populares, essa perspectiva instiga o questionamento a

⁷⁵ Nas palavras de Alberto Acosta: “Assim, de alguma maneira, as Nações Unidas, ao institucionalizarem o desenvolvimento humano em um único indicador, mataram seu potencial transformador. Algo similar pode estar ocorrendo com o indicador da felicidade – e poderia acontecer também com o Bem Viver” (Acosta, 2016, p. 71).

respeito dos critérios estabelecidos de validação do real, que ditam de maneira contingente o que se come. Defende-se, dessa forma, que o Bem Viver constitui uma alternativa ao sistema alimentar vigente formulada a partir de baixo e de dentro, na medida que configura uma vivência sociobiocêntrica capaz de transformar a relação do homem com o alimento e a terra.

3. O RECONHECIMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E A QUESTÃO DA SEGURANÇA ALIMENTAR

O direito à vida, no que se refere à questão dos direitos humanos, ocupa posição fundamental em relação ao exercício de qualquer outro direito. Nesse sentido, evidencia-se que as condições de sobrevivência do corpo biológico dependem da satisfação de necessidades básicas, dentre as quais se destaca o acesso à comida. Sendo assim, propõe-se analisar o direito humano à alimentação adequada como condição para o exercício do direito à vida, tendo em consideração, também, a relação entre o sistema alimentar vigente e a problemática da comida no contexto global.

Destarte, entende-se que, apesar da universalidade teórica do direito à vida, muitos não possuem as condições mínimas necessárias à sobrevivência, de forma que o direito à vida é convertido em produto, alienando-se, portanto, de sua qualificação como direito fundamental. Em relação a isso, disserta o engenheiro agrônomo Jean Luis Vivero Pol, sobre a qualificação dos bens essenciais para a garantia do direito à vida (água, ar e alimentos) como bens públicos ou privados. Para o autor, os três itens mencionados como essenciais deveriam ser garantidos para todos, de modo que destaca a problemática designação do alimento cultivado como um bem privado (Pol, 2019, p. 48-50).

Nessa perspectiva, o direito humano à alimentação adequada, previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), está intimamente ligado à garantia de saúde e bem-estar, podendo ser considerado tanto um resultado quanto um pré-requisito do exercício do direito à vida, de forma que se configura, entre esses direitos, uma relação de interdependência. Sob essa ótica, o art. 11 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Idem, 1966) amplia a

definição do direito em questão, determinando a atuação dos Estados e a cooperação internacional para promover a universalização do direito de proteção contra a fome. Contudo, apesar das disposições internacionais com relação ao tema e do notável esforço institucional no sentido de promover o acesso universal à comida, no contexto da mercantilização de alimentos proposto pelo modelo agrícola industrial, entende-se que o debate com relação à efetivação do direito humano à alimentação adequada não pode ser exclusividade do campo legal (Bezerra; Isaguirre, 2014).

Soma-se a isso a problemática da fome. Se, a princípio, ela foi tida como uma consequência natural da existência, sujeita a variações climáticas e a diminuições na força de trabalho por motivos diversos, após a Revolução Industrial (Iandoli, 2020) e, sobretudo, após o desenvolvimento de tecnologias agrícolas capazes de diminuir o impacto das condições climáticas para o cultivo, passou a ser pautada como problema humanitário passível de enfrentamento. No que se refere à contemporaneidade, destaca-se a criação, em 1945, da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) com o intuito de combater a fome e a desnutrição. Com a realização de eventos como a Campanha Mundial de Combate à Fome, que ocorreu entre 1960 e 1965, a FAO pretende estabelecer propósitos a serem seguidos internacionalmente para a erradicação do problema da fome.

Não obstante, os dados de tal organização demonstram, em 2019, um aumento de 60 milhões de pessoas famintas em 5 anos (FAO, 2020). Ademais, constata-se também a problemática da fome oculta, a qual, caracterizada pela deficiência de vitaminas e minerais, atingiu 340 milhões de crianças em 2019, segundo o estudo Situação Mundial da Infância (UNICEF, 2019). Isto posto, pode-se compreender que o sistema alimentar hegemônico prejudica a universalização do direito à alimentação adequada para além da questão de acesso suficiente aos alimentos necessários para a sobrevivência, já que contempla, ainda, os problemas decorrentes da difusão de uma cultura alimentar pouco nutritiva pela indústria alimentícia, marcada pela produção de alimentos ultraprocessados e com calorias vazias.

Questiona-se, portanto, a eficácia da atuação de organizações internacionais em suas

tentativas de salvaguardar o direito humano à alimentação adequada. Nesse sentido, destaca-se também o conceito de Segurança Alimentar, que, historicamente, é relacionado ao acesso físico e permanente a quantidades suficientes de alimentos (ABRANDH, 2010). Sob esse ponto de vista, a questão da fome estaria associada tanto à insuficiência na produção de alimentos, especialmente em países pobres, quanto à sua distribuição, de forma que a maior produtividade, no que se refere à agricultura, e a possibilidade de exportação de alimentos não perecíveis, trazida pela indústria de alimentos, poderiam solucionar o problema. Assim, a falta de recursos financeiros seria o principal obstáculo para a garantia de Segurança Alimentar, de modo que a atuação das principais organizações internacionais que tratam de direitos humanos mostra-se omissa na atribuição de responsabilidade do sistema alimentar vigente no que se refere à questão da fome.

Deste modo, a concepção de segurança alimentar, partindo de uma atuação reformista de organizações internacionais no combate à fome e, portanto, visando a garantia do direito à alimentação adequada, aparenta ser insuficiente para contemplar esse direito, haja vista a falta de uma análise crítica com relação ao complexo agroalimentar industrial. Por esse ângulo, reitera-se a concepção do problema da fome e da deficiência nutricional como uma questão inerente à lógica do alimento como *commodity*. Em contraste, a proposta de uma alimentação de qualidade, nutritiva, consciente, culturalmente adequada e saudável deve ter como pressuposto a busca por uma alternativa à indústria alimentícia, diante da plena efetivação da alimentação como direito, tendo em vista os aspectos multiculturais de proteção aos direitos humanos (Bezerra; Isaguirre, 2014).

A partir disso, a Via Campesina, movimento internacional que integra organizações camponesas, trabalhadores agrícolas e comunidades tradicionais, propõe o conceito de soberania alimentar, que, tendo as questões ambientais e culturais como elementos centrais, valoriza a autonomia e o poder dos povos, sendo definida como:

[...] o direito dos povos definirem suas próprias políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos que garantam

o direito à alimentação para toda a população, com base na pequena e média produção, respeitando suas próprias culturas e a diversidade dos modos camponeses, pesqueiros e indígenas de produção agropecuária, de comercialização e gestão dos espaços rurais, nos quais a mulher desempenha um papel fundamental [...]. A soberania alimentar é a via para se erradicar a fome e a desnutrição e garantir a segurança alimentar duradoura e sustentável para todos os povos. (Declaração final do Fórum Mundial de Soberania Alimentar, assinada pela Via Campesina, Havana, Cuba/2001, apud Campos; Campos, 2007, p. 7).

A Via Campesina pauta, além da necessidade de priorizar a produção agrícola local para alimentar a população, o acesso dos camponeses e dos sem-teto à terra, à água, às sementes e ao crédito. Nesse sentido, a organização luta contra o uso de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e defende a reforma agrária e o livre acesso a sementes, mercado atualmente controlado por multinacionais, e à água, que, como bem público, deve ser limpa e de qualidade. Ademais, tendo em consideração a defesa dos direitos dos povos de decidirem o que querem comer, como e por quem esse alimento deve ser produzido, a Via Campesina aborda a soberania alimentar no contexto internacional, a partir da ideia de que os países devem poder proteger seu mercado interno de importações agrícolas muito baratas, fortalecendo a produção local de alimentos adequados a partir de uma perspectiva multicultural, preservando recursos ambientais (Via Campesina, 2003).

Desse modo, a Soberania Alimentar se constitui como um projeto que pretende promover a afirmação cultural dos povos tradicionais, a valorização dos pequenos agricultores e a preservação ambiental, questionando a relação de exploração do homem sobre a natureza, como forma de resistência à colonialidade cultural inerente à dinâmica alimentar predominante. A partir do poder popular de escolha sobre a produção, distribuição e consumo de alimentos – o que é produzido, por quem é produzido e como é produzido –, o movimento por Soberania Alimentar representa o esforço anti-hegemônico por uma alimentação política.

Sob este prisma, embora falsas concepções acerca da produtividade da agricultura familiar sejam amplamente difundidas, se substituídos os parâmetros de avaliação das colheitas – originalmente calculadas isoladamente – e considerada a produção total, a agricultura familiar mostra-se mais eficiente do que os grandes sistemas agrícolas. Assim, entende-se que o modelo difundido pela Soberania Alimentar, constituído a partir da policultura em pequena escala combinada ao uso de métodos agroecológicos, pode ser uma ferramenta válida como parte do processo de universalização do direito humano à alimentação adequada, em oposição à monocultura de exportação e ao uso de organismos modificados e agrotóxicos instituído pela indústria alimentar (Altieri, 2010).

Destarte, constatada a relação inversamente proporcional entre produtividade e tamanho de exploração agrícola, que tem por causa o melhor aproveitamento pela agricultura camponesa dos recursos naturais necessários para a produção de alimentos – quais sejam, a terra, a água e a biodiversidade –, demonstra-se o potencial da luta por soberania alimentar como um caminho para a garantia do direito à alimentação adequada. Isso se dá pelo fato de a referida luta se calcar na produção de alimento suficiente e de qualidade, em oposição ao sistema de sujeição de alimentos aos interesses do capital, conforme perspectiva do engenheiro agrônomo Miguel Altieri:

Somente mudando o modelo industrial agrícola dirigido à exportação e baseado no livre comércio das grandes explorações agrícolas será possível frear a espiral descendente da pobreza, os salários baixos, a migração rural e urbana, a fome e a degradação ambiental. Os movimentos sociais rurais abraçam o conceito de soberania alimentar como uma alternativa ao método neoliberal que acredita num comércio internacional injusto para solucionar o problema da comida do mundo (*Ibidem*, p. 30).

A partir disso, tendo em consideração o caráter anti-hegemônico da luta por Soberania Alimentar, pretende-se relacioná-la à construção do Bem Viver, como uma alternativa pluricultural à ideia de desenvolvimento proposto pela estrutura vigente. Nesse sentido, a Soberania Alimentar seria uma das possíveis expressões práticas do Bem

Viver, que, a partir da valorização dos conhecimentos de povos indígenas, pretende restabelecer a conexão entre o ser humano e a natureza, à luz da *pachamama* como sujeito de direito (Acosta, 2016).

Nessa perspectiva de contestação da ideia de progresso, a Soberania Alimentar, assim como o Bem Viver, se insere no contexto de enfrentamento da estrutura econômica, vestígio de políticas coloniais e imperialistas. A partir da valorização da autonomia popular na definição de práticas alimentares, a concepção de Soberania Alimentar se fundamenta justamente na recusa do modo de produção de alimentos predominante, responsável pelo apagamento das culturas de diversos povos em face do projeto de padronização cultural (Gimenes-Minasse, 2013). Deste modo, a luta por Soberania Alimentar, por meio da defesa da produção de alimentos adequados à pluralidade de contextos socioculturais, se enquadra na concepção decolonial intrínseca ao modo de vida proposto para a construção do Bem Viver.

Além disso, a busca por Soberania Alimentar como um direito também coaduna com a perspectiva de preservação ambiental existente na filosofia do Bem Viver, haja vista sua fundamentação na produção de alimentos sem prejuízo da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, o modo de produção, distribuição, venda e consumo de alimentos pautado na autonomia popular e na garantia do direito à alimentação adequada, forjado nos métodos da agricultura camponesa e no conhecimento de povos tradicionais, em oposição ao corporativismo imposto pela indústria alimentar, pode ser considerado uma expressão prática da cosmopercepção descrita pelo Bem Viver, que propõe uma renovação da relação entre o ser humano e a natureza, a partir das crenças de povos tradicionais.

Em suma, destaca-se que o Bem Viver se constitui de diversas maneiras e, conforme perspectiva de Alberto Acosta, é “[...] por um lado, um caminho que deve ser imaginado para ser construído, mas que, por outro, já é uma realidade” (Acosta, 2016, p. 69). Nesse sentido, a luta por Soberania Alimentar, sendo classificada como uma proposta alternativa ao modo de produção de alimentos perpetuado pelo sistema econômico vigente, pode ser considerada uma das práticas do Bem Viver. À vista de

seu caráter decolonial, ambientalmente adequado e humanista, a busca pela universalização do direito à alimentação adequada por meio dos movimentos sociais rurais que pautam a soberania alimentar se alinha à construção do modo de vida alternativo proposto pela filosofia do Bem Viver.

4. O PROJETO MARMITAS DA TERRA COMO CAMINHO PARA A CONSTRUÇÃO DO BEM VIVER

No contexto de grande concentração fundiária presente no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra atua na luta pela garantia da função social da terra, prevista no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o MST pauta a reforma agrária e propõe novas formas de se relacionar com a terra, resistindo ao sistema de especulação fundiária marcado pelos latifúndios improdutivos, como decorrência da estrutura econômica vigente. Assim, sob a máxima “Terra para quem trabalha, comida para quem tem fome”, o movimento popular firma a aliança entre a luta pela reforma agrária e outros aspectos da busca por justiça socioambiental. Por meio da promoção da Soberania Alimentar, iniciativas do MST como o projeto “Marmitas da Terra” se enquadram no contexto de defesa e preservação dos direitos humanos, como o direito à alimentação adequada.

Pretende-se, neste âmbito, analisar este projeto a partir da problematização do sistema alimentar vigente e da proposição da soberania alimentar como caminho para a construção do Bem Viver. À vista disso, cumpre destacar, *a priori*, a precisão semântica na escolha do nome do projeto, posto que os significados evocados por meio do paralelismo entre “marmitas” e “terra” enfatiza a relação entre os alimentos e sua origem, em contraste com os constantes esforços da indústria alimentar pela subversão desse vínculo. Destarte, o resgate dessa relação confronta a autodenominação da indústria como origem da comida, representando, assim, uma forma alternativa de lidar com a questão alimentar. O alimento, desse modo, passa a ser compreendido enquanto resultado da combinação de semente, terra e trabalho, em oposição à ideia de produto obtido mediante dinheiro e sujeito aos interesses do mercado.

Dessa forma, o projeto Marmitas da Terra surge como uma iniciativa do MST para

combater o agravamento das desigualdades inerentes ao sistema econômico vigente que expôs, no contexto da pandemia de Covid-19, a parcela mais vulnerabilizada da população ao desemprego, à fome e ao medo. Por meio do preparo e distribuição de marmitas agroecológicas para pessoas em situação de rua em Curitiba, o MST busca minimizar os impactos da pandemia na vida da população socialmente fragilizada, a qual também recebe água, frutas e máscaras. Nesse contexto, a atuação do movimento se contrapõe à desconsideração do Poder Público com relação às necessidades básicas dos indivíduos à margem da sociedade, haja vista a existência de propostas como o projeto de lei da Prefeitura de Curitiba que confere mudanças ao Programa Mesa Solidária⁷⁶, que pretende estabelecer critérios regulatórios que dificultam a distribuição de alimentos, agindo ativamente contra a salvaguarda do direito à alimentação.

Nessa perspectiva, ocorrendo semanalmente desde abril de 2020, a iniciativa, que conta com a participação de voluntários externos, atingiu em abril de 2021 o total de 51 mil marmitas distribuídas. Se, inicialmente, com 20 voluntários, eram distribuídas cerca de 250 marmitas por semana, com a ampliação do projeto e o aumento do número de voluntários, no início de abril de 2021 chegaram a ser distribuídas 1100 marmitas em apenas um dia, entre o centro e a periferia de Curitiba, não apenas para pessoas em situação de rua, como também para moradores de ocupações urbanas. Em acréscimo, o projeto social, pautado na solidariedade e na agroecologia, também realiza a doação de grandes quantidades de alimentos, totalizando 533 toneladas de frutas, verduras, hortaliças e legumes doados até o momento, comprometendo-se, assim, com a promoção do direito à alimentação adequada para a parcela vulnerabilizada da sociedade.⁷⁷

Além do preparo e distribuição das marmitas, os mutirões de plantio, manejo e

⁷⁶Projeto de Lei Ordinária (Nº005.00103.2021) encaminhado à Câmara Municipal de Curitiba pela Prefeitura com o intuito de regular a atuação de entidades particulares na distribuição de alimentos para pessoas em situação de rua, proibindo a distribuição de alimentos sem autorização prévia ou fora das datas, horários e locais previamente determinados, com a previsão de advertências, multas e exclusão do programa para entidades que descumprirem as normas estabelecidas. Além de movimentos sociais e partidos políticos, a Defensoria Pública do Paraná e a Pastoral do Povo da Rua da Arquidiocese de Curitiba se manifestaram contra a proposta, que foi posteriormente alterada (Substitutivo Geral Nº031.00016.2021).

⁷⁷Os dados nesta seção foram retirados de vídeos e posts publicados nos perfis do projeto Marmitas da Terra, do MST e do MST Paraná em redes sociais (Facebook e Instagram), além do site do MST, cujos links se encontram no final da seção de referências do presente artigo.

colheita dos alimentos que serão utilizados também fazem parte da iniciativa, que se demonstra intimamente relacionada à perspectiva de Soberania Alimentar, visto que integra, desde o cultivo, todas as etapas necessárias para a distribuição das marmitas. Semeia-se, portanto, uma cultura de autonomia e poder popular sobre a forma como se estabelece a relação com a comida – o que, por quem e como o alimento é produzido – a partir de conhecimentos camponeses, da agroecologia e da solidariedade. Com o intuito de reduzir os danos causados pela valorização do capital em detrimento do direito à vida, o projeto Marmitas da Terra representa um enfrentamento ao sistema econômico vigente, se inserindo no contexto de construção de alternativas à conjuntura presente.

Mais do que fornecer alimentos para as pessoas em situação de rua, o MST deseja garantir a segurança alimentar, incluindo nas marmitas alimentos nutritivos que fazem parte da alimentação dos próprios camponeses. Nesse sentido, destaca-se também a busca por uma maior diversidade alimentar com a inclusão de cereais, leguminosas e hortaliças nas marmitas, em oposição à padronização das dietas imposta pela lógica do mercado. Diante disso, as marmitas preparadas com alimentos oriundos do assentamento Contestado, na região metropolitana de Curitiba, representam, portanto, a síntese de um projeto político para a alimentação, que se fundamenta em visões humanistas e ecológicas, partindo da promoção da Soberania Alimentar, como parte da construção de caminhos para o Bem Viver.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a partir da problematização do sistema alimentar vigente, pode-se notar uma incongruência entre as metas estabelecidas por órgãos internacionais no que se refere ao direito à alimentação adequada e a garantia efetiva de tal direito, uma vez que, inserido no contexto de maximização de lucros imposto pelo capital, é submetido, como outros direitos humanos, aos interesses do mercado. Nesse sentido, reforça-se a necessidade de formulações alternativas para o enfrentamento da questão da fome e da deficiência nutricional, que, embora agravada no contexto pandêmico, nada mais é do que a persistente representação de uma estrutura falha com relação à proteção do

direito humano à alimentação.

Diante da necessidade de proposições alternativas para a resolução do problema em questão, o movimento por Soberania Alimentar compreende a perspectiva multicultural dos direitos humanos, promovendo, na luta pela garantia do direito à alimentação, a aproximação entre o indivíduo e a natureza. Tal aproximação também é contemplada, sob essa mesma lógica, pela ideologia do Bem Viver, que, pautada na valorização das crenças e conhecimentos de povos tradicionais, simboliza a busca por formas alternativas de viver, tendo o respeito pelos indivíduos, pelo meio e pela vida em si como elementos centrais.

À vista disso, o projeto Marmitas da Terra, como fruto da luta pela reforma agrária, concretiza a busca pela efetivação do direito à alimentação adequada por meio da Soberania Alimentar e em consonância com os ensinamentos de povos que nutrem uma relação alternativa com o ambiente, alheia à mercantilização dos corpos e da natureza, cujo fundamento é a idealização do progresso. Isto posto, partindo da premissa de que comer é um ato político, a atuação do MST por meio do projeto Marmitas da Terra é ainda mais simbólica quando considerada a intensificação da vulnerabilidade social imposta a determinados grupos de indivíduos no cenário pandêmico.

A partir da problematização do sistema vigente e da apresentação de alternativas pautadas em princípios diversos da lógica do mercado, evidencia-se a necessidade de criação de práticas que, como o projeto Marmitas da Terra, efetivem a concepção de Soberania Alimentar, fazendo parte da construção do Bem Viver. Semeando e cultivando caminhos alternativos para a alimentação, os movimentos por Soberania Alimentar proporcionam, portanto, a reintegração de homem e natureza para além de uma concepção idealista: proporcionam um modo de vida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANDH (Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos). **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional**. 2010.

Disponível em: https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.

ALMEIDA, Cláudio Aparecido de et al. High spatial resolution land use and land cover mapping of the Brazilian Legal Amazon in 2008 using Landsat-5/TM and MODIS data. **Acta Amaz.**, Manaus, v. 46, n. 3, p. 291-302, setembro, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0044-59672016000300291&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 mar. 2021.

ALTIERI, Miguel. Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar. **Revista NERA** (Núcleo de estudos, pesquisas e projetos de reforma agrária), Presidente Prudente: UNESP, ano 13, n.16, p.22-32, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/1362>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BARALDI, Larissa Galastri. **Consumo de alimentos ultraprocessados e qualidade nutricional da dieta na população americana.** 2017. Tese (Doutorado em Nutrição em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6138/tde-06042017-093026/publico/LarissaGalastriBaraldiREVISADA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BEZERRA, Islandia; ISAGUIRRE, Katya. Direito humano à alimentação adequada (DHAA): A discussão da "Geografia da fome" à sua proteção jurídica no Brasil. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, v. 19, n. 3, set./dez. 2014, p. 675 - 692. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2715>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BUTLER, Judith. **Quadros de Guerra: quando a vida é passível de luto?** 1. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2015.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria**

performativa da assembleia. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CAMPOS, Christiane Senhorinha Soares; CAMPOS, Rosana Soares. Soberania Alimentar como alternativa ao agronegócio no Brasil. **Scripta Nova**, revista electrónica de geografia y ciencias sociales. Universidad de Barcelona, Vol. XI, núm. 245 (68), 1 de agosto de 2007.

CASSIDY, Emily S. et al. Redefining agricultural yields: from tonnes to people nourished per hectare. **Environmental Research Letters**, [S. l.], v. 8, n. 3, p. 034015, 2013. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/8/3/034015/meta#back-to-top-target>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CASTRO, Josué. **Geografia da fome: o dilema brasileiro: pão ou aço.** 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CURITIBA, Câmara Municipal. **Projeto de Lei Ordinária Nº 005.00103.2021 (Programa Mesa Solidária)**, 29 de março de 2021. Institui o Programa Mesa Solidária no Município de Curitiba, no âmbito da Secretaria Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional - SMSAN, e dispõe sobre procedimentos para a distribuição de alimentos a pessoas em situação de vulnerabilidade e risco social. Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&ordena=005.00103.2021&pro_id=433343&popup=s&chamado_por_link&PESQUISA. Acesso em: 13 abr. 2021.

CURITIBA, Câmara Municipal. **Substitutivo Geral Nº 031.00016.2021**, 6 de abril de 2021. Substitutivo Geral ao Projeto de Lei constante da Proposição nº 005.00103.2021 (Mensagem nº 013), que "Institui o Programa Mesa Solidária no Município de Curitiba, no âmbito da Secretaria Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional - SMSAN, e dispõe sobre procedimentos para a distribuição de alimentos a pessoas em situação de vulnerabilidade e risco social". Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&ordena=031.00016.2021&pro_id=433658&popup=s&chamado_por_link&PESQUISA. Acesso em: 13 abr. 2021.

ESTEVE, Esther Vivas. **O negócio da comida: quem controla nossa alimentação?** 1. ed. São Paulo: Expressão Popular. 2017.

FAO. AQUASTAT online database. Disponível em: <http://www.fao.org/nr/water/aquastat/data/query/index.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FAO. **The role of producer organizations in reducing food loss and waste**, 2012. 6 p. Disponível em: www.fao.org/docrep/016/ap409e/ap409e.pdf. Acesso em: 20 Mar. de 2021.

FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO. **The State of Food Security and Nutrition in the World (SOFI)**. Roma: FAO. 2020. 320 p. Disponível em: <https://doi.org/10.4060/ca9692en>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FAO. FAOSTAT. Disponível em: <http://www.fao.org/faostat/en/#compare>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FOLEY, Jonathan A.; RAMANKUTTY, Navin; BRAUMAN, Kate A.; et al. Solutions for a cultivated planet. **Nature**, [S. l.], v. 478, n. 7369, p. 337–342, 2011. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature10452>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GALINDO, Eryka; TEIXEIRA, Marco Antonio; ARAÚJO, Melissa De; MOTTA, Renata; PESSOA, Milene; MENDES, Larissa; RENNÓ, Lúcio. Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil. **Food for Justice Working Paper Series**, Berlin, no. 4. Food for Justice: Power, Politics, and Food Inequalities in a Bioeconomy, 2021. Disponível em: https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/29813/WP_%234_final_version.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2021.

ETC Group. “Gene Giants Seek “Philanthropopoly”. 2013. Disponível em: <https://www.etcgroup.org/content/Ecomm-gene-giants-seek-philanthropopoly>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GIMENES-MINASSE, Maria. Comida como cultura? Notas sobre a padronização cultural alimentar e sua relação com o turismo gastronômico. **Gestión Turística**, Valdivia:

Universidad Austral de Chile, n. 19, jan./jun. 2013, p. 41-56. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/2233/223348205004.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

IANDOLI, Rafael. Mundo produz comida suficiente, mas fome ainda é uma realidade. **Nexo Jornal**, setembro de 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/09/02/Mundo-produz-comida-suficiente-mas-fome-ainda-%C3%A9-uma-realidade>. Acesso em: 30 mar. 2021.

JACOMINI, Grasiani. Prefeitura anuncia mudanças no projeto do Mesa Solidária. **CBN Curitiba**, Curitiba, abril de 2021. Disponível em: <https://cbncuritiba.com/prefeitura-anuncia-mudancas-no-projeto-do-mesa-solidaria/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

KHEEL, Marti. **A contribuição do ecofeminismo para a ética animal**. In: Ecofeminismos: fundamentos teóricos e práxis interseccionais. ROSENDO, Daniela (org.). Rio de Janeiro: Ape'Ku, 2019, p. 29-40.

LOUZADA, Maria Laura da Costa et al. Impact of ultra-processed foods on micronutrient content in the Brazilian diet. **Revista de Saúde Pública** [online], 2015, v. 49. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2015049006211>. Acesso em: 20 mar. 2021.

NOVAES, Dulcineia; SARZI, Lucas. Prefeito Rafael Greca cria projeto de lei para multar quem distribuir comida a sem-teto sem autorização em Curitiba. **G1**, Curitiba, março de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/03/31/prefeito-rafael-greca-cria-projeto-de-lei-para-multar-quem-distribuir-comida-a-moradores-de-rua-sem-autorizacao-em-curitiba.ghtml>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 Mar. de 2021.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

POL, Jean Luis. Alimentos como bens comuns: uma nova perspectiva sobre a narrativa do sistema alimentar. In: CORRÊA, Leonardo [organizador]. **Diálogos sobre o direito humano à alimentação adequada**. Juiz de Fora, MG: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019.

TIRADO, R.; SIMON, G.; JOHNSTON, P. **El declive de las abejas**. Peligros para los polinizadores y la agricultura de Europa. Amsterdam: Greenpeace Internacional, 2013. Disponível em http://archivo-es.greenpeace.org/espana/Global/espana/report/Agricultura-ecologica/el_declive_de_las_abejas.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

UN Biodiversity Convention partners with Slow Food International in celebrating the International Day for Biological Diversity. Publicado em 22 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/press/2019/pr-2019-05-22-idb-en.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

UNICEF. **Situação Mundial da Infância 2019**. Outubro de 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/situacao-mundial-da-infancia-2019-crianca-alimentacao-e-nutricao>. Acesso em: 25 mar. 2021.

VÍA CAMPESINA. **¿Qué significa soberanía alimentaria?** Web Vía Campesina, 2003. Disponível em: <https://viacampesina.org/es/que-significa-soberanalimentaria/>. Acesso em: 25 mar. 2021.

WARREN, Karen J. **Ecofeminist philosophy: A Western perspective on what it is and why it matters**. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.

Páginas do MST e do projeto Marmitas da Terra: Marmitas da Terra. Instagram: @marmitas_daterra. Disponível em: https://www.instagram.com/marmitas_daterra/

MST. Instagram: @movimentosemterra. Disponível em: <https://www.instagram.com/movimentosemterra/>.

Facebook: <https://www.facebook.com/MovimentoSemTerra/>

Site: mst.org.br

MST Paraná. Instagram: @mst_parana. Disponível em: https://www.instagram.com/mst_parana/

AS PRÁTICAS DISCURSIVAS DOS JURISTAS NA MODERNIDADE: FATORES QUE AS INFLUENCIAM E SUAS PRINCIPAIS FORMAS⁷⁸

THE MODERN JURISTS DISCURSIVE PRACTICES: FACTORS THAT INFLUENCE THEM AND THEIR MAIN FORMS

Pedro Martini Lucena⁷⁹

Yasmin Noronha de Albuquerque Moreira⁸⁰

RESUMO

Neste trabalho, temos como objetivo apresentar as principais formas do discurso jurídico, assim como os principais fatores que o influenciam. Primeiramente, abordamos o conceito de discurso, voltando-nos para a história a fim de mostrar como ele foi concebido ao longo do tempo. Em segundo lugar, mostramos como as mais diversas circunstâncias ambientais moldam as práticas discursivas, ocupando importante papel na caracterização do discurso. Finalmente, expomos algumas das principais formas pelas quais o discurso jurídico se manifesta na atualidade, tanto nas declarações orais quanto escritas. A partir do estudo feito sobre o tema, pudemos concluir que o discurso jurídico é composto por variados elementos, que devem ser considerados se se pretende fazer uma análise séria do conteúdo discutido.

Palavras-chave: Discurso jurídico; práticas discursivas; registros escritos; análise do discurso.

⁷⁸Submetido em 06 maio 2021. Aprovado em 13 out. 2021.

⁷⁹Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e assistente jurídico voluntário no Grupo de Assessoria Trabalhista, subnúcleo do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9683-168X>. E-mail: pedrolucena31@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9625327419048048>.

⁸⁰Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e assistente jurídica voluntária no Grupo de Assessoria Trabalhista, subnúcleo do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3951-2674>. E-mail: ysmnoronha@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1342913912894950>.

ABSTRACT

In this paper, we aim to present the main forms of legal discourse, as well as the main factors that influence it. First, we ponder the concept of discourse, turning to history to show how it was conceived at different times. Second, we show how different environmental circumstances shape discursive practices, taking an important role in the characterization of the discourse. Finally, we expose some of the main ways in which legal discourse manifests itself today, both in oral and written statements. Based on the considerations made on the subject, we were able to conclude that the legal discourse is composed of several elements, which must be considered if one intends to make a serious analysis of the content discussed.

Keywords: Legal discourse; discursive practices; written records; discourse analysis.

1. INTRODUÇÃO

O direito é construído de diversas formas. O discurso jurídico, nesse contexto, é a ferramenta utilizada pelos juristas para construir seus argumentos acerca de um determinado tema, servindo-se da linguagem para esse fim. Mesmo se materializando numa variedade de conteúdos — como processos, artigos, códigos e enunciados orais —, o processo de formação dessas práticas discursivas é comum, e seu estudo permite identificar quais foram os fatores determinantes para que estas adquirissem suas características distintivas.

Essa análise é importante não só para destrinchar os elementos que influem no discurso jurídico moderno, mas também para uma melhor compreensão do direito em si. Como podemos inferir da reflexão de Hespanha (1978, p. 72), é necessário levar em conta que o direito não prescinde do discurso dos juristas – são estes, quando tratam do seu objeto de estudo, que o constituem e traçam os seus limites.

Assim, vemos que os discursos dos juristas são fatores determinantes na constituição mais ampla do direito, o que ocorre de forma prática e dinâmica. A reflexão a respeito deles se alia a um entendimento de que os preceitos jurídicos são mutáveis e de que o discurso, ao longo da história, passou por diversas adaptações em diferentes locais. É

com base nisso que nos propomos a adentrar no tema, respondendo à seguinte pergunta: de que modo se constituem as práticas discursivas mais comuns dos juristas modernos?

Procuramos demonstrar, ao longo do texto, como tais práticas estão submetidas a fatores ambientais. As produções jurídicas, tal como ocorre em trabalhos de outras áreas de conhecimento, partem de certas condições concretas dadas social e historicamente, e devem ser entendidas dentro desse contexto. A partir do desenvolvimento do problema, poderemos compreender de forma mais satisfatória as especificidades do discurso jurídico.

2. DISCURSO E PRÁTICAS DISCURSIVAS

Muito se reflete sobre o significado da ideia de *discurso*. Desde Sócrates, Platão e Aristóteles, tal reflexão, bem como a da própria natureza da linguagem, faz-se fundamental no interior do pensamento filosófico. Sócrates, o filósofo que divide toda a filosofia grega entre os que vieram antes e depois de si, é conhecido justamente pelo seu método de argumentação, ou seja, pela *forma discursiva* das suas reflexões – forma dialógica e eminentemente oral. Não o conhecemos, assim, pelo que deixou ele mesmo escrito, mas pelo que outros indivíduos que com ele conviveram deixaram⁸¹.

O filósofo contou com um número relevante de discípulos, os quais, após a sua morte, fundaram diferentes escolas filosóficas. É possível vermos nos estoicos, nos cínicos e nos epicuristas a considerável influência de Sócrates, que aparece, em cada uma dessas tradições filosóficas, sob uma roupagem diferente.

Acima de todas elas, porém, está aquela fundada por Platão. Não por acaso, na maior parte dos diálogos platônicos, é Sócrates o personagem principal. Neles, conforme diz Benoit (1996, p. 34), vemos o filósofo em seu percurso construído, antes de qualquer coisa, por imagens sensíveis: "são múltiplos personagens, na sua maioria conhecidos

⁸¹Os únicos registros diretos sobre Sócrates que nos restaram da Antiguidade são "Os ditos e feitos memoráveis de Sócrates", de Xenofonte, escritos simples sobre aspectos gerais da vida de Sócrates; "As nuvens", de Aristófanes, peça cômica que ironiza a figura do filósofo; e, por último, os "Diálogos, de Platão", obra maior da filosofia antiga que nos permite acompanhar as aventuras e desventuras filosóficas de Sócrates.

historicamente [...] que se cruzam com a trajetória socrática e que dialogam com ele de maneira apaixonada”. Em ordem cronológica, podemos acompanhar a vida de Sócrates por Atenas, desde a sua juventude, narrada retrospectivamente no diálogo *Fédon*, passando pela revelação délfica do saber que não se sabe, pelos seus encontros com Alcibíades e com os sofistas, pela criação da dialética no diálogo *Sofista*, pelo seu julgamento, narrado na *Apologia de Sócrates* e, por fim, pela sua morte com a taça de cicuta no último diálogo platônico em que ele aparece como personagem, o já citado diálogo *Fédon*.

É relevante sublinhar que os *Diálogos* são uma produção platônica e que Sócrates jamais registrou por escrito as suas ideias, uma vez que sua preocupação maior era com a própria atividade filosófica – atividade teórica, evidentemente, mas acima de tudo *prática*. Devemos frisar que o discurso filosófico, a princípio, não era um mero ato de construção de conceitos, mas também um *modo de vida*. Dessa mesma perspectiva fala o filósofo francês Pierre Hadot (2014, p. 18) ao dizer que é necessário compreender o discurso filosófico na perspectiva do modo de vida no qual ele é o meio e a expressão, e que a filosofia é, antes de tudo, uma maneira de viver estreitamente vinculada com o discurso filosófico.

Se pensarmos na Atenas em que Sócrates viveu e da qual nasceu o que conhecemos hoje como filosofia, podemos compreender o porquê dessa centralidade do discurso. Vivendo o auge da sua democracia, Atenas engendrou no seu interior diferentes necessidades para os seus cidadãos. Segundo Hadot (2014, p. 33), o desenvolvimento da vida democrática exigia que os cidadãos possuíssem a habilidade perfeita da palavra, sobretudo aqueles que pretendiam chegar ao poder. Era necessário persuadir o povo, através da retórica, nas assembleias e nos demais âmbitos da vida pública. Respondendo a essa necessidade, emergiu o movimento dos sofistas.

Os sofistas, em linhas gerais, podem ser descritos como os primeiros profissionais de ensino. Ainda segundo Hadot (*Ibidem*, p. 33), “por um salário, eles ensinavam a seus alunos receitas que lhes permitissem persuadir os ouvintes, defender, com a mesma habilidade, o pró e o contra (antilogia)”. Dessa maneira, sofistas como Protágoras e

Górgias tinham, no discurso oral, a ferramenta que lhes permite ganhar a vida em Atenas. Cabe mencionar, ainda, que esses mesmos pensadores não só faziam o uso do discurso enquanto retórica nos seus ambientes de ensino, como também construíram toda uma filosofia centrada na ideia de discurso.

Dessa maneira, vemos a importância que tinha o discurso na Antiguidade. Sócrates não filosofava apenas porque elaborava conceitos ou reflexões, mas porque vivia segundo o seu discurso. Os sofistas, da mesma forma, viviam dos seus discursos até mesmo no sentido prático do que queremos dizer, ou seja, de que eles tiravam o seu sustento material do ensino das técnicas da retórica para os jovens de Atenas.

Além disso, se quisermos chegar mais precisamente ao conceito de discurso, devemos abordar, ainda, a ideia de *logos*, noção central na filosofia antiga e também na filosofia cristã. *Logos*, desde Heráclito, poderia significar igualmente “palavra”, “discurso” e “razão” (*Ibidem*, p. 334). Segundo Jean-Pierre Vernant (1998, p. 42), o ambiente espiritual da *pólis* grega fez da palavra e, por conseguinte, do discurso, ferramentas fundamentais do debate político. Tanto que, em certo momento, diz o autor que há um vínculo estreito e recíproco entre a política e o *logos* e que “a arte política é essencialmente o exercício da linguagem; e o *logos*, na origem, toma consciência de si mesmo [...] através de sua função política” (*Ibidem*, p. 42). Dessa maneira, o *logos*, termo ambíguo, refere-se justamente à esfera discursiva da razão no debate político.

Cabe mencionar, além do mais, a centralidade que ocupa o conceito de *logos* na filosofia cristã e o seu vínculo direto com o discurso filosófico. O termo aparece, de forma notável, no primeiro verso do Evangelho de João, literalmente, em tradução nossa: “No princípio era o *logos*, e o *logos* estava com Deus, e o *logos* era Deus”. O *logos*, aqui, é também traduzido por “palavra” ou “verbo”. Conforme diz Hadot (2014, p. 334), “a Palavra substancial de Deus poderia ser concebida como Razão que cria o mundo e guia o pensamento humano”. Assim, diversos filósofos cristãos utilizaram a noção de *logos* para definir o cristianismo como a filosofia definitiva. Segundo eles, os filósofos gregos possuíam apenas frações do *logos*, ou seja, elementos do discurso verdadeiro e da razão perfeita, enquanto os cristãos estão na posse do *logos*,

encarnado em Jesus Cristo (*Ibidem*, p. 336).

Podemos encontrar muitas outras reflexões sobre o discurso na história do pensamento. No entanto, dados os limites deste artigo, desloquemo-nos agora para a linguística moderna, que é a área privilegiada para o estudo do discurso na atualidade. Com ela poderemos visualizar a permanente centralidade do estudo do discurso, assim como o seu conceito e seus fatores determinantes.

Dentro da linguística moderna, temos como principal expoente da chamada Análise do Discurso o pensador francês Michel Pêcheux, que teoriza “como a linguagem é materializada na ideologia e como esta se manifesta na linguagem” (Orlandi, 2005, p. 10). Para o autor, o discurso não é uma produção individual, mas social; não está no controle do indivíduo que o enuncia, pois esse é transpassado pela ideologia; não é atemporal, já que é histórico; e não é planejado, uma vez que é espontâneo. Ele é, antes disso, uma produção de enunciados feita através das marcações de uma formação discursiva dada. É um fenômeno que depende muito menos de um discurso individual do que da construção histórica das regras do discurso (Cf. Pêcheux, 1997). Assim sintetiza Leão Brasil:

O discurso é a história na língua. Temos então a tríade língua, sujeito e história na constituição de discurso. Por tratar-se de uma materialidade linguística e histórica, o discurso é o observatório das relações entre língua e ideologia. O discurso é material, simbólico, é janela para o estudo do funcionamento dos mecanismos de produção de sentidos, é confronto do simbólico com a ideologia (Brasil, 2011, p. 176).

Além disso, o discurso coloca os sujeitos em posições de fala determinadas. Enuncia-se algo tendo em vista um certo público e a partir de uma certa posição social. Há aí uma espécie de reconhecimento mútuo necessário entre os falantes, o que constitui uma prática discursiva específica. De outra maneira coloca Araújo:

A dimensão discursiva muda a perspectiva pela qual se vê habitualmente a linguagem, como sendo produção de significação que permite a

comunicação. Para a dimensão discursiva contam aquele que fala, a quem fala, discute-se o papel do sujeito dos enunciados, ocupa-se com o modo como o falar é objeto de certo tipo de interesse, regulado por circunstâncias, quais sejam, os fatores culturais, sociais, éticos, políticos. De modo que o resultado não são apenas os signos, a significação, a referência, os atos de fala, mas um certo agir decorrente da linguagem, um 'saber' discursivo, indutor e fruto de relações sociais, culturais e interpessoais, que dotam aqueles que os usam de um certo tipo de poder (Araújo, 2008, p. 199).

Isso significa que o discurso é, antes de qualquer coisa, um fato social – para utilizar a tipologia de Émile Durkheim⁸². Significa, por isso, que ele é marcado pelo contexto histórico em que é proferido e pelas próprias posições sociais dos enunciadores. É, por isso, fundamentalmente uma prática social determinada, uma vez que não podemos considerá-lo de modo puramente abstrato e teórico. Sua efetivação se dá na própria vida social dos indivíduos, e é nesse sentido que falamos em práticas discursivas.

Essas práticas discursivas, como se pode imaginar pela própria pluralidade do termo, não são idênticas entre si. Do que vimos até aqui, podemos concluir que o conteúdo que profere o enunciador está, também, estreitamente ligado à forma do seu discurso, isto é, que não há desvinculação entre forma e conteúdo do enunciado. Dessa maneira, os mais diferentes conteúdos discursivos estão também ligados a formas específicas de enunciação. Assim, podemos visualizar formas determinadas no discurso religioso, no discurso político e no discurso jurídico, por exemplo. Cada uma dessas formas discursivas está ligada, naturalmente, ao próprio conteúdo material do enunciado, que encontra correspondência na objetividade das práticas sociais extradiscursivas.

Após uma breve incursão histórica, seguida de uma também breve exposição sobre a Análise do Discurso na contemporaneidade, carregamos conosco alguns pressupostos necessários que nos possibilitam adentrar na análise de um dos muitos tipos de discurso: o discurso jurídico. Esse tipo de discurso, assim como os outros (político,

⁸²Para Durkheim, “[é] fato social toda maneira de agir, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou, ainda, que é geral ao conjunto de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter” (Durkheim, 1972, p. 11).

religioso etc.), não deixa de ser transpassado por certas influências “ambientais”, por assim dizer, e é por isso que devemos antes buscar quais são essas influências, para depois tratarmos das formas variadas de expressão do discurso jurídico.

3. FATORES QUE INFLUENCIAM O DISCURSO JURÍDICO

Ao refletir sobre determinado ramo do saber, um sujeito se encontra limitado por fatores como o contexto social, cultural e profissional em que está inserido. Do mesmo modo, diferentes circunstâncias ambientais moldam o discurso jurídico, tornando a análise das condições em que se desenvolvem as práticas discursivas essencial para a compreensão da pretensão dos seus agentes.

Primeiramente, um dos elementos de fundamental influência no discurso é a formação social do seu operador – e, no caso do discurso jurídico, esse fator se materializa na educação dos juristas. A relação existente entre as práticas discursivas e o estudo universitário é abordada por Hespanha:

[...] os juristas são formados em escolas, onde se lhes fornece uma certa utensilagem conceitual e dogmática e onde se encaminha o seu esforço teórico em determinados sentidos; e, se é certo que muito da formação da escola pode ser sepultado pelas exigências da vida prática, o que o é também é que alguns restos sempre ficam a condicionar a actividade teórica posterior, justificando-se, portanto, a atenção que se irá dar ao ensino universitário do direito nesta época (Hespanha, 1978, p. 70-71).

Assim, o ensino universitário do direito assume um importante papel na constituição tanto da atividade teórica quanto da atividade prática dos juristas. Ademais, as alterações nos objetos de estudo do direito, bem como a introdução de novos temas, ao longo da história, serviram como guias das práticas acadêmicas e profissionais dos juristas, influenciando o discurso em questão.

Um exemplo desse influxo da educação universitária no debate jurídico está na inserção da disciplina de direito internacional público na matriz curricular de grande parte das faculdades de direito brasileiras, incitando discussões sobre o tema. Também

podemos citar a “recente criação de cursos de pós-graduação *stricto sensu* de direito romano no país e em Portugal, que viabiliza o ambiente propício à formação de jovens romanistas” (Moraes, 2019, p. 56).

Outro elemento que exerce grande influência no discurso dos juristas é a tradição jurídica de um determinado local. A propagação do conceito de “famílias do direito” adveio justamente do ensino de direito internacional público, que difundiu os estudos jurídicos comparados no Brasil. Sob esse prisma, outra evidência da relevância do aprendizado jurídico consiste na íntima relação que o estudo do direito romano estabelece com a formação e a tipificação de uma das mais abrangentes famílias do direito, o sistema romano-germânico. Isso demonstra, novamente, o importante papel que tem a educação universitária na constituição dos discursos jurídicos.

Sobre as tradições jurídicas, discorre Moraes:

Contudo, é absolutamente impossível conhecer minimamente as peculiaridades do direito (a “cultura jurídica”) de vários países. Em função disso, na segunda metade do século XX começou a se difundir a ideia de que os sistemas jurídicos nacionais podem ser agrupados em razão de maior ou menor semelhança de certas características e de uma forma de pensar comum (Moraes, 2019, p. 60).

Comumente, são indicados como principais tradições jurídicas o sistema romano-germânico e o sistema do *common law*.⁸³ Em definição sintética, o primeiro se caracteriza por ter como fonte de direito predominante a legislação escrita, enquanto no segundo predomina a análise de casos concretos para a construção da ordem jurídica. A partir dessa divisão, pressupõe-se que os países em que predomina um mesmo sistema de direito tendem a utilizar as mesmas categorias conceituais, remetendo à sua origem comum.

Considera-se que o Brasil se insere no sistema romano-germânico, compartilhando,

⁸³Para maior desdobramento do tema, ver: DAVID, René. **Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972

assim, os princípios fundamentais do seu direito com países como a Argentina e a França, de mesma tradição. O discurso nessas nações, portanto, segue uma mesma forma básica de raciocínio jurídico, facilitando a troca de informações e a construção de vínculos jurídico-comerciais entre elas.

Vale apontar que a classificação dos sistemas jurídicos em “famílias” pode também ser vista de forma crítica, uma vez que essa prática simplificaria demasiadamente diferentes tradições a fim de tipificá-las da mesma forma. Sob essa perspectiva, seriam negligenciadas muitas das características específicas locais e históricas que moldaram as diversas ordens jurídicas existentes nos países – características essas que, como veremos, são essenciais para a compreensão do discurso.

Com isso podemos, finalmente, mencionar como circunstância que molda o discurso jurídico o contexto sociocultural em que se encontra o jurista. A localização geográfica e a conjuntura social que o envolvem em determinada época são fatores essenciais para a interpretação e para o entendimento do seu ponto de vista. É a observação desses elementos que permite também compreender a formação das práticas jurídicas de um local, materializadas através do discurso.

Fazendo uma regressão histórica ao Brasil colonial, é possível perceber nitidamente a influência conjuntural na construção do direito. Acerca do assunto, disserta Hespanha:

[...] estas virtualidades de diferenciação periférica do direito, embora existissem em todos os lugares das monarquias, eram enormemente potenciadas nas situações “de fronteira”, como as colônias. Ao longo do texto, daremos alguns exemplos – quase todos referentes a Minas e provenientes do Códice Costa Matoso – do vigor destas práticas particularistas periféricas que as fontes continuamente referem como divergentes, ou mesmo contrárias, ao direito do Reino (Hespanha, 2006, p. 61).

Assim, a diferenciação do direito brasileiro do português pode ser explicada em parte pela distância espacial do país em relação a Portugal. Podemos observar nesse exemplo a influência das condições ambientais na formação do discurso jurídico, visto

que a localização geográfica e o contexto social em que se inseriam os juristas foram fatores determinantes para a construção dos seus discursos. Mais uma vez, confirma-se a tese de que os preceitos jurídicos são mutáveis e de que o discurso, ao longo da história, passou por diversas adaptações em diferentes locais.

4. AS FORMAS DO DISCURSO JURÍDICO

Vistos os fatores que influenciam o discurso jurídico, devemos nos atentar às formas específicas que este adquire na dinâmica de circulação das ideias. Isso significa partir do discurso tomado em abstrato para analisá-lo de forma concreta em alguns exemplos demonstrativos. Para tanto, seremos obrigados a abstrair de diversas formas importantes de manifestação desse discurso, uma vez que não pretendemos elaborar uma enciclopédia sobre o tema. Em um recorte mais delimitado, traremos apenas referências acadêmicas, deixando de lado os textos das decisões judiciais, dos contratos, das peças apresentadas por advogados etc., já que a pesquisa da qual derivou este artigo privilegiou registros históricos que podem servir de panorama para adentrarmos no assunto.

Assim, como já foi dito, o discurso visa sempre um certo público. Ele também é condicionado pelas circunstâncias mais gerais que o envolvem. Dizer isso, concluímos, não significa supor que há um único discurso jurídico em movimento, pois os juristas escrevem com propósitos distintos, em circunstâncias distintas e para públicos distintos.

Além do mais, não somente o registro escrito do discurso deve ser considerado. Como vimos, desde Sócrates, a tradição oral tem um papel fundamental na transmissão do conhecimento. Por essa razão, propomo-nos aqui a adentrar também o campo da oralidade, um campo discursivo dificultoso de se apreender adequadamente, mas que pode fornecer exemplos de grande importância para nossa análise. É nesse esforço que poderemos compreender mais profundamente a dinâmica de circulação das ideias jurídicas e o próprio direito.

4.1. O DISCURSO ESCRITO

No campo dos registros escritos, o discurso jurídico se materializa em diversas formas. O que qualifica cada uma delas são características como: linguagem utilizada no texto; propósito do autor; meio de divulgação e público visado (Hespanha, 1978, p. 70-71).

Existem obras de juristas que possuem um caráter mais didático, diferente de grandes tratados sobre o direito. Para permanecer no Brasil, no primeiro caso podemos tomar como exemplo obras como *Lições preliminares de direito*, de Miguel Reale, e *Introdução ao estudo do direito*, de Alysson Mascaro. São ambas obras que propõem uma primeira aproximação do jurista em formação com seu objeto de estudo. Por isso, lançam mão de uma linguagem acessível que pretende sistematizar, em linhas gerais, o campo jurídico. Na obra de Mascaro, por exemplo, o autor busca abordar questões como: o que é o direito? Como o direito evoluiu na história? Qual é o cenário de atuação contemporâneo do jurista? – questões de interesse direto daquele que se aproxima do direito pela primeira vez.

Podemos, ainda, encontrar paralelos dos manuais jurídicos contemporâneos na história. Em primeiro lugar, as próprias *Institutas* de Justiniano, compilação de textos de doutrinadores dedicados ao ensino do direito em Roma. Depois, nos primórdios da Idade Moderna, encontramos um outro objeto característico que, em alguma medida, pode se enquadrar nessa mesma categoria: os textos normativos pragmáticos, ou a chamada literatura normativa pragmática. Assim a traduz Thomas Duve:

Em um nível sistêmico, a literatura pragmática normativa era um meio produzido por comunidades epistêmicas para a seleção e armazenamento do conhecimento normativo para campos concretos de ação – era um produto do que foi chamado de “primeira tradução”, que convertia informação normativa em conhecimento normativo (Duve, 2020, p. 29).

Esse tipo de literatura foi de fundamental importância no mundo ibero-americano dos séculos XVI e XVII. Ela ajudava a reduzir a incerteza sobre se alguém tinha o conhecimento normativo relevante à disposição na época. Surgiu, assim, de uma

necessidade prática do contexto em questão, uma vez que era um material direcionado aos “práticos” menos experientes. Escrita por eruditos, ela carregava já na sua apresentação todos os aspectos que possibilitam classificá-la como uma forma específica de discurso, cujo paralelo contemporâneo são os manuais já apresentados:

Finalmente, o caráter “pragmático” desses livros é frequentemente expressado em uma semântica da pragmatização, em alguns casos claramente visível nos títulos [...] Esses títulos podem ser indicadores úteis sobre como um livro pode ser considerado literatura pragmática ou não, principalmente porque expressam claramente para quem os livros são destinados [...] Em termos de forma, a literatura pragmática frequentemente continha índices e outros dispositivos de busca que eram destinados a facilitar o uso [...] como livros feitos para uso prático, eles eram normalmente de formato pequeno (Duve, 2020, p. 26).

Diferente desse tipo de literatura, podemos citar os tratados jurídicos escritos para especialistas da área. Como exemplo, o monumental *Tratado de Direito Privado*, do jurista brasileiro Pontes de Miranda. Trata-se de uma obra dividida em 60 tomos de elaboração minuciosa que abrange as seguintes matérias: Parte Geral, Direito das Obrigações, Direitos Reais, Direito de Família e Direito das Sucessões, o Direito Comercial (e subáreas como: Teoria Geral da Empresa, Direito Societário, Direito cambiário, Propriedade Intelectual), além do Direito do Trabalho (Individual e Coletivo). Como se percebe, pouco tem a ver, em termos de forma discursiva, com os já citados manuais – é essa uma obra de caráter discursivo distinto daquelas, portanto.

O próprio jurista Pontes de Miranda serve de exemplo para outra forma discursiva característica. Assim comprova Alfredo Flores, mostrando a *Revista Ciência do Direito*, fundada por Pontes:

A “Ciência do Direito – Revista dos Juizes e Juristas Brasileiros” foi uma proposta de publicação periódica dirigida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e que teve a sua edição e gerência sob a responsabilidade do editor Calvino Filho em 1934 [...]. A proposta inicial era de periodicidade trimestral,

sendo em cada ano publicados quatro tomos de cerca de 350 páginas, que incluíam artigos de doutrina, jurisprudência selecionada, legislação recente e notas bibliográficas, além de outros detalhes que serão vistos e trabalhados na sequência deste texto (Flores, 2020, p. 167).

Tratava-se de uma publicação científica com outra finalidade, se comparada com o *Tratado de Direito Privado* do mesmo autor. A *Revista* visava atingir um público maior e, por isso, adequava-se discursivamente ao seu propósito. Era uma publicação com uma quantidade menor de páginas, separada em diferentes artigos. Com o projeto, Pontes de Miranda demonstrava sua capacidade de se adequar aos diferentes meios de publicação, modificando, assim, o seu próprio estilo discursivo.

Quanto ao propósito da Revista, ele pode ser apresentado da seguinte maneira:

Na abertura do Tomo I, encontra-se a visão programática da publicação, em que se diz: “ao lançarmos esta Revista, que deve ter por fito o fecundo consórcio das teorias e da prática, – servindo à Vida e à realização da Justiça, – estamos convictos de ir ao encontro de uma das mais fortes sugestões da hora presente”. Aqui, a argumentação vai no sentido de que a estratégia retórica de buscar um argumento no estrangeiro poderia ser uma válvula de escape, e não uma convicção de uma técnica rigorosa, de onde haveria duas consequências alternativas: o voltar-se a uma doutrina pura – sem consultar acórdãos em profusão – ou ainda o enaltecimento do último acórdão, como se fosse o certo (Flores, 2020, p. 175).

Ainda hoje as revistas têm papel fundamental no campo jurídico, constituindo um estilo discursivo à parte dos grandes tratados e dos manuais. Seu meio de circulação, contudo, costuma ser o digital, como é possível certificar na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, na *Revista Direito e Práxis*, na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, na *Revista Res Severa Verum Gaudium* etc.

4.2 O DISCURSO ORAL

Por fim, vejamos o discurso oral. Chamamo-lo assim não porque ele é proferido exclusivamente de forma oral, não tendo, portanto, expressão escrita. Pelo contrário, tomamos conhecimento desse estilo discursivo muitas vezes por registros escritos mesmos. O que ocorre, entretanto, é que sua forma característica de transmissão é oral, sendo ele caracterizado fundamentalmente por ser um discurso adquirido pela tradição. É nesse sentido que nos interessam os brocardos jurídicos.

Os brocardos “são breves sentenças que exprimem em uma fórmula sintética, ideias ou princípios gerais consolidados pela longa tradição da experiência jurídica” (Rodrigues, 2007, p. 77). São expressos recorrentemente na língua latina, justamente pelo caráter tradicional deles.

Podemos dizer que existem os brocardos de origem erudita e aqueles de origem popular. Entre os de origem erudita, encontram-se as *regulae iuris* e o que delas se elaborou pelos glosadores e comentadores medievais. Entre os de origem popular, encontram-se os forjados pela prática forense e pelo senso comum dos aplicadores do direito, além dos chamados adágios populares, como os exemplos: “quem cala, consente”, “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” etc. (*Ibidem*, p. 78).

Aqui, mostra-se de forma evidente o caráter oral desse estilo discursivo. Trata-se de uma importante forma de expressão dos juristas, transmitida fundamentalmente pela tradição, por meio da observação e de modo um pouco mais informal. Nem por isso os brocardos perdem em importância: é justamente sua capacidade de traduzir concisamente o conhecimento normativo advindo da experiência que os consolidam no discurso dos juristas e os tornam tão marcantes no dia a dia da profissão. São a cristalização discursiva e espontânea do próprio objeto da ciência jurídica, o direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência jurídica é matéria que pode parecer, por vezes, demasiado teórica ou abstrata. Contrariamente a esse estereótipo, todavia, a ciência do direito é construída a partir da prática de seus agentes formadores, os juristas. A atuação desses – tanto nos

tribunais quanto no meio acadêmico – é essencial na criação e na consolidação das práticas jurídicas existentes em um determinado local.

A existência de diversas formas de discurso jurídico, adaptadas para servir a diferentes públicos e propósitos, evidencia a pluralidade de abordagens aceitas no campo do direito. Como pode ser observado nas práticas discursivas, os juristas contribuem para seu objeto de estudo de maneira dinâmica e direcionada, selecionando a forma de discurso mais adequada ao seu objetivo. Todas as categorias discursivas são proporcionalmente relevantes no desenvolvimento da ciência jurídica, cumprindo papéis distintos nessa atividade.

Vimos que a atuação dos juristas não é livre de influências ambientais – fatores como o local de produção e a formação social afetam a elaboração e a substância do discurso. Para a realização de uma autocrítica efetiva da ciência jurídica, é necessário acabar com a concepção de que o direito é uma disciplina a-histórica. O discurso jurídico, conforme visto, tem no seu contexto de produção uma importante fonte de pesquisa e, portanto, suas limitações conjunturais não devem ser negligenciadas em sua análise.

A partir dessas observações, podemos inferir que uma diversidade de elementos contribui para a constituição do discurso, como a pretensão do jurista e as circunstâncias em que se encontra. Seu estudo é importante para entender como ocorreu a evolução das práticas jurídicas ao longo da história, e como decorre a criação de novos preceitos. O direito é uma ciência mutável e extensiva, e esse caráter é expresso pelo discurso jurídico, que se materializa das mais variadas formas, em diferentes tempos e locais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. 2. ed. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

BENOIT, Hector. **Sócrates**: o nascimento da razão negativa. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1996.

BONÁCIO, Daiany. A teoria do discurso no cenário linguístico: uma nova via para o embate interior x exterior nos estudos da linguagem. **Acta Scientiarum**, Maringá, v. 39, n. 4, p. 407-417, out. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciLangCult/article/view/32452>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL, Luciana Leão. Michel Pêcheux e a teoria da análise de discurso: desdobramentos importantes para a compreensão de uma tipologia discursiva. **Linguagem - Estudos e Pesquisas**, Catalão, ano 1, v. 15, p. 171-182, jun. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/lep/article/view/32465>. Acesso em: 11 abr. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas dos direitos contemporâneos**. CARVALHO, Hermínio A. (trad.). 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Discurso jurídico: ferramenta e arma do advogado. Necessidade de todo operador do direito. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 172, p. 185-191, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92834>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DURKHEIM, Émile. O que é fato social? In: **As Regras do Método Sociológico**. 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

DUVE, Thomas. Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos Impérios ibéricos do início da Idade Moderna (séculos XVI-XVII). Tradução de Gregório Schroder Sliwka e Alfredo de J. Flores. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 42, p. 03-43, abr. 2020.

FLORES, Alfredo de J. 'Uma Revista para o Direito Vivo': Pontes de Miranda e a orientação da prática jurídica nacional na Revista 'Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros' (1934). **Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito**. Curitiba, v.1, n.1, p. 164-182, jul-dez 2020.

HADOT, Pierre. **O que é a filosofia antiga?** 6. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

HESPANHA, António Manuel. **A história do Direito na história social**. Lisboa: Livraria

Horizonte, 1978. p. 70-164.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milão, v. 35, n. 1, 2006, p. 59-81.

MORAES, Bernardo Bissoto Queiroz de. **História e futuro do direito brasileiro: a importância do estudo do direito romano no século XXI**. In: MORAU, Caio. (org.). **História e futuro do direito brasileiro: estudos em homenagem a Ignácio Maria Poveda Velasco**. 1. ed. São Paulo: Liber Ars, 2019, v. 1, p. 53-72.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 830-868, Junho 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000200830&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 abr. 2021.

ORLANDI, Eni P. Michel Pêcheux e a Análise de Discurso (Michel Pêcheux et l'Analyse de Discours). **Estudos da Língua(gem)**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 9-13, 2005. DOI: 10.22481/el.v1i1.973. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/estudosdalinguagem/article/view/973>. Acesso em: 4 out. 2021.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento**. Campinas: Pontes, 1997.

RODRIGUES, Dácio Roberto Martins. Das regulae iuris aos brocardos jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 13, ago. 2015.

VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

A MORTE MISERÁVEL NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE A MISTANÁSIA E A NECROPOLÍTICA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19⁸⁴

THE MISERABLE DEATH IN BRAZIL: A LOOK AT MYSTHANASIA AND NECROPOLITICS
DURING THE COVID-19 PANDEMIA

Thalita Hage⁸⁵

RESUMO

O termo mistanásia se refere à morte miserável, que ocorre nos porões da sociedade, nos locais mais negligenciados e silenciados. Este artigo busca, por meio da análise da morte miserável e dos conceitos de mistanásia e necropolítica, apresentar os termos utilizados no campo do Biodireito, facilitando a compreensão da linguagem para que se efetue um debate mais democrático sobre a temática do poder no controle da terminalidade da vida, tanto dentro quanto fora da academia. Busca-se, também, evidenciar a morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 como um fruto da necropolítica, ressaltando, ainda, a influência do neoliberalismo na perpetuação das vulnerabilidades e desigualdades. Assim, a metodologia da revisão bibliográfica, análise da doutrina jurídica e estudo de caso foi pautada na abordagem pós-positivista do Direito, uma vez que se evidenciou a centralidade da dignidade humana, tanto no debate teórico, quanto na análise da crise de falta de oxigênio terapêutico em Manaus durante a pandemia.

Palavras-chave: Mistanásia; necropolítica; morte miserável; pandemia.

⁸⁴ Submetido em 17 jul. 2021. Aprovado em 25 out. 2021.

⁸⁵ Aluna bolsista CNPq no Programa de Iniciação Científica, graduanda em Direito e monitora das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6590766042830462>. Contato: hage.thalita@gmail.com.

ABSTRACT

The term mythanasia refers to the miserable death, which occurs in the basements of society, in the most neglected and silenced places. This paper seeks, through the analysis of miserable death and the concepts of mythanasia and necropolitics, to present the terms used in the field of Biolaw, facilitating the understanding of the language to promote a debate more democratic about the power in the control of terminal life can take place both inside and outside the academy. It also seeks to show the miserable death in Brazil during the Covid-19 pandemic as a result of necropolitics, also emphasizing the influence of neoliberalism in the perpetuation of vulnerabilities and inequalities. Therefore, the methodology of bibliographic review, legal doctrine analysis and case study was based on the post-positivist approach to law, emphasizing the centrality of human dignity, that was highlighted both in the theoretical debate and in the analysis of the crisis of lack of therapeutic oxygen in Manaus during the pandemic.

Keywords: Mythanasia; necropolitics; miserable death; pandemic.

*“E se somos Severinos / iguais em tudo na vida /, morremos de morte igual, /
mesma morte severina: / que é a morte de que se morre / de velhice antes
dos trinta, / de emboscada antes dos vinte, / de fome um pouco por dia (de
fraqueza e de doença / é que a morte severina / ataca em qualquer idade, / e
até gente não nascida)”*

(Melo Neto, 2016, p. 20).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como epígrafe um trecho de “Morte e Vida Severina”, do poeta João Cabral de Melo Neto, pois propõe um debate sobre a terminalidade da vida (ou a morte) tendo como base a dignidade humana, que, por muitas vezes, é negada a muitos brasileiros, a muitos severinos. Propõe, nesse sentido, um olhar crítico à pandemia de Covid-19 no Brasil, por meio da análise da morte miserável, e dos conceitos de mistanásia e necropolítica, facilitando a compreensão da linguagem e dos

termos utilizados no campo do Biodireito.

George Marmelstein conceitua os direitos fundamentais da seguinte maneira: “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder” (Marmelstein, 2019, p. 18), dentre esses direitos estão o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Porém, nenhum desses direitos pode existir plenamente sem que se reconheça a centralidade da dignidade humana, por isso a doutrina a chama de metadireito.

Nesse sentido, reconhecendo tal importância, ao versar sobre a morte, é necessário abordar a temática da morte com dignidade. Esse ponto é um dos assuntos tratados pela Bioética, área do conhecimento que surge na década de 1970 e que se pauta por quatro princípios: o da não-maleficência, o da justiça, o da beneficência e o da autonomia (Costa; Oselka; Garrafa, 1998, p. 15) visando, assim, cuidar de questões relevantes à vida, tais como a terminalidade da vida – assunto central do presente artigo. Nas palavras de Franklin Leopoldo e Silva: “a Bioética é a ética da vida, quer dizer, de todas as ciências e derivações técnicas que pesquisam, manipulam e curam os seres vivos” (Silva, 1998, p. 35).

Entende-se, assim, o Biodireito como o campo de estudos que nasce como forma de lidar com as inovações jurídicas e mudanças dos debates abordados pela Bioética. Assim, como afirma Fernanda Schaefer Rivabem, “o biodireito é a manifestação jurídica da bioética” (Rivabem, 2017, p. 286), o que justifica a abordagem de tais temáticas não apenas no presente trabalho, mas em toda a dogmática jurídica, como também apresenta a mesma autora,

Falar em biodireito é reconhecer o compromisso intermediador e dialógico da bioética, mas agora sob a perspectiva jurídica que visa promover não só o diálogo entre público e privado, mas também firmar compromisso interdisciplinar, buscando a compreensão do fenômeno humano em toda sua complexidade (*Ibidem*, p. 287).

Dentro da questão da terminalidade da vida existem outros conceitos, além da

mistanásia, que exigem compreensão. São eles: a eutanásia, que é a antecipação da morte diante da circunstância de que, se a vida continuasse não teria dignidade, ou seja, preza-se pela “morte boa” (Martin, 1998, p. 172); a distanásia, que é o questionamento sobre até quando se deve prolongar a vida (Fürst, 2018, p. 111); a ortotanásia, que é “a antiga experiência de morrer naturalmente, ou corretamente, intermediária ao abreviamento e ao prolongamento” (*Ibidem*, p. 139); e a mistanásia – tema central do presente trabalho –, que é a morte miserável (Anjos, 1989, p. 6 *apud* Paiva; Da Cunha, 2020, p. 4)⁸⁶. Assim, busca-se apresentar os conceitos de maneira clara e eficaz para que se efetue um debate mais democrático e bem fundamentado sobre a temática do poder no controle da terminalidade da vida e as questões da pandemia de Covid-19 no âmbito jurídico e bioético.

Nesse sentido, o presente trabalho foi trilhado no caminho da revisão bibliográfica e análise da doutrina. Sendo assim, utilizou-se uma metodologia pautada na abordagem pós-positivista⁸⁷ do Direito, uma vez que foi apresentada a centralidade da dignidade humana no debate jurídico, princípio utilizado como fio condutor deste texto.

Como referenciais teóricos, portanto, foram selecionadas as obras de Achille Mbembe, sobre a necropolítica e o necropoder; de Leonard Martin, sobre a terminalidade da vida (eutanásia, distanásia, ortotanásia e mistanásia); de Henderson Fürst, sobre as questões de Bioética e Biodireito; de Adriano Negriz, sobre a biopolítica e necropolítica; de Silvio Beltramelli Neto, sobre o princípio jurídico da dignidade humana; e de Sara da Silva Freitas e Tábata Berg, sobre a necropolítica e o neoliberalismo.

Em um primeiro momento, será abordado o conceito de mistanásia, sua etimologia e a história da construção desse neologismo. Além disso, será abordada a relação entre a mistanásia e o princípio da dignidade humana, uma vez que se fala sobre o poder no controle da terminalidade da vida, ou seja, quando a morte acontece não de forma

⁸⁶ANJOS, Márcio Fabri dos. Eutanásia em chave de libertação. **Boletim do Instituto Camiliano de Pastoral da Saúde**, São Paulo, n. 57, 1989.

⁸⁷ Vale ressaltar que tal abordagem pós-positivista tem como objetivo principal o compromisso com a força normativa da Constituição e com a dignidade humana, características conferidas pelo autor George Marmelstein (2019, p. 12) ao pós-positivismo. Isso não significa que todos os autores aqui citados sejam pós-positivistas, na acepção jurídica do termo, porém, suas preocupações muito se aproximam das questões salientadas por essa corrente teórica do Direito.

natural, mas por ação de um poder externo que causa uma “morte precoce, miserável e sem dignidade” (Martin, 1998, p. 179). Evidencia-se, assim, a necessidade do protagonismo do princípio da dignidade humana no debate.

Em um segundo momento, trata-se dos conceitos de Biopoder e Biopolítica, de Michel Foucault, estudados por meio das obras de Adriano Negris, e de necropoder e necropolítica, por meio da obra de Achille Mbembe, na questão do poder no controle da terminalidade da vida, na mistanásia.

Feita tal análise, relaciona-se a morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 com o exercício desse Biopoder e da necropolítica, ressaltando pontos importantes para o debate, como a questão das vulnerabilidades e do neoliberalismo, e trazendo à tona um dos casos mais tristes que aconteceram no Brasil até o momento atual: o colapso do sistema de saúde em Manaus⁸⁸, com a crise da falta de oxigênio terapêutico, que se trata de um exemplo nítido de morte miserável no país.

Ao evidenciar morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 como um fruto da necropolítica a partir da influência do neoliberalismo na perpetuação das vulnerabilidades e desigualdades, sugere-se a centralidade da valorização da dignidade humana para o combate efetivo à pandemia no Brasil, enfatizando a necessidade da atuação (e da não omissão) estatal.

2. MISTANÁSIA E DIGNIDADE HUMANA

Na etimologia, o termo mistanásia tem origem do grego, *tanásia* deriva de *thanatos*, que significa morte, e *mis* significa infeliz. Segundo Wellington Wesley Paiva e Thiago Rocha da Cunha (2020, p. 4), em 1989, com o teólogo bioeticista Pe. Márcio Fabri dos Anjos, nasce o termo para tratar da morte infeliz – ou morte miserável, ou morte social, ou até mesmo, *eutanásia social*. O neologismo surge na intenção de versar sobre a morte que ocorre nos porões da sociedade, nos locais mais negligenciados e silenciados, dos quais pouco se sabe, pouco se fala e nos quais pouco se investe:

⁸⁸Médicos e familiares de pacientes descrevem colapso com falta de oxigênio em Manaus. Notícias, **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/14/pacientes-e-medicos-relatam-colapso-em-manaus-leia-relatos.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2021.

A mistanásia nos faz lembrar os que morrem de fome, cujo número apontado por estatísticas é de estarrecer. Faz lembrar de modo geral, a morte do empobrecido, amargado pelo abandono e pela falta de recursos os mais primários (Anjos, 1989, p. 6 apud Paiva; Da Cunha, 2020, p. 4).⁸⁹

Nesse sentido, dentro do campo da Bioética, substitui-se o termo *eutanásia social* por mistanásia, pois enquanto eutanásia, distanásia e ortotanásia tratam de direitos individuais do paciente (princípio da autonomia), a mistanásia trata de direitos sociais e políticas públicas, o que confere um caráter mais coletivo ao debate, evidenciando, assim, as falhas do sistema econômico e político que violam os direitos dos mais vulneráveis. Além disso, nas palavras de Henderson Fürst, a mistanásia acontece:

Quando por falta de recursos se depara com a situação da 'morte social', ou seja, a morte que poderia ser evitável, mas não o é pela falta de cuidados básicos, pela ausência de recursos na prevenção ou administração do tratamento, o modelo norte-americano de pensar a Bioética não seria capaz de compreender a situação fática valendo-se de seus princípios (Fürst, 2018, p. 34).

Trata-se da morte que poderia ter sido evitada, mas não foi, seja por negligência ou por insuficiência do Estado, tanto no fornecimento de recursos, quanto na implementação de políticas públicas. Leonard Martin aborda a mistanásia como a morte miserável que aconteceu fora e antes do tempo, e, para o autor, são três as situações que se caracterizam como mistanásia:

A morte das pessoas que sequer se tornam pacientes, pois não conseguem ser atendidas pelo sistema de saúde pública disponível; a morte dos pacientes que, embora atendidas pelo sistema de saúde, sofrem alguma forma de erro médico/hospitalar; a morte de pacientes que são vítimas de práticas de má gestão, ou questões econômicas, científicas ou sociopolíticas. (Martin, 1998, p. 174-180).

⁸⁹ANJOS, Márcio Fabri dos. Eutanásia em chave de libertação. **Boletim do Instituto Camiliano de Pastoral da Saúde**, São Paulo, n. 57, 1989.

Assim, percebe-se que ao abordar o tema da terminalidade da vida é imprescindível tratar da sua relação com o princípio jurídico da dignidade humana, uma vez que em todas as situações de mistanásia, caracterizadas anteriormente, tal direito fundamental foi explicitamente violado. George Marmelstein, ao tratar da teoria dos direitos fundamentais, afirma que “com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, a Constituição passou a ocupar um papel especial” (Marmelstein, 2019, p. 11), ressaltando que um dos elementos principais do pós-positivismo consiste na “crença normativa da Constituição” (*Ibidem*, p. 12). Nesse sentido, é indubitável dizer que a dignidade humana não é *apenas um valor, ou um princípio norteador* do Direito, mas trata-se de um direito fundamental garantido pela Constituição. Entretanto, Silvio Beltramelli Neto apresenta que “somente na Constituição de 1988, sucessora do regime ditatorial instalado em 1964, é que a dignidade humana é erigida a princípio fundamental da República (art. 1º, III)” (Beltramelli Neto, 2021, p. 50), evidenciando, assim, o caráter recente do debate e a extrema importância de sua proteção em todas as relações sociais, principalmente na realidade atual, por se tratar de um princípio da República, fundamentando, assim, o Estado Democrático de Direito, que se fortalece, também, a partir da Constituição de 1988.

Sendo assim, percebe-se que a mistanásia se relaciona diretamente com a violação da dignidade humana. Morrer com dignidade é um direito do paciente, sendo este um debate central no âmbito da Bioética. Desse modo, quando o poder – externo, violento e alheio à vontade do indivíduo – atua como uma forma de controle da terminalidade da vida de um paciente, nota-se, claramente, uma violação de direitos diante da relativização da dignidade humana quando da morte.

Além disso, é fato que em casos de mistanásia observa-se a ausência do mínimo existencial, um dos cinco componentes do princípio jurídico da dignidade humana. Segundo Daniel Sarmiento, tais componentes são: o valor intrínseco da pessoa humana, igualdade, autonomia, reconhecimento e o mínimo existencial. Este último é definido da seguinte forma por Silvio Beltramelli Neto:

O mínimo existencial, tal como ordinariamente abordado por doutrina e

jurisprudência, se refere às condições materiais de vida conforme os padrões basais de uma existência digna, em determinada conjuntura histórica, ou seja, possibilidade real de plena experimentação dos outros componentes do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana. (Beltramelli Neto, 2021, p. 57).

Assim, é evidente a ausência desse mínimo existencial em casos de mistanásia, uma vez que a Constituição Federal Brasileira prevê, em seu art. 3º, incisos III e IV, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Porém, é nítido no cenário brasileiro, principalmente em tempos pandêmicos, a ausência de efetivação de tais direitos, caracterizando a ausência do mínimo existencial e, conseqüentemente, o descaso com os indivíduos que não possuem acesso a recursos que poderiam garantir a eles o exercício de seus direitos.

Muito se discute na doutrina sobre o conteúdo de fato do mínimo existencial, porém é pacífico o entendimento de que a relação entre esse componente do princípio da dignidade humana e a democracia, uma vez que, para garantir melhores condições de vida a participação política faz-se necessária.

Trata-se de um círculo virtuoso: a participação da sociedade civil na definição e monitoramento da execução de medidas de promoção e salvaguarda do mínimo existencial acarreta aperfeiçoamento da participação política de indivíduos, a resultar, por conseguinte, em políticas públicas mais adequadas à elevação das condições materiais de existência humana, em sentido coletivo (Beltramelli Neto, 2021, p. 60).

Desse modo, a mistanásia viola o mais importante direito fundamental, o metadireito da dignidade humana, e, além de anular o direito à vida, é uma consequência da falta de participação política de indivíduos que não puderam ser vistos, ouvidos e atendidos. Assim, como afirmam Wellington Wesley Paiva e Thiago Rocha da Cunha (2020, p. 5): “pensar em uma mistanásia é dar voz às vozes dos *pathos* que não são

ouvidas. Leva-nos a refletir que tanto o viver quanto o morrer são modos que devem ser respeitados a dignidade”.

No Brasil, de 12 de março de 2020, quando foi registrada a primeira morte por Covid-19⁹⁰, a 28 de maio de 2021, quando se iniciou a elaboração do presente trabalho, foram perdidas 459.045 vidas⁹¹. Não são 459.045 *mortes* ou apenas números. São 459.045 mortos, são 459.045 pessoas que morreram e deixaram familiares sofrendo com o luto e a incerteza.

A linguagem aqui faz diferença, porque, ao modificar a abordagem dos dados, buscase trazer à luz a dignidade humana daqueles que morreram sem lampejo algum desse direito.

Com 501.918 *pessoas que morreram, e que deixaram familiares sofrendo com o luto e a incerteza*, no dia 20 de junho de 2021⁹², e uma média móvel de 2.063 mortes por dia – entre 14 e 20 de junho de 2021 –, o Brasil se tornou o país com o indicador mais alarmante no mundo⁹³. É possível ir além e apresentar que, até 8 de outubro de 2021, quando foi feita a revisão final deste artigo, foram perdidas 600.425 vidas. Ou seja, 600.425 *pessoas morreram e deixaram familiares sofrendo com o luto e a incerteza*.

Falar sobre a morte não é fácil. Pensar na morte não é confortável. Escrever sobre a morte durante uma pandemia, enquanto incontáveis vidas são perdidas, intensifica esse difícil desconforto.

3. NECROPOLÍTICA E CONTROLE DA TERMINALIDADE DA VIDA

⁹⁰BRASIL. **Ministério da Saúde**. 2020. Disponível em: <https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/July/08/Boletim-epidemiologico-COVID-21-corrigido-13h35--002-.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021

⁹¹ BRASIL. **Ministério da Saúde**. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 08 out. 2021.

Brasil registra maior média móvel de casos de Covid desde 1º de abril; total de mortes vai a 501,9 mil. Notícias, **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/20/brasil-registra-maior-media-movel-de-casos-de-covid-desde-1o-de-abril-total-de-mortes-vai-a-5019-mil.ghtml>. Acesso em: 08 out. 2021.

⁹² Brasil registra maior média móvel de casos de Covid desde 1º de abril; total de mortes vai a 501,9 mil. Notícias, **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/20/brasil-registra-maior-media-movel-de-casos-de-covid-desde-1o-de-abril-total-de-mortes-vai-a-5019-mil.ghtml>. Acesso em: 08 out. 2021.

⁹³ Brasil tem maior média móvel de mortes por Covid no mundo. Poder 360. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/brasil-tem-maior-media-movel-de-mortes-por-covid-19-no-mundo/>. Acesso em: 08 out. 2021

Ao abordar a questão do direito fundamental à vida durante a pandemia, é necessário apresentar a questão do poder no controle da terminalidade da vida. Para isso, são essenciais ao debate os conceitos de Biopoder e Biopolítica, de Michel Foucault, além do necropoder e da necropolítica, de Achille Mbembe.

Segundo Adriano Negris (2020, p. 80), “Mbembe se apoia nas críticas de Foucault quanto à noção de soberania e sua relação com a guerra e o biopoder”, porém “a necropolítica de Mbembe não é uma variação ou continuidade da biopolítica foucaultiana” (*Ibidem*, p. 79). Enquanto a biopolítica trata da gestão da vida, a necropolítica aborda a gestão da morte.

Michel Foucault enxergava a Biopolítica como uma forma disciplinar de atuação do Biopoder sobre os corpos dos indivíduos no controle da vida (*Ibidem*, p. 81), sendo o Biopoder “aquele domínio da vida sobre o qual o poder tomou controle” (Mbembe, 2016, p. 123). Além disso, é válido considerar os recortes históricos e geográficos, pois, para Foucault, o *direito de matar* era assegurado apenas ao poder soberano, no qual se concretiza a soberania. O Biopoder, portanto, trata desse controle da população, em relação ao controle da mortalidade, e não da morte. Assim, entende-se a Biopolítica como a gestão da vida, ou seja, *fazer viver e deixar morrer*.

Já Achille Mbembe aborda a necropolítica, em seu discurso decolonial, fazendo a análise da noção de Biopoder e do conceito de soberania. O autor afirma que “exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder” (*Ibidem*, p. 123). Ressaltando assim a centralidade da gestão da morte, o autor retoma a teoria foucaultiana, e questiona se “essa noção de biopoder é suficiente para contabilizar as formas contemporâneas em que o político, por meio da guerra [...] faz do assassinato do inimigo seu objetivo primeiro e absoluto?” (*Ibidem*, p. 123). Desse modo, considerando os recortes históricos e geográficos, o autor trata do conceito de estado de exceção, pautado na teoria do filósofo italiano Giorgio Agamben, e afirma que a necropolítica se relaciona com a construção feita pelo estado

de exceção⁹⁴ da existência de um suposto inimigo, para se consolidar, assim, o direito de matar.

Ao apresentar, assim, que “a noção de biopoder é insuficiente para explicar as formas contemporâneas de subjugação da vida ao poder da morte” (Mbembe, 2016, p. 146), Mbembe propõe a noção de necropoder a fim de explicar as “formas novas e únicas da existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o *status* de ‘mortos-vivos’” (*Ibidem*, p. 146). Essas formas de subjugação são inerentes aos Estados neoliberais, atuando principalmente nas margens sociais, nas quais está latente a vulnerabilidade.

Destaca-se também que o autor desenvolve tais conceitos de modo a evidenciar a centralidade da raça no debate sobre a gestão da morte, uma vez que “a raça foi a sombra sempre presente sobre o pensamento e a prática das políticas do Ocidente, especialmente quando se trata de imaginar a desumanidade de povos estrangeiros – ou dominá-los” (*Ibidem*, p. 128). Nesse contexto, o autor trata do colonialismo, da escravidão e do apagamento dos corpos e da cultura não europeia durante e após o processo de dominação inicial. Evidenciando o debate racial nota-se a influência direta das questões envolvendo desigualdades e vulnerabilidades, que serão detalhadas posteriormente no presente trabalho.

Desse modo, percebe-se a morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 com o exercício desse Biopoder e da necropolítica. Sendo assim, serão abordados pontos importantes para o debate, como a influência do neoliberalismo na perpetuação das vulnerabilidades e desigualdades, e trazendo à tona o caso do colapso do sistema de saúde em Manaus.

⁹⁴ Giorgio Agamben, segundo Adriano Negris (2020, p. 91), trata do estado de exceção como “uma força de lei desprovida de lei” (*Ibidem*, p. 93), uma vez que, nessa situação, enquanto a norma que está em vigor não possui eficácia, atos não normativos adquirem força e passam a ser aplicados. Isso acontece em um contexto de antinomia, no qual o Estado exerce uma soberania violenta, já que “o soberano decide sobre o estado de exceção” (*Ibidem*, p. 91), e anula o ordenamento vigente, deixando de caracterizar, assim como afirma Mbembe, o Estado de Direito, tanto dentro quanto fora do campo normativo, influenciando a vivência social e fomentando violências (Mbembe, 2018, p. 08 apud Negris, 2020, p. 91). MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. Traduzido por Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.

4. A MORTE MISERÁVEL NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Compreendendo as semelhanças e disparidades entre ambas as formas do uso do poder no controle da terminalidade da vida e a intensificação das desigualdades e vulnerabilidades nos espaços periféricos, pode-se sustentar que:

As subjetividades produzidas nesses espaços ficam sujeitas à morte sob um duplo aspecto: o real, devido aos conflitos armados, pobreza extrema e a submissão a todo tipo de doença e, ainda, a morte simbólica, pois são subjetividades consideradas invisíveis no sentido político e social (Negris, 2020, p. 99).

Desse modo, é possível sustentar que a morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 é fruto da necropolítica, uma vez que existe um poder, o *necropoder*, que determina *quem pode viver e quem deve morrer*.

Nesse sentido, Leonard Martin ressalta que a forma mais comum de mistanásia na América Latina é a *omissão de socorro estrutural*, ou seja, a falta de acesso à saúde, ao mínimo existencial – um dos elementos do princípio da dignidade humana – e aos recursos, fator que intensifica a vulnerabilidade não apenas no momento do tratamento, mas durante toda a vida do indivíduo. Assim, considerando que o Brasil é um país repleto de desigualdades, e o neoliberalismo agrava ainda mais essa questão (Freitas; Berg, 2021, p. 81), pode-se dizer que a intensificação da letalidade do vírus é proporcional à condição de vulnerabilidade do indivíduo, principalmente neste contexto neoliberal.

Além disso, outro fator que comprova a existência da necropolítica no Brasil, principalmente durante a pandemia, é o biopopulismo, que nas palavras de Henderson Fürst, é:

A apropriação política de discursos científicos que visam instrumentalizar a ciência como mecanismo populista de, valendo-se da democracia, ir contra ela própria. Assim, se a necropolítica ocorre em um cenário que contraria a democracia, é por meio do biopopulismo que esse cenário é estabelecido (Fürst, 2021, p. 1).

Essa questão é evidente desde o início da pandemia, quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, em janeiro de 2020, Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, e uma das medidas propostas foi o isolamento social. Porém, diversos foram os posicionamentos acerca do assunto. Posições contrárias à OMS aparecem, desde então, de dentro do próprio Poder Executivo, que frequentemente desestimula a adoção de políticas sanitárias para a prevenção e combate ao vírus, não apenas o faz na recusa do isolamento social, como também na negação do uso de máscaras, do distanciamento social, além de não incentivar a vacinação. Além das disputas políticas relacionadas às questões sanitárias que surgem no Judiciário e no Legislativo, de extrema relevância e igual complexidade, mas que, por não serem foco do presente artigo, não serão discutidas.

Outros argumentos apresentados como forma de legitimar tal discurso negacionista são as alegações da necessidade de movimentação da economia, a proibição da restrição do direito de ir e vir (mesmo em meio a uma situação extraordinária), a rapidez do desenvolvimento das vacinas a fim de deslegitimar a validade dos imunizantes, entre outros. Contudo, é evidente a inexistência de conflito entre tais questões, assim como dito por Henderson Fürst, em seu texto “Vedação de retrocesso em situação de pandemia”.

Não há um conflito entre tais direitos sociais previstos no art. 6º da CF. O que há é a falta de vontade política de realizar a proteção aos desamparados, que também é um direito social previsto no art. 6º da CF, cuja observação desfaria o possível conflito, socorrendo todos os vulneráveis decorrentes da pandemia de Covid-19, prevenindo inseguranças jurídicas e sociais, inclusive o risco de o país sair de uma “normalidade democrática” (*Ibidem*, p. 1).

Dessa maneira, é indubitável dizer que o caráter neoliberal primitivo (Freitas; Berg, 2021, p. 81) do Brasil faz com que tais problemáticas se agravem. Nas palavras de Sara da Silva Freitas e Tábata Berg:

A alta letalidade da SARS 2-CoV2 entre os idosos e os modos de enfrentamento político-sanitários escancaram uma contradição fundamental

do sistema metabólico do capital: o caráter descartável das populações não produtoras (*Ibidem*, 2021, p. 82).

Ou seja, ao minimizar a gravidade da pandemia e ignorar recomendações de órgãos internacionais, sabendo que, pelo menos no início, o vírus seria letal apenas à parcela não produtiva da população, caracteriza-se a necropolítica, a escolha de *deixar morrer*, ou *fazer morrer*.

No que tange ao agravamento das vulnerabilidades, é possível trazer ao debate a obra “Crítica da Razão Negra”, de Achille Mbembe, em que o autor afirma que o neoliberalismo se baseia no valor de mercado, e “todo ser humano se vê transformado em capital, capital humano, mais capital” (*Ibidem*, 2021, p. 78), e que “este movimento caracteriza-se também pela produção da indiferença, a codificação paranoica da vida social em normas, categorias e números” (Mbembe, 2014, p. 13), além de dedicar um capítulo inteiro para tratar da relação entre o liberalismo e a raça, que, por sua vez, é um ponto central no projeto político epistemológico do autor. Assim, percebe-se que ao falar sobre raça e classe social, fala-se em desigualdade e vulnerabilidades no contexto neoliberal pautado na economia de mercado e no capital. Além disso, em seu texto sobre a necropolítica, o autor ressalta que “uma relação desigual é estabelecida junto com a desigualdade do poder sobre a vida” (Mbembe, 2016, p. 132).

Desse modo, percebe-se que durante a pandemia de Covid-19 tais vulnerabilidades foram evidenciadas, uma vez que “se as desigualdades sociais já são relevantes para o agravamento de outras doenças, no caso da Covid-19, o cenário não é diferente” (Martins, 2020), evidenciando que “em tempos de pandemia, o biopoder e a necropolítica lançam-se sobre faixas etárias, classes sociais, gêneros, raças e etnias com voracidade desigual: ela é seletiva” (Freitas; Berg, 2021, p. 85).

Sendo assim, é possível alegar que, durante a pandemia, ser brasileiro é ser grupo de risco, ou seja, ser brasileiro é uma condição de vulnerabilidade, é estar exposto a um poder violento que busca legitimidade para exercer o controle sobre a terminalidade da vida. Desde março de 2020 registra-se um altíssimo número diário de mortes por Covid-19, que são vidas perdidas para um vírus contra o qual já existe vacina, a forma

mais eficaz de imunização contra a Covid-19, porém o Brasil ainda carece de insumos. Embora a escassez de vacinas não seja uma exclusividade brasileira, o escopo do presente trabalho se restringe à análise no território nacional.

Nesse sentido, a fim de trazer à tona um exemplo nítido de mistanásia no país, é válido tecer breves comentários sobre um dos casos mais tristes que aconteceram no Brasil até o momento atual e o mais simbólico no debate sobre a morte miserável por negligência estatal: a falta de oxigênio terapêutico em Manaus.

Em janeiro de 2021, a cidade de Manaus sofreu um imensurável colapso na saúde pela falta de oxigênio terapêutico – uma situação inimaginável e extremamente angustiante. Esse cenário que, lamentavelmente, atingiu os hospitais durante a atual pandemia de Covid-19 colocou profissionais da saúde na posição de responsáveis pela escolha entre quem poderia lutar para sobreviver, utilizando o oxigênio restante, e quem teria uma morte miserável, enfrentando o dilema de analisar a situação de vários pacientes que precisavam do oxigênio, mas ter à disposição alguns poucos cilindros, e não poder fazer nada além de tomar uma decisão extremamente difícil e torcer para que novos cilindros chegassem a tempo. Assim, fica evidente que a tragédia de Manaus, além de ter registrado um aumento de 41%⁹⁵ nos números de mortes, foi composta por diversas violações à dignidade humana, principalmente devido à negligência estatal, uma vez que o Estado tinha o dever de agir, e por não ter garantido o básico (oxigênio), ocasionou diversas violações de direitos (à vida, à saúde e à dignidade). O assunto é também um dos objetos centrais da CPI da Covid-19, entretanto a pauta não será abordada no presente trabalho uma vez que a Comissão Parlamentar de Inquérito ainda está em andamento no período da elaboração deste artigo.

As diversas mortes miseráveis, portanto, observadas no caso de Manaus podem ser apresentadas como consequências do caráter *necropolítico* da gestão da pandemia de Covid-19 no Brasil. Além disso, considerando os aspectos políticos da crise

⁹⁵MADEIRO, Carlos. Sem oxigênio, o que pensam os que decidem quem vive e quem morre. Notícias, **Uol**. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/corrida-pela-vida-quando-acaba-o-oxigenio-e-o-desespero-se-instaura-o-que-pensam-aqueles-que-decidem-quem-vive-e-quem-morre/#page1>. Acesso em: 28 maio 2021.

apresentados na CPI da Covid-19, que tem como um dos objetos centrais a crise em Manaus, é possível dizer que tal fruto da necropolítica se relaciona diretamente com o poder no controle da terminalidade da vida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se, assim, que a mistanásia é a morte miserável que aconteceu fora e antes do tempo, que ocorre nos locais mais negligenciados e silenciados da sociedade, e que, por tratar dos direitos sociais e de políticas públicas, possui um caráter mais coletivo. Conclui-se, também, que a morte miserável no Brasil durante a pandemia de Covid-19 é fruto da necropolítica e que a intensificação da letalidade do vírus é proporcional à condição de vulnerabilidade do indivíduo, vulnerabilidades essas intensificadas pelas políticas neoliberais.

Sem dúvidas este trabalho está longe de oferecer respostas aos questionamentos abordados, assim como qualquer outro trabalho escrito durante a pandemia, uma vez que, nesse período, as incertezas são maiores. Porém, é evidente a contribuição da análise da mistanásia e da centralidade da valorização da dignidade humana para o combate efetivo à pandemia no Brasil.

Assim como dito no início do presente trabalho, falar sobre a morte não é fácil e pensar na morte não é confortável, mas escrever sobre conceitos tão importantes possibilita a existência de um futuro em que se reconheça as vulnerabilidades e se busque por políticas públicas mais eficazes.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Iniciação à bioética In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores).

Apresentando a Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 15-18. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

FREITAS, Sara da Silva; BERG, Tábata. Deixar viver, deixar morrer: biopoder e necropolítica em tempos de pandemia. **Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**: v. 12, n. 1, p. 76-86, jan./jun. Rio de Janeiro: 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/58549>. Acesso em: 28 maio 2021.

FÜRST, Henderson. Mistanásia e pandemia: a morte dos que foram deixados morrer. **GEN Jurídico**, São Paulo: 2021. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2021/03/16/mistanasia-e-pandemia/#_ftnref12. Acesso em: 28 maio 2021.

FÜRST, Henderson. **No confirm da vida**: direito e bioética na compreensão da ortotanásia. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2018.

FÜRST, Henderson. Vedação de retrocesso em situação de pandemia. **GEN Jurídico**, São Paulo: 2021. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/01/vedacao-de-retrocesso-pandemia/#_ftnref12. Acesso em: 28 maio 2021.

LIMA, Walber Cunha. **Bioética, mistanásia e direitos humanos**: morte social e perspectivas para o seu enfrentamento. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTIN, Leonard. Iniciação à bioética In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores). **Eutanásia e Distanásia**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 171-192. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

MARTINS, Pedro. População negra e Covid-19: desigualdades sociais e raciais ainda mais expostas. **ABRASCO**, Rio de Janeiro, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/populacao-negra-e-covid-19-desigualdades-sociais-e-raciais-ainda-mais-expostas/46338/>. Acesso em: 28 maio

2021.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Tradução: Marta Lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. Tradução: Renata Santini. Arte & Ensaios, Revista do PPGAV/EBA/UFRJN. Rio de Janeiro: n. 23, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 28 maio 2021.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida Severina**: auto do Natal pernambucano. 1. ed. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2016.

NEGRIS, Adriano. Entre Biopolítica e Necropolítica: uma questão de poder. **Revista Ítaca**, [S. l.], n. 36, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/31835>. Acesso em: 28 maio 2021.

PAIVA, Wellington; DA CUNHA, Thiago Rocha. Mistanásia em Tempos de Pandemia de COVID-19: Reflexões Iniciais a partir da Bioética Global. In: Luciana Dadalto. (org.). **Bioética e COVID-19**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? **Revista Bioética**, [S. l.], vol. 25, núm. 2, p. 282-289. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2017. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1247/1663. Acesso em: 28 maio 2021

SILVA, Franklin Leopoldo e. Iniciação à bioética. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coordenadores). **Da Ética Filosófica à Ética em Saúde**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 19-36. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

HERANÇA DIGITAL E O DIREITO À PRIVACIDADE⁹⁶

DIGITAL INHERITANCE AND THE RIGHT TO PRIVACY

Raquel de Almeida Bertani⁹⁷

Letícia Diógenes Gonçalves da Silva⁹⁸

RESUMO

Com o advento da *Internet* e das mídias sociais, as relações sociais e jurídicas se modificaram. Diante deste cenário em que cada vez mais as inovações tecnológicas impactam na vida das pessoas, é necessário que se pense o que fazer com todos os dados e contas virtuais de alguém caso venha a falecer. O objetivo do presente artigo é justamente investigar o tema da herança digital no Brasil e verificar se ao dispor sobre o tema em lei, esta não entraria em choque com o direito à privacidade do *de cuius*.

Palavras-chave: Direito sucessório; bem digital; redes sociais; patrimônio digital.

ABSTRACT

With the advent of the internet and social media, social and legal relations have changed. Faced with this scenario, in which technological innovations are increasingly having an impact on people's lives, it is necessary to think about what to do with all of someone's data and virtual accounts if they pass away. The goal of this paper is to investigate the digital heritage in Brazil and to verify whether the law's provisions on the subject would not conflict with the deceased's right to privacy.

Keywords: Succession; digital good; social media; digital heritage.

⁹⁶Submetido em 17 jul. 2021. Aprovado em 17 nov. 2021.

⁹⁷Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-Mail: raquelbertani@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7785274291724447>.

⁹⁸Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7410452832312509>. E-mail: lele.diogenes@hotmail.com. Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7410452832312509>. E-mail: lele.diogenes@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A internet assim como as redes sociais impactou de forma implacável o direito ao redor do mundo. O Brasil, por exemplo, é o 3º país em que as pessoas passam mais tempo na *Internet*⁹⁹, o que afeta sobremaneira o direito, que nada mais é do que uma forma de regular a sociedade para que haja uma coexistência pacífica. Desse modo, existindo um ciberespaço, com lógicas e procedimentos diferenciados dos conhecidos de até então, é necessária a criação de legislações capazes de regular essas transformações ocorridas no âmbito prático da vida, garantindo, assim, segurança jurídica para as relações travadas e para os novos bens aí compreendidos.

Um dos temas de grande relevo atualmente é a questão de como a herança digital afeta o Direito das Sucessões. As redes sociais, como se sabe, surgiram apenas como uma forma de se relacionar de maneira mais rápida com pessoas ao redor do mundo. Entretanto, não demorou muito para que o capitalismo se impusesse e transformasse o perfil de pessoas em um produto, monetizando, desta forma, as redes e permitindo, assim, um novo tipo de negócio. Hoje, há perfis nas redes sociais que acumulam milhões de seguidores. Conhecidos como influenciadores digitais, estas pessoas são contratadas pelas marcas para divulgação de seus produtos.

O presente artigo científico pretende discutir o que temos de regulação no âmbito da herança digital no Brasil e a pergunta fundamental que se faz é: A inclusão do patrimônio digital nos direitos do herdeiro afrontaria o direito à privacidade do *de cuius*?

É válido destacar que o presente artigo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva e que o tema é de extrema relevância, visto que essa controvérsia cada vez mais baterá às portas dos tribunais brasileiros. A fim de que haja segurança jurídica, torna-se necessário a urgente discussão do tema e dos projetos de lei que tramitam atualmente no Congresso Nacional. Já estamos atrasados

⁹⁹**Agência Brasil.** Brasil é o 3º país em que as pessoas passam mais tempo na internet, publicado em 16/01/2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-01/brasil-e-o-3o-pais-em-que-pessoas-passam-mais-tempo-em-aplicativos>. Acesso em: 24 jun. 2021.

se comparados, por exemplo, com Portugal, que neste ano de 2021 aprovou a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital (Lei nº 27/2021), que trata em seu artigo 18º sobre o testamento digital.

2. O DIREITO DAS SUCESSÕES

Antes de adentrarmos o tema, é importante que se entenda o que é sucessão. Em sentido amplo, refere-se à situação de quando uma pessoa substitui outra na titularidade de um bem ou ainda em uma relação jurídica. Esta sucessão pode se dar por ato *inter vivos*, por exemplo, em uma compra e venda, ou ainda, por *causa mortis*. Feita essa diferenciação, o Direito das Sucessões é o ramo do direito que “disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores” (Gonçalves, 2019, p. 19), ou seja, trata apenas do tipo de sucessão *causa mortis*, aquela decorrente do falecimento de alguém.

Esse ramo do direito foi muito afetado com o advento das redes sociais, uma vez que, com a internet cada vez mais presente na vida do indivíduo, o número de bens digitais e relações travadas por este meio multiplicaram-se. É certo que alguém que já morreu continua a existir, só que pela memória daqueles que ficaram. Porém, com a *Internet*, isto se intensifica, visto que caso aquele perfil da pessoa falecida seja mantido ativo nas redes, há um estado de permanência que, além de se contrapor à própria ideia de morte, perpetua-se indefinidamente. Diferencia-se, então, a morte biológica, aquela diagnosticada pelos médicos, da morte virtual, ou melhor, da “vida” virtual que continua.

Apesar da morte ser a única certeza que se tem em vida, no Brasil, não há a cultura ou o hábito de se realizar um planejamento sucessório, o que acaba, fazendo com que a sucessão legal se torne a regra do Direito das Sucessões. De acordo com o Código Civil de 2002 (CC/02), há duas espécies de sucessão: (i) a legítima, que decorre da lei; e (ii) a testamentária, que decorre de disposição de última vontade feita por testamento ou codicilo (disposições de pequeno valor), em que se poderá dispor apenas da metade da herança (art. 1789, CC/02), caso tenha herdeiros necessários.

Em nenhuma das espécies de sucessão, no entanto, há a menção ou regulamentação que trate dos bens digitais. Esta omissão legislativa acarreta, sem dúvida alguma, uma verdadeira insegurança jurídica, já que cada vez mais as redes sociais e demais bens digitais tornam-se parte fundamental do patrimônio da pessoa humana.

Antes de mais nada, torna-se imperioso entender os conceitos, no Brasil, de patrimônio e herança. Conforme doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, o patrimônio é “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico” (Gonçalves, 2020, p. 111). Já a herança abrange “o patrimônio do *de cuius*, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (CC, art. 91)” (Idem, 2019, p. 31). É importante que se destaque a informação de que a herança trata, então, de algo dotado de valor econômico.

No caso de planejamento sucessório, o Código Civil anterior de 1916, através do artigo 1.626 limitava o testamento ao conteúdo patrimonial. No entanto, o Código Civil de 2002 passou a admitir o tratamento do conteúdo extrapatrimonial no Direito das Sucessões. Neste âmbito, pode-se falar do chamado testamento afetivo, isto é, aquele que diz respeito à memória do *de cuius* e para tal, poderíamos exemplificar com os perfis nas redes sociais mantidos como forma de homenagem e memória, isto é, “os testamentos afetivos poderão ser o instrumento, eloquente e romântico (um novo “L'hymne à L'amour”), de pessoas, apesar de mortas, continuarem existindo pelo amor que elas possuíam e por ele também continuarem vivendo” (Alves, S/D).

No entanto, há perfis nas redes sociais que extrapolam o intuito primeiro das redes e que podem ser entendidos como bens incorpóreos, “que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico” (Gonçalves, 2020, p. 111), de modo que compõem o patrimônio de uma pessoa. Logo, se a pessoa que tem determinado perfil ou canal nas redes vem a falecer, a pergunta que fica é: este patrimônio pode compor a herança, caso não haja disposição contrária em vida feita pelo *de cuius*? A maioria entende que sim, afinal, é um bem dotado de valor econômico. Há, por exemplo, canais na rede

social *Youtube* que são comparáveis às ações do mercado financeiro, uma vez que os vídeos publicados na plataforma podem gerar renda por um período indeterminado, a depender das visualizações alcançadas.

Importante, então, destacar que há três tipos de bens digitais: (i) aqueles existenciais, dotados de valor sentimental/afetivo; (ii) os bens digitais economicamente avaliáveis, ou seja, de caráter patrimonial; e (iii) os mistos, conhecidos como existenciais/patrimoniais. Por interpretação extensiva, é possível compreender que os bens digitais dotados de valor econômico integram a herança, a dúvida se dá, no entanto, principalmente em relação àqueles bens existenciais ou mistos, que seriam uma espécie de desdobramento da personalidade da pessoa.

Sabe-se que a existência de alguém se extingue com a morte, porém o Código Civil entende que certos direitos ligados à personalidade não se extinguem, visto que podem ser defendidos por familiares mesmo após a morte de alguém, tais como a honra e a intimidade. Embora o código supracitado fale de extinção da existência com a morte, frisa-se que, com o advento das mídias sociais, a existência se perpetua independentemente da existência biológica.

Diante do exposto e com a falta de regulamentação em específico, a sucessão testamentária emerge como resposta imediata à previsão desses bens na sucessão. Desse modo, o de cujus poderá especificar se pretende transferir suas contas nas redes sociais a seus herdeiros ou ainda impor que os dados e contas sejam efetivamente deletados. Porém, como já dito, é ínfima a parcela da população brasileira que faz um planejamento sucessório.

Outra forma de dar destino aos bens digitais é o testamento digital, que Flávio Tartuce, entende que é quando o “usuário” da rede decide, por meio das próprias plataformas que utiliza, qual o destino quer dar aos “bens acumulados em vida no âmbito virtual, como páginas, contatos, postagens, manifestações, *likes*, seguidores, perfis pessoais, senhas, músicas entre outros elementos imateriais adquiridos nas redes sociais” (Tartuce, 2018, p. 872). É um testamento informal, visto que é uma ferramenta que as próprias redes sociais disponibilizam aos usuários.

Sobre o gerenciamento de bens digitais após a morte, algumas empresas já oferecem, há algum tempo, seus serviços, como é o caso, dentre outras, da *Cirrus Legacy*, *Dead Man's Switch*, *Eterniam*, *E-Z-safe*, *Legacy Locker*, *Mi Legado Digital*, *Security Safe*, e, no Brasil, *Se eu morrer primeiro*.

Se eu morrer primeiro gerencia segredos após a morte, isto é, o site permite que os seus usuários armazenem segredos, que só serão revelados após o falecimento. A plataforma permite o envio de vídeos, mensagens, imagens, textos ou, até mesmo, senhas, que serão disponibilizados aos interessados após a morte do usuário.

O principal intuito do site é o exercício do perdão, pois os usuários poderão expressar seus sentimentos sabendo que não estarão mais em vida, independentemente, portanto, da resposta dos interessados:

[...] o site é repleto de mensagens que buscam incentivar a autoaceitação e promove a busca pela paz de espírito através do discurso do perdão, porém isso é colocado de uma forma que só seria alcançada após a morte do usuário, pois através do sistema, seria possível pedir perdão para alguém de maneira póstuma (Meirelles; Batalha, 2016, p. 25).

Para utilizar a plataforma, o usuário deve informar o nome, e-mail, a mensagem e quem será o "herdeiro" da informação ali contida. Posteriormente, uma vez detectada a morte do usuário, através de uma pessoa de confiança cadastrada pelo usuário, o site envia para o e-mail dos herdeiros as mensagens deixadas pelo falecido: "Não há nenhuma informação no site sobre como o processo realmente ocorre, porém o site garante segurança e privacidade dos dados do usuário, prometendo ainda uma verificação da confiabilidade da informação da morte" (*Ibidem*, p. 25).

Já o Google, por exemplo, dá a opção de exclusão de conta inativa ou ainda indicação do destino de documentos pessoais pelos seus usuários após a morte. O Facebook, por sua vez, permite que os usuários definam se querem que o perfil seja transformado em um memorial após sua morte ou não.

A plataforma Instagram, tem a opção "solicitação de memorial", em que o

detentor da conta deixa um herdeiro destinado a receber o acesso e transformar o perfil em um espaço de memórias e o herdeiro somente terá acesso ao preencher um formulário e apresentar um atestado de óbito. Existem sites que oferecem um serviço de proteção de contas e mediar a decisão do detentor da herança digital a pretensões, dentre o encaminhamento ou encerramento de contas, que é o caso do site Morte Digital. Observa-se que os próprios players se asseguram, de alguma forma, visando resguardar à vontade o herdeiro sobre seus bens virtuais (Brasilino; Santos, 2020, p. 12).

Há discussão em relação a este tema, pois, muitas vezes, o termo de adesão dessas redes sociais pode implicar um consentimento irreal dos usuários que o utilizam, visto que muitos sequer fazem a leitura de tais documentos. Note-se, portanto, que há diferença entre o testamento disposto no Código Civil, que tem sido utilizado também para dispor sobre os bens digitais e, o testamento digital, que é informal no Brasil.

Nesse sentido, é importante destacar como tem sido tratado o tema da herança digital no âmbito jurisprudencial. As demandas ainda são poucas, até porque se entende que a *Internet* chegou ao Brasil entre os anos 1980 e 1990 e, as mídias sociais somente na virada do século, popularizando-se apenas a partir de 2007 com a chegada do *Facebook* e em 2010 com o *Instagram*. Logo, a tendência é que se tornem mais frequentes quando findar a vida dessa geração que já nasceu dentro das mídias sociais.

Percebe-se que, em não havendo disposição em vida, a rede social não dá acesso aos herdeiros em nome da privacidade do *de cujus*. E é por isso que os familiares pleiteiam na justiça o acesso, seja para que se exclua o perfil do falecido, seja para que possa ter acesso aos dados ali presentes como forma de memória ou ainda por serem dotados de valor econômico.

Há uma decisão interlocutória de 2013 do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que permitiu à mãe a exclusão do *Facebook* da filha falecida, posto que alegava que a página havia virado um “muro de lamentações”:

A fumaça do bom direito ou plausibilidade do direito invocado está consubstanciada na existência de procedimento administrativo referente a exclusão da conta de pessoa falecida por pessoa da família, o qual já foi buscado via online pela autora, mas até o momento não obteve êxito [...]. O perigo na demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo único, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em “muro de lamentações”, o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua única filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook. Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido (Brasil, 2013).

Além desta decisão interlocutória, destaca-se outra, em sentido contrário, de 2018, da cidade de Pompéu, Minas Gerais (Brasil, 2018), em que o magistrado entendeu que a mãe não poderia acessar os dados do celular protegidos por senha da filha morta, pois isto violaria o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, além do que a quebra do sigilo exporia também a intimidade de terceiros. Já outra decisão bastante recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, de março de 2021, permitiu que a única herdeira pudesse ter acesso à conta Apple do genitor falecido em nome da memória digital contida no aparelho celular:

Ação de obrigação de fazer. Conversão para procedimento de jurisdição voluntária. Pretensão da apelada ao acesso de dados armazenados na "nuvem" correspondente à conta Apple de seu falecido genitor. Herdeira única. Ausência de oposição da Polícia Civil ou do Ministério Público. Memória digital contida em aparelho celular. Equivalência àquela fora dele. Fotografias e mensagens familiares que são de titularidade da herdeira.

Herança imaterial. Alcance do art. 1.788 do Código Civil. Preenchimento dos requisitos exigidos pela política de privacidade da empresa. Incidência do art. 7º, II, da Lei nº 12.905/14 (Lei do Marco Civil da Internet). Incolumidade inútil. Recurso desprovido (Brasil, 2021).

Vê-se que, diante do caso concreto, os tribunais têm utilizado a técnica de ponderação entre direitos fundamentais, quais sejam o direito à herança e os direitos à privacidade e intimidade do *de cuius*, utilizando-se para tanto os princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

A ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três etapas: a) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; b) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; c) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa (Brasil, 2015).

Diante desse quadro de omissão legislativa e de incertezas quanto a resposta dos tribunais, a sucessão testamentária emerge como resposta imediata para essa questão, permitindo a disposição e regulamentação sobre o destino dos bens digitais, sejam eles existenciais, geradores de repercussões econômicas ou ainda mistos, isto é, existenciais/patrimoniais, o que facilita no trato informal com as redes sociais ou, se for o caso, na justiça.

3. PROJETOS DE LEI NO BRASIL

No Brasil já há projetos de lei que tratam do tema. O primeiro foi o PL 4099/2012 (Brasil, 2012a), de autoria do Deputado Federal Jorginho Mello, que tinha como principal escopo alterar o artigo 1.788 do Código Civil, permitindo que fossem transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança. Em seguida, veio o PL 4847/2012 (Brasil, 2012b) do

deputado Marçal Filho, que tinha por objetivo o acréscimo do Capítulo II-A e artigos 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil de 2002 dispondo sobre aspectos referentes ao tema aqui discutido da herança digital.

Apesar da inovação, estes projetos de lei foram, posteriormente, arquivados. Ambos geraram muitas questões à época, porque deixavam nas mãos do herdeiro decidir sobre os destinos da herança digital do falecido, o que passaria por cima da autonomia da vontade do *de cuius*, caso tivesse declarado, em vida, em sentido oposto.

Após esse projeto, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, está o PL 3050/2020 (Brasil, 2020) do deputado Gilberto Abramo. O projeto tem por finalidade dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais de caráter patrimonial pelo autor da herança. Assim, quer acrescentar o parágrafo único ao artigo 1.788 do Código Civil de 2002: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial, contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

A justificativa do projeto é o fato de que “há no Judiciário diversos casos que aguardam decisões nesse sentido, situações em que familiares dos falecidos desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet” (*Ibidem*). É perigosa essa generalização, pois equipara os bens existenciais como se patrimoniais fossem, de maneira a prejudicar direitos como a privacidade, não só do *de cuius*, como também de terceiros que, com o falecido, tiveram relação.

O outro projeto de lei de número 1144 de 2021 (Brasil, 2021) é da deputada Renata Abreu, que propõe alterar o Código Civil e o Marco Civil da Internet, a fim de dispor sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Esse PL foi apensado ao PL 3050/2020 supracitado. Resumidamente e de acordo com a justificativa trazida pelo próprio projeto de lei o que se propõe é:

[...] que (i) os dados constantes de aplicações com finalidade econômica sejam considerados herança e transmitidos de acordo com as regras do direito das sucessões; (ii) que a exploração de aspectos da personalidade (como imagem, voz, vídeos etc.) constantes de aplicações sejam também

transmitidos como herança, quando não haja disposição em sentido contrário do *de cuius*. [...] No que concerne às mensagens privadas, (iii) o ideal é que não haja acesso a seu conteúdo pelos herdeiros, ainda que haja manifestação nesse sentido do titular das contas, pois isso constituiria violação da privacidade do interlocutor. [...] Por fim, quanto (iv) às redes sociais do falecido, propomos que a regra seja a sua exclusão, com as seguintes ressalvas: (a) quando houver disposição expressa do titular dos dados no sentido de manter ativa a sua conta (desde que isso esteja em consonância com os termos de uso do contrato celebrado) e (b) quando o perfil for objeto de herança, na já mencionada hipótese de se admitir a exploração econômica de aspectos da personalidade (item ii) (*Ibidem*, itálicos originais).

Assim, resta dizer que enquanto não há solução legislativa, aconselha-se que aqueles que queiram dispor sobre seus bens digitais, principalmente em relação àqueles existenciais ou mistos, o façam pela via do testamento.

4. HERANÇA DIGITAL E O DIREITO À PRIVACIDADE

Assim como não há legislação específica, não há também um conceito incontroverso que diga o que é herança digital. Dessa forma, ela é entendida a partir da interpretação ampliada dos conceitos de patrimônio e herança, já explicitados anteriormente.

“Por herança digital podemos compreender como o conteúdo, imaterial, intangível, incorpóreo, de titularidade do falecido, composto pelo acervo de bens digitais, acumulados e armazenados pelo *de cuius* no plano virtual, no decorrer de sua vida” (Cadamuro, 2018, p. 105). Importante ressaltar que a herança digital pode ser valorável economicamente ou não. Pontua-se, dessa forma, que é mais abrangente que o conceito de “herança”, visto que aí se incluem bens não valoráveis economicamente.

O termo pode causar dúvidas e por isso é importante que se diferencie os tipos de bens digitais para ver quais viriam a integrar a herança digital, ou ainda, se não seria melhor que fosse dado uma nova nomenclatura, a fim de que não haja confusão, principalmente em relação a bens não dotados de valor econômico.

“A Herança Digital é descrita como o conjunto de ativos digitais (e-mails, fotos, vídeos, contas das mídias sociais e todos os outros ficheiros em formato eletrônico), que são os principais elementos da ‘outra vida’, a vida digital” (Oliveira, 2015, p. 11). Ou seja, seria constituída de contas digitais e ativos digitais. De acordo com este conceito, abrange-se tanto bens patrimoniais como os existenciais.

Como dito anteriormente, a grande pergunta deste estudo é se ao destinar estes bens digitais aos herdeiros, principalmente em relação aos ditos bens existenciais, não se estaria violando o direito à privacidade, que é tanto um direito constitucional como da personalidade do *de cuius*.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, coloca que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por sua vez, o Código Civil de 2002, em seu art. 21, trata a respeito do direito à privacidade: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Será, então, que ao repassar a dita “herança digital” aos herdeiros não se estaria invadindo a esfera de intimidade e privacidade do *de cuius*, visto que poderia ter acesso a mensagens privadas pela possibilidade de acessar essas contas digitais, inclusive as redes sociais? Ainda se está longe de chegar a uma resposta, uma vez que se trata de um tema bastante atual, mas retomaremos em específico este assunto no presente estudo.

Além desses artigos, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - 13.709/2018) (Brasil, 2018), que entrou em vigor em 2020, ainda que não trate diretamente do caso em que a pessoa falece, dispõe em seu art. 1º “sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, tendo como um de seus fundamentos a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

O direito à privacidade, portanto, é imperativo na temática da “Herança Digital”.

Importante ressaltar mais uma vez que a herança deveria se referir apenas àqueles bens dotados de valor econômico, mas muito tem se usado o termo de maneira ampla, incluindo aí os bens existenciais e é neste ponto que se faz a discussão no que toca ao direito à privacidade.

Há aqueles que acreditam que, assim como os álbuns de fotografia e documentos físicos que o falecido deixa ficam à cargo da família; os documentos, textos e fotografias etc. deixados em redes sociais também deveriam ficar à critério dos herdeiros. Isso porque o meio pelo qual é "arquivado" não importa.

Só que a discussão se aprofunda quando se percebe que nas redes sociais há a construção da identidade da pessoa. Então, mais que fotos e documentos, há uma forma de se apresentar para o mundo virtualmente, ou seja, há ali uma construção subjetiva da identidade, uma maneira de se apresentar ao mundo e, assim sendo, não poderia esta identidade, que se trataria de um direito da personalidade, ser transmitida aos herdeiros.

O direito à privacidade compreende a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Mesmo não havendo uniformização doutrinária ou legislativa, é importante destacar a diferença entre intimidade e vida privada, já que ambos os conceitos impactam na categorização dos bens digitais: "Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo" (Moraes, 2020, p. 57). José Adércio Leite Sampaio ensina que:

Como resultado de uma rápida pesquisa etimológica, flagramos a intimidade como um conceito um tanto distinto do de vida privada. Com efeito, intimidade deriva do latim *intimus* que significa "íntimo, mais recôndito", "interior" enlaçando-se ainda com a ideia de "segredo" e "confiança" (...) *privatus* deu origem a *privacy*, *privée*, *privatezza*, *privato* e privado (vida privada), significando originariamente "privado", "particular", "próprio", "pessoal", "individual". Verificamos que, sem embargo do sentido de "recôndito" ou "escondido", intimidade traz em sua raiz um conteúdo

intersubjetivo, relacional, de “proximidade”, “confiança” e “amizade”. Já vida privada parece significar algo isolado, distante, solitário, ligando-se ainda ao sentido de “apropriação” (Sampaio, 1998, p. 268, *itálicos do autor* apud Busiquia, 2015, p. 630)¹⁰⁰.

Assim, a intimidade relaciona-se com a individualidade de cada um, enquanto a vida privada está mais ligada a algo que não se quer divulgar. Na concepção de André Ramos Tavares, “a vida privada abrange um arco de proteção mais amplo que a própria intimidade, porquanto esta protege aspectos mais secretos da personalidade do que aquela” (Tavares, 2005, p. 259).

Para entender melhor, uma divisão bem comum é a que define três esferas: (i) a pública, que é o espaço onde se convive com os outros e onde não se tem como impedir o acesso; (ii) a esfera privada, espaço mais restrito, em que se exige consentimento para adentrar; e, por último, (iii) a íntima, em que existe mais intimidade e é ainda mais restrita.

O que se nota, no entanto, é que essa “divisão” era de mais fácil verificação no mundo “real” de antigamente, uma vez que apenas as pessoas famosas é que despertavam interesse por serem pessoas públicas, sofrendo limitação ao direito à privacidade, até porque, muitas vezes, não tinham direito de escolha do que seria divulgado a seu respeito, ou ainda, elas próprias compartilhavam intimidades que eram de curiosidade do público em geral. Hoje em dia, não é bem assim pelo fato de que muitas pessoas comuns expõem suas vidas nas redes. Ou seja, há uma ilusão de que essas esferas também existem no mundo digital, porém, não é o que acontece na prática.

No caso de perfil nas redes sociais, como dito, há uma construção da identidade, que compõe esta esfera mais íntima da pessoa, mas que, muitas vezes, é compartilhada no âmbito da vida “privada”, tornando-se acessível a um maior número de pessoas, conhecidas como “seguidores” ou ainda em caso de perfis abertos, no espaço público. Mas note-se que não deixa de ser um direito da personalidade, por isso, trata-se de

¹⁰⁰ Sampaio, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

um bem digital existencial, e assim sendo, seria intransmissível.

Por isso, há aqueles que defendem que estas contas nas redes sociais deveriam ser excluídas quando a pessoa falece, visto que englobam direitos da personalidade, o que não permite que sejam transmissíveis, findando-se, dessa forma, com a morte. O mesmo destino teria as obrigações personalíssimas (*intuitu personae*) em que a pessoa titular do direito é essencial ao interesse ali inerente, ou ainda em relação a direitos de família puros. Assim, estariam excluídas essas situações jurídicas explicitadas já que não admitem a sucessão.

Embora ditas intransmissíveis, o legislador trouxe proteção a algumas situações, percebendo que era merecida tutela jurídica e, para tal, indicou legitimados a requerê-la caso fosse necessário, como por exemplo, no que tange os direitos de personalidade (artigos 12 e 20 do Código Civil de 2002). Lembrando, porém, que continuam sendo intransmissíveis, podendo os legitimados apenas confrontar em nome próprio algum direito do falecido que tenha sido ameaçado ou lesado. Percebe-se, desta forma, que a personalidade é um valor e, em sendo um valor, acaba impactando em direitos, como a honra e a intimidade, que são bens jurídicos que independem do seu titular estar vivo ou morto.

Não há ainda uma resposta única que contemple todos os aspectos aqui explicitados. No entanto, a primeira resposta poderia ser na linha de que “as situações jurídicas subjetivas de caráter patrimonial integram o acervo hereditário e serão regidas pela normativa sucessória existente” (Barboza; Almeida, 2021, p. 312). Afinal, “de modo contrário, as situações jurídicas existenciais personalíssimas, intransmissíveis, em razão de sua natureza se extinguem” (*Ibidem*, p. 312).

Ainda assim, é difícil tratar do tema de maneira generalizante diante das inúmeras situações que a vida digital prática impõe, como, por exemplo, um perfil na rede social que se trata de bem digital misto, visto que é, ao mesmo tempo, existencial e patrimonial. De qualquer forma, o que se nota é que, mais do que nunca, faz-se necessário uma legislação que dê conta das complexidades que o meio digital trouxe. Afinal, a partir do virtual, a permanência daquele que faleceu coloca em jogo bens e

direitos que ainda não haviam sido considerados.

Um exemplo bastante interessante trazido pelo livro **“Herança Digital: Controvérsias e Alternativas”** (Teixeira; Leal, 2021) é do jogador de basquete Kobe Bryant que, depois de falecer, ganhou mais de 6 milhões de novos seguidores no Instagram e foi feita publicação em seu perfil, a fim de divulgar o livro feito após a morte do atleta. Não estaria a família invadindo a esfera particular dele, ou seja, sua privacidade? Poderiam os herdeiros postar novos conteúdos na página daquele que faleceu? O primeiro passo a se verificar é se em vida a pessoa falecida já não dispôs sobre o destino que queria dar às suas redes. Mas a partir daí é importante que a lei estabeleça parâmetros.

Voltemos, então, aos projetos de lei que, conforme Tartuce:

[...] colocam em debate uma questão fundamental, qual seja a titularidade do material que é construído em vida pela pessoa na internet, bem como a tutela da privacidade, da imagem e de outros direitos da personalidade do morto. Em parecer muito bem estruturado oferecido perante o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), o Professor Pablo Malheiros Cunha Frota manifestou-se em sentido contrário às projeções, com razão, substancialmente pelo fato de estarmos tratando de direitos essenciais e personalíssimos do *de cujus*, que, nesse caso, não podem ser transmitidos aos herdeiros de forma automática, mas devem ser imediatamente extintos com o falecimento (Tartuce, 2018, p. 875, *itálicos do autor*).

A questão é que, no mundo digital, o caráter patrimonial e existencial dos bens se confunde. Uma conta do *Instagram* que gera milhões de reais por mês é também o local de troca de conversas, mensagens e fotos entre o *de cujus* e terceiros, além da expressão de sua identidade. Portanto, a sucessão dos bens digitais pelos herdeiros, tal como se estabelece na sucessão legítima, ofende diretamente o Direito à Privacidade do *de cujus*, pois o “bem digital é uma projeção da privacidade e não houve declaração expressa de vontade ou comportamento concludente do seu titular, autorizando algum herdeiro ou terceiro a acessá-lo e geri-lo” (*Ibidem*, p. 876).

Por ser uma expressão própria da personalidade do *de cuius*, mesmo diante da natureza patrimonial, a herança dos bens digitais sempre deverá ser sopesada com os direitos da personalidade do falecido e sua vontade expressada em vida.

Diante da ausência legislativa na matéria no Brasil, é clara a assertiva que somente a sucessão testamentária dos bens digitais não ofende a privacidade do *de cuius*, pois nela há a inequívoca vontade do falecido. Assim, qualquer forma de sucessão diversa desta, ofenderia diretamente a privacidade do *de cuius*, já que permitiria o acesso e uso das redes sociais e demais bens digitais existenciais sem qualquer ressalva pelos herdeiros.

Mesmo com a aprovação dos projetos de lei acima citados, a discussão quanto a ofensa à privacidade ainda fica, até porque os projetos permitem que os bens digitais sejam transmitidos aos herdeiros mesmo sem vontade expressa por parte do falecido, matéria típica da sucessão legítima.

Em todo caso, a discussão seria muito mais rica se houvesse tratamento legal da matéria. Sem lei, não se admite que haja essa transmissão automática dos bens digitais existenciais aos herdeiros, apenas cabendo o disposto no instituto do testamento. Logo, a mera ausência legislativa gera uma insegurança jurídica sem fim, ficando a decisão à critério dos tribunais.

5. CONCLUSÃO

A sucessão compreende a situação jurídica na qual uma pessoa substitui outra na titularidade de um bem ou ainda em uma relação jurídica. O Direito das Sucessões se incube de disciplinar a transmissão do patrimônio ativo e passivo do falecido aos herdeiros, tratando apenas da sucessão *causa mortis*.

O Direito das Sucessões, assim como os outros ramos do direito, foi profundamente impactado pelo avanço da internet e tecnologias digitais. Novas relações sociais e jurídicas foram estabelecidas, fazendo surgir os chamados bens digitais, que podem ser divididos em três tipos: os existenciais, dotados de valor sentimental/afetivo; os bens digitais economicamente avaliáveis, ou seja, de caráter patrimonial; e os mistos,

conhecidos como existenciais/patrimoniais. As redes sociais são exemplos de bens digitais existenciais ou mistos.

Como a sucessão, apesar de admitir o tratamento de bens extrapatrimoniais, regula essencialmente bens patrimoniais, é possível compreender que os bens digitais dotados de valor econômico integram a herança. A dúvida principal está em relação aos bens existenciais ou mistos.

Limitando a incidência dessa questão nas redes sociais, é certo que os bens digitais integram parte da personalidade jurídica do indivíduo. O caráter patrimonial dos bens digitais, portanto, se confunde com a pessoa do *de cuius* no caso de bem digital misto.

Desse modo, apesar de ser urgente o tratamento da questão, o Brasil carece de legislação na matéria. Há apenas dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, o PL 3050/2020 e o PL 1144/2021, que visam regulamentar a chamada “Herança Digital” e admitem, inclusive, a sucessão legítima dos bens digitais.

À luz do direito à privacidade, há uma verdadeira ofensa em se admitir que os bens digitais, tais como as redes sociais, sejam transmitidos diretamente aos herdeiros sem a vontade manifesta do falecido, pois independentemente do caráter patrimonial desses bens, há dados que são próprios da pessoa titular e que expõem terceiros, por exemplo.

Dessa maneira, é clara a assertiva de que o direito à privacidade deve não apenas ser sopesado no tratamento da herança digital, como também ser o fundamento na regulamentação dessa matéria.

A falta de legislação no Brasil acaba por destemperar essa discussão, pois diante da ausência de lei, aplica-se a regra geral da sucessão testamentária, na qual, diante da vontade inequívoca do *de cuius* a sucessão é determinada.

Se o falecido permite o acesso aos seus bens digitais pelos herdeiros, não se poderia falar de ofensa à privacidade. Portanto, apesar da ausência legislativa gerar forte

insegurança jurídica, até agora, a regra geral estabelecida é a sucessão testamentária, sem ofensa ao direito constitucional da privacidade.

O que resta a considerar e ponderar é que o Brasil, mais do que nunca, deve buscar se adaptar às novas relações estabelecidas no século XXI. A internet exige novas regulamentações e, portanto, a herança digital deve ser tratada urgentemente por esse país de tradição da *Civil Law*.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **A extensão existencial por testamentos afetivos**. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 19 jun. 2021.

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Tecnologia, morte e direito: em busca de uma compreensão sistemática da "herança digital". In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coordenação). **Herança digital: Controvérsias e Alternativas**. 1. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. 312 p.. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=ueIsEAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=heranca+digital&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Código Civil, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Diário Oficial da União. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Decisão interlocutória nos autos nº 0001007-27.2013.8.12.0110**. 19 mar. 2013. Disponível em: <https://>

migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Decisão interlocutória nos autos nº 002337592.2017.8.13.0520, 2018. In: Justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital. IGNACIO, Laura. **Revista Valor Econômico**, 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/09/17/justica-recebe-os-primeiros-casos-sobre-heranca-digital.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004334-42.2017.8.26.0268. Apelante:** Apple Computer Brasil Ltda. Apelados: Maria Clara Delgaudio Weiss (menor representada) e Amanda Lopes de Souza Delgado (representando menor). Relator: Rômulo Russo, 31 de março de 2021. Disponível em: getArquivo.do. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4099, de 20 de junho de 2012.** Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4847, de 12 de dezembro de 2012.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?doctor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3050, de 02 de junho de 2020.** Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1899763. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1144, de 30 de março de 2021.** Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1982888&filename=Tramitacao-

PL+1144/2021. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 4.815**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BIOGRAFIAS. 2015. Disponível em:

<https://www.stfjus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815LRB.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues; SANTOS, Mathias Carvalho dos. Planejamento Sucessório do Patrimônio Virtual: o respeito à personalidade virtual. **Anais do ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, [S. l.], v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8549>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BUSIQUIA, Thais Seravali Munhoz Arroyo. A colisão entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação. In: **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação Direitos e garantias fundamentais II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/q30CR2ZSkoyXl6oU.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

CADAMURO, Lucas Garcia. **Proteção dos Direitos da Personalidade e a Herança Digital**. 1 ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2019.

COSTA, Vanuza Pires da; MACIEL, Camilla Menezes. Herança digital: a eminente necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6529, 17 maio de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90345>. Acesso em: 20 jun. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume 1 – Parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, v. 1. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592849/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

_____, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume 7 – Direito das sucessões.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019, v. 7. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616015/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 14 set. 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital** (livro eletrônico). Porto Alegre, RS: s.c.p., 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=bQxyDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA12&dq=redes+sociais+e+heranca%3F&ots=pa20Gznyue&sig=nLQbpMDW7r3UKayo4nIQtyvj3l&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 15 jun. 2021.

LEVISKY, Ruth Blay. Expressões da intimidade nos vínculos: interferências da cultura. **Ide (São Paulo)**, São Paulo, v. 39, n. 63, p. 41-58, 2017. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31062017000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 set. 2021.

MEIRELES, Stella Mendes; BATALHA, Samuel Wesley de Souza. **Bens Digitais Legados e a Computação em Nuvem:** Uma Proposta de Características Desejáveis para a Modelagem de Softwares que tratem o Legado Digital. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Ciência da Computação) - Ciências Exatas, Ciência da Computação, Universidade de Brasília. Brasília, 2016. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/17230/1/2016_StellaMeireles_SamuelWesley_tcc.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 36. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597024913. 994 p. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913>.

9788597024913/. Acesso em: 14 set. 2021.

OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. **Luto digital**: plataformas para a gestão da herança digital. 2015. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia e Gestão de Sistemas de Informação) - Faculdade de Engenharia, Universidade de Minho (Portugal). Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/40297>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OLIVEIRA, Júlia Venas et al. **A destinação de bens digitais post mortem**: conflitos entre a sucessão dos herdeiros e os direitos da personalidade do usuário de cujus. 2020. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Salvador. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/2529>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital – natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 26 out 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-e-regime-juridico-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima - primeiras reflexões**. Centro de Investigação de Direito Privado, 2018, v. 5. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

TAVARES, André Ramos. Liberdade de expressão-comunicação em face do direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coords.). **Direito à Privacidade**. São Paulo: Ideias e Letras e Centro de Extensão Universitária, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coordenação). **Herança digital**: Controvérsias e Alternativas. 1. Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. pág. 312. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=uelsEAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=heranca+digital&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 20 jun. 2021.

A TUTELA JURISDICIONAL DOS TRABALHOS SEXUAIS NO DIREITO BRASILEIRO¹⁰¹

THE JURISDICTIONAL GUARDIANSHIP OF SEXUAL WORK IN BRAZILIAN LAW

Lucas Delgado Carvalho¹⁰²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de realizar um breve mapeamento sobre como o direito brasileiro tutela as demandas que circundam os trabalhos sexuais. Assim, desenvolve-se o tema em três vias principais: a primeira diz respeito ao conceito desta atividade laboral, bem como as atividades por ele englobadas. A segunda buscará expor a forma com que o direito positivo brasileiro e parte da jurisprudência, tratam o tema, em especial no âmbito das esferas trabalhista e penal, pontuando eventuais incoerências nesse trato. Por fim, em caráter conclusivo, será realizada uma breve crítica a respeito da realidade observada, questionando o porquê do direito ainda se mostrar tão inerte frente à realidade dessas profissões e de seus trabalhadores. A metodologia adotada é a da pesquisa bibliográfica em relação à literatura especializada sobre o tema; e a da pesquisa documental, em relação à legislação e jurisprudência.

Palavras-chave: Trabalhos sexuais; estigma social; direito penal; direito trabalhista.

ABSTRACT

The present work aims to carry out a brief mapping on how Brazilian law protects the demands that surround sexual work. The theme is developed in three main ways: the first concerns the concept of this work activity, as well as the activities encompassed by it. The second will seek to expose the way in which positive Brazilian Law and part of precedents address the issue, especially in the labor and penal spheres, punctuating

¹⁰¹Submetido em 04 jun. 2021. Aprovado em 21 nov. 2021.

¹⁰²Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4584-0989>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8137504477714518>. E-mail: idcarvalho55@gmail.com.

any inconsistencies in this deal. Finally, a brief criticism will be made regarding the observed reality, questioning why the law is still so inert in front of the reality of these professions and their workers. The methodology adopted is bibliographic research about the specialized literature on the subject; and documentary research about legislation and precedents.

Keywords: Sexual works; social stigma; criminal law; labor law.

1. INTRODUÇÃO

Embora a temática dos trabalhos sexuais possa gerar certo desconforto ao leitor, em razão do tabu que circunda o objeto, é fundamental que juristas, legisladores e profissionais de outras áreas se debruçam sobre o tema tal matéria, visto que se trata de uma situação que envolve diversas questões de aspecto social, psicológico, econômico e até mesmo de saúde pública.

O estigma moral é particularmente evidenciado nestas relações de trabalho, o que, por vezes, prejudica uma discussão técnica a respeito do tema. O rótulo de “atividade imoral ou impura” ainda é utilizado como forma de deslegitimar, e até mesmo desumanizar, aqueles que, por diversas razões, laboram neste meio. Assim, é necessário salientar que o princípio da proteção (Delgado, 2017, p. 213-214), basilar do Direito do Trabalho, visa justamente atenuar as diferenças existentes em uma relação laboral, estabelecendo diversos institutos legais que visam assegurar os direitos e as garantias da parte hipossuficiente, qual seja, o trabalhador.

Na esteira da garantia de direitos, indiferente o motivo que leva o trabalhador sexual a realizar esta atividade, visto que o Direito deve tutelar as garantias de todos os cidadãos sob sua responsabilidade, sem qualquer tipo de distinção. Preconceitos de ordem moral não devem ser empecilhos para estas garantias. Obviamente, aqueles que se encontram em certas situações demandam certas tutelas específicas. Conforme será visto adiante, os trabalhadores sexuais não formam um grupo homogêneo, possuindo diversas diferenças entre si em termos de classe social, gênero, idade, tipo de trabalho sexual realizado, entre outras.

É necessário apresentar a estes trabalhadores a possibilidade de enxergar, nas instituições da Justiça, uma fonte garantidora de seus direitos, tal qualquer outro cidadão, sob a cobertura legal de um Estado Democrático de Direito.

2. CONCEITUANDO: O QUE SÃO “TRABALHOS SEXUAIS”?

2.1. BREVE HISTÓRICO

O termo “trabalho sexual” surgiu em meados da década de 1970, nos Estados Unidos, fruto de movimentos sociais que buscavam dar um novo entendimento à atividade da prostituição¹⁰³, conferindo um *status* de atividade de trabalho comum, que deveria ser compreendida e tutelada (Ramalho, 2012). A principal pauta à época era retirar o rótulo de marginal atribuído às prostitutas, no sentido de descriminalizar a atividade e retirar o estigma social imposto pela sociedade. A organização estadunidense COYOTE¹⁰⁴ (*Call Off Your Old Tired Ethics*) desempenhou um papel pioneiro nesta militância (*Ibidem*).

Por “estigma social”, adotando como definição as lições de Erving Goffman (2004), entende-se que o trabalhador sexual detém um desvio de comportamento ao exercer uma atividade laboral “imoral”, de modo que sua identidade real não condiz com as expectativas normativas de comportamento individual em um determinado ambiente social (identidade virtual). Essa quebra de expectativas gera uma forte desaprovação do indivíduo no meio social em que está inserido, o levando, por vezes, à marginalização.

Como forma de autodefesa, o indivíduo estigmatizado busca esconder as características vistas como inadequadas, tornando sua existência algo imperceptível ao ambiente público. Boa parte da sociedade brasileira de fato enxerga o trabalho sexual como uma atividade inadequada, que viola o regramento moral vigente. Um desdobramento dessa realidade é justamente a busca pelo anonimato tanto do

¹⁰³Prestação de serviços sexuais em troca de compensação financeira.

¹⁰⁴Organização de prostitutas fundada pela ativista Margaret Jean “Margo” St. James em 1973, na cidade de San Francisco, EUA. Organização de prostitutas fundada pela ativista Margaret Jean “Margo” St. James em 1973, na cidade de San Francisco, EUA.

trabalhador quanto do cliente, fato este que prejudica debates referentes à regulamentação da atividade ante a invisibilidade social.

Retomando a narrativa histórica, destaca-se que o movimento estadunidense encontrou bastante resistência na época, não apenas em setores conservadores, mas também por outros movimentos sociais¹⁰⁵, que entendiam que a atividade da prostituição não deveria ser regulamentada como profissão comum, pois se tratava de uma atividade exploratória, violenta e depreciativa, devendo, portanto, ser combatida. As prostitutas deveriam receber auxílio e direcionamento para outros setores do mercado de trabalho, e não serem incentivadas a continuar laborando nesse meio, o que poderia ocorrer caso a atividade fosse regulamentada. Tinha-se um embate entre uma corrente feminista fundada no liberalismo, no sentido de autonomia pessoal para se escolher um trabalho, e outra fundada no marxismo, no sentido de enxergar na prostituição um meio pelo qual o capitalismo objetifica e oprime as mulheres (*Ibidem*), que compõem um grupo majoritário na categoria de trabalhadores sexuais.

Apesar de polêmico, o movimento pela regulamentação teve ramificações em diversas partes do mundo, especialmente na Europa. Um marco do movimento europeu dos profissionais do sexo se deu em 2005, com a "*European Conference on Sex Work, Human Rights, Labour and Migration*", organizada em Bruxelas pelo "*International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe – ICRSE*¹⁰⁶". Dessa conferência surgiram documentos como a "*Declaração dos Direitos dos Profissionais do Sexo na Europa*" e o "*Manifesto dos Trabalhadores do Sexo na Europa*", que à época foram entregues aos deputados do Parlamento Europeu¹⁰⁷. Nesses documentos são reclamados pelos trabalhadores sexuais os direitos à vida, à liberdade, à segurança

¹⁰⁵ Kathleen Barry, socióloga estadunidense conhecida por combater o tráfico de mulheres e a exploração sexual, é uma voz dessa corrente.

¹⁰⁶ O Comitê Internacional dos Direitos dos Trabalhadores do Sexo na Europa (ICRSE) é uma rede de organizações de trabalhadores do sexo e seus aliados que trabalham juntos para apoiar o desenvolvimento de leis, políticas e práticas nacionais e internacionais que respeitem e defendam os direitos humanos e trabalhistas de profissionais do sexo na Europa e na Ásia Central" (tradução nossa). No original: "International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe (ICRSE) is a network of sex worker organisations and their allies that work together to support the development of national and international law, policy and practice, which respects and upholds the human and labour rights of sex workers throughout Europe and Central Asia". Descrição retirada do site da própria entidade. Disponível em: <https://www.sexworkeurope.org/>. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁰⁷ O Parlamento Europeu é o poder legislativo da União Europeia.

peçoal, à proteção contra a violência, à intimidade, à liberdade de movimento, à proteção igual diante da lei, à liberdade de expressão, ao acesso a condições justas e favoráveis de trabalho, à não discriminação, entre outros (Ramalho, 2012).

Na Europa, são oito os países em que a prostituição é legalizada e regulamentada, quais sejam, Holanda, Alemanha, Áustria, Suíça, Grécia, Turquia, Hungria e Letônia. Países do norte europeu, como Suécia, Noruega e Islândia, além de França e Irlanda, criminalizam o ato de pagar por sexo, ou seja, o cliente é criminalizado. No leste europeu, adota-se uma política de criminalização tanto de quem paga por sexo quanto de quem o vende. Por fim, países como Espanha, Itália e Portugal não proíbem a atividade da prostituição, mas sim a exploração econômica através de prostíbulo e bordéis¹⁰⁸. Nos Estados Unidos, apenas um dos Estados (Nevada) permite algumas formas de prostituição em alguns condados afastados de Las Vegas.¹⁰⁹

Para além da prostituição “tradicional”, existe um outro mundo que move o mercado do sexo. Trata-se da “pornografia”. A palavra é oriunda do grego: “*pórne*” significa “prostituta”, e “*gráphos*” significa “escrita”. Originalmente, significava a descrição gráfica da atividade da prostituição. Atualmente, é empregada em sentidos que variam desde o estudo da prostituição, designação de qualquer material que tem como objetivo apenas o de provocar excitação sexual e até a ação ou representação que ataca ou fere o pudor, a moral ou os considerados bons costumes¹¹⁰ (Garcia, 2015).

Adota-se, neste trabalho, o uso da expressão no sentido de produção de conteúdo erótico, visto que é assim que a “indústria do sexo” a utiliza. O interessante a respeito da pornografia é observar como ela evoluiu ao longo das últimas décadas. Se inicialmente ela se limitava a contos eróticos literários, com o avanço da tecnologia e de outros meios de difusão cultural, alcançaram-se proporções gigantescas pelo mundo, especialmente através do audiovisual. O principal exemplo neste sentido está

¹⁰⁸PROSTITUIÇÃO na Europa. In: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Prostitui%C3%A7%C3%A3o_na_Europa. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹⁰⁹MELO, J. O. Os paradoxos entre prostituição e pornografia nos EUA. **Consultor Jurídico**. [S. l.], 22 de junho de 2012. Disponível em: <https://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/3159263/>. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹¹⁰“Pornografia”, **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2021**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/pornografia>. Acesso em: 04 fev. 2021.

na revista *Playboy*, fundada nos Estados Unidos em 1953. Com edições mundiais, inclusive no Brasil (1975-2017), a revista se tornou referência em conteúdo pornográfico, não apenas por meio de fotos em revistas, como também por filmes em canais de TV.

O advento da internet possibilitou uma verdadeira avalanche de conteúdo erótico disponível e acessível ao público sem grandes restrições. A pirataria foi o principal agente difusor deste tipo de conteúdo. Para além dela, surgiram os conteúdos produzidos pelos próprios utilizadores, ao melhor estilo "*Broadcast yourself*"¹¹¹. Hoje em dia, é extremamente fácil achar conteúdo audiovisual, não apenas gravado como também ao vivo, em diversas plataformas virtuais, pelos mais diversos preços, pelas mais variadas formas, pelos mais variados atores e disponibilizando todo tipo de conteúdo imaginável.

Essa explosão recente de pornografia virtual gerou um rearranjo no mercado tradicional. Empresas do ramo, como a própria Playboy Brasil, perderam espaço, dando lugar a estas novas plataformas. Novas formas remuneração dos produtores de conteúdo surgiram, não se restringindo apenas à celebração de contratos entre empresa e ator. Hoje, a obtenção de renda se dá também através da monetização de vídeos, que ocorre por meio da veiculação de anúncios, ou através da compra do conteúdo ou pagamento de assinaturas (a depender da forma como opera a plataforma) por parte dos usuários/clientes.

O que ocorre hoje em dia na pornografia global é um novo arranjo nas relações de trabalho, nas quais o trabalhador atua, em tese, de forma mais autônoma, mas responde a uma empresa privada, tendo suas condutas e remunerações regulamentadas por esta. É um modelo de relação de trabalho, definido por Roseli Barbosa (2017) como "*uberização*"¹¹² do mercado do sexo, justamente pela informalidade da relação e a inexistência de vínculo empregatício entre plataforma e modelos.

¹¹¹Slogan do YouTube no momento de sua criação. Significa "Transmita você mesmo" (tradução nossa).

¹¹²Termo utilizado para definir a relação de trabalho na qual não há vínculo empregatício formal entre o prestador de serviços e a empresa que ele representa. O conceito tem origem no nome do aplicativo "Uber", um dos pioneiros nesse tipo de relação.

Há plataformas nacionais que funcionam sob a lógica de que o produtor disponibiliza o conteúdo e é remunerado conforme as assinaturas que ele conseguir atrair para o seu perfil. Quem define o valor da assinatura é o próprio produtor, porém ele deve obedecer a uma margem estabelecida pelo site. É possível, inclusive, acontecer uma interação ao vivo entre o produtor e o usuário, em uma espécie de “*telessexo*”. O produtor estipula um valor para cada pulso de ligação, obedecendo também às margens previamente determinadas, e recebe de acordo com os pulsos gastos pelo usuário. Plataformas internacionais com funcionamento semelhante também são utilizadas por produtores brasileiros, muito em função da obtenção de renda se dar em moeda estrangeira, o que acaba rendendo lucros maiores quando ocorre a conversão para a moeda nacional.

2.2. TRABALHO PROIBIDO X TRABALHO ILÍCITO

A doutrina trabalhista traz uma relevante distinção entre o que seria um trabalho proibido e o que seria um trabalho ilícito. É sob esse prisma que se definem as situações sobre as quais a tutela da legislação trabalhista deve incidir¹¹³, pois, para uma relação contratual ser resguardada pelo ordenamento jurídico, é fundamental que ela seja fundada em situação lícita, não podendo, por exemplo, ser compensado o trabalhador que pratica crime ao aceitar, de forma consciente, contrato trabalhista fundado em objeto ilícito (Cassar, 2017).

Conforme leciona Maurício Godinho (2017), os elementos formais de um contrato de trabalho também são de suma importância para a existência da relação de trabalho, de modo que, caso o indivíduo trabalhe de forma onerosa, com pessoalidade, eventualidade e sob subordinação (elementos materiais presentes), mas preste serviço ilícito, como a participação na cadeia do tráfico de entorpecentes, o vínculo formado não possui validade no âmbito justralhista, de modo que o prestador de serviços não terá qualquer garantia trabalhista reconhecida.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 ago. 2021. O art. 104 da legislação em destaque trata dos elementos essenciais os quais um contrato de trabalho de ter, qual seja; o agente capaz; o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prevista ou não defesa em lei.

Assim, é possível conceituar o trabalho ilícito como aquele no qual o objeto do contrato trabalhista, isto é, a atividade laboral a ser exercida pelo trabalhador, é ilícita, afrontando não apenas o ordenamento trabalhista como a própria lei penal. Tem-se como exemplo as atividades envolvendo o tráfico de drogas. Nessas situações, não há reconhecimento dos efeitos do contrato de trabalho, tampouco de verbas trabalhistas, uma vez que a própria relação é ilícita na medida em que a atividade-fim acaba sendo uma prática criminosa.

Já o trabalho proibido, por sua vez, é aquele exercido em condições diversas daquelas elencadas pela legislação de proteção trabalhista. Como exemplo, cita-se o caso do trabalhador menor de 14 anos. Nesses casos, ainda que o trabalho ocorra em desconformidade à norma trabalhista de ordem pública, todos os efeitos contratuais entre empregado e empregador são resguardados, de modo a garantir a seguridade da parte vulnerável com fulcro no princípio da proteção, uma vez que a tutela trabalhista não pode ser interpretada e aplicada de forma contrária a quem ela visa proteger.

Tendo essa distinção em mãos, é possível abarcar os trabalhos sexuais em um dos dois conceitos descritos? A priori, nem a prostituição, nem a pornografia em suas variadas formas, são ilícitos penais, de modo que não seria possível conceituá-las como trabalho ilícito. A prostituição, inclusive, é reconhecida como ocupação pela Classificação Brasileira de Ocupações (CBO¹¹⁴) (Brasil, 2002).

Por outro lado, o Código Penal Brasileiro impede a relação agenciador-prostituta, vez que a considera um ilícito penal, o que acaba dificultando o acesso de certos trabalhadores aos seus direitos. Trata-se de um relevante paradoxo em termos de legislação. Como tutelar a dignidade do trabalhador sexual sendo o contrato de trabalho, elemento básico de qualquer relação empregado/empregador, algo ilícito, ainda que a atividade em si não o seja?

¹¹⁴Código 5198-05: "Profissional do sexo - Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo. Descrição: Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam as vulnerabilidades da profissão".

No próximo bloco, será apresentado um mapeamento de legislação e jurisprudência a fim de responder como essas áreas vêm lidando com esse e outros dilemas envolvendo os trabalhos sexuais.

É de suma importância que sejam estabelecidas as devidas diferenciações entre o que pode ser considerado um trabalho sexual – uma atividade laboral com fins de remuneração exercida por pessoa capaz – do que seria uma atividade criminosa, como a exploração sexual e o tráfico de pessoas, justamente para se ter balizas bem definidas acerca do que deve ser tutelado pelo direito do trabalho e o que deve ser regido na esfera penal, garantindo assim, direitos trabalhistas a quem de direito. A penalização generalizada, somada ao estigma que ronda a atividade, em nada contribui para o alcance de garantias a esses profissionais. É perfeitamente factível que o direito tutele as garantias dos trabalhadores sexuais ao mesmo tempo em que coíbe práticas que envolvam exploração sexual, vez que são funções antagônicas.

3. A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO SEXUAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Quando se fala em regulamentação da atividade, adotando-se a classificação clássica (Barroso-Pavía, 2020), se destacam quatro modelos ideológicos diferentes, quais sejam o regulamentarista, o abolicionista, o proibicionista e o trabalhista. Cada um desses modelos aborda a questão a partir de premissas diferentes, propondo diversas formas de solução para o entrave. É válido destacar que tais classificações possuem forte influência de movimentos feministas em suas variadas vertentes, conforme explicado nos tópicos iniciais deste artigo. Tomando como base as investigações de Barroso-Pavía (*Ibidem*), apresenta-se uma breve descrição acerca de cada um desses quatro modelos.

O modelo regulamentarista parte da premissa de que a prostituição é algo negativo, porém, trata-se de um “mal” impossível de vencer. Por essa razão, ao invés de proibir, sujeita-se a atividade a uma série de regras com as quais se busca reduzir os problemas e riscos a ela inerentes. Esse modelo começou a se desenvolver e a se espalhar por toda a Europa no século XIX.

O modelo abolicionista também entende a prostituição como algo negativo, que deve ser erradicado. Assim, propõe-se a criminalização de tudo o que estiver relacionado com o exercício dessa atividade, independentemente de haver ou não consentimento. O único ator não criminalizado seria quem a exerce, pois são entendidos como vítimas que ambicionam a sua reintegração na sociedade. O nome “abolicionista” vem, justamente, do ideal de libertar o indivíduo da profissão degradante.

O modelo proibicionista é mais um modelo que enxerga a prostituição como algo negativo, que deve ser erradicado da sociedade. Para tal objetivo, propõe-se a criminalização de tudo o que ronda a atividade, desde quem a pratica quanto quem, por meio de sua exploração, obtém lucros.

Por fim, o modelo trabalhista se destaca por enxergar na atividade da prostituição um trabalho como outro qualquer, devendo ser assim encarado. Leva-se em consideração a possibilidade de o indivíduo exercer a atividade por livre vontade, sem necessariamente haver uma questão atrelada à subsistência. É um modelo que tende a distinguir a prostituição voluntária da prostituição forçada. A voluntária seria entendida como trabalho, enquanto a forçada seria uma situação contra a qual toda a comunidade deve lutar. Defende-se que o reconhecimento como trabalho implicaria uma melhoria na situação dos profissionais que a exercem voluntariamente, podendo também ajudar na luta contra ações criminosas que têm a prostituição como plano de fundo, tal como o tráfico de pessoas com fins de exploração sexual.

Em se tratando de legislação brasileira, conforme já mencionado neste trabalho, sabe-se que o Brasil reconhece a atividade da prostituição, estando ela elencada na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) sob o código nº 5198-05 (Brasil, 2002). Isso permite àquele que vive da prostituição a possibilidade de recolher contribuições previdenciárias, garantindo direitos comuns a todos os trabalhadores, como aposentadorias e auxílio-doença.

Apesar da possibilidade, muitos, em função do estigma social, preferem declarar que exercem outro tipo de atividade autônoma a fim de recolher verbas previdenciárias. Um exemplo é a situação na Alemanha. Segundo apuração do grupo noticiário local

Deutsche Welle (DW), feita em 2017¹¹⁵, apesar da legislação da atividade sexual profissional estar em vigor, para se obter a tutela legal é obrigatório que o profissional se registre. Justamente por temer o estigma social atrelado, que pode ocasionar perdas futuras caso o indivíduo decida, por exemplo, laborar em outro meio, muitos profissionais preferem não se registrar, atuando no mercado de maneira informal. Ademais, há o receio de fornecer dados ao Estado, pois, ao divulgar informações como renda e local de trabalho, existe a possibilidade de a segurança do indivíduo ser comprometida por meio de ameaças e coações ilegais.

Retornando ao Brasil, alguns pontos podem ser destacados no texto da CBO. O primeiro deles é o tópico referente às condições gerais de exercício da ocupação:

Trabalham por conta própria, na rua, em bares, boates, hotéis, porto, rodovias e em garimpos. Atuam em ambientes a céu aberto, fechados e em veículos, em horários irregulares. No exercício de algumas das atividades podem estar expostos à inalação de gases de veículos, a intempéries, a poluição sonora e a discriminação social. Há ainda riscos de contágios de DST, e maus-tratos, violência de rua e morte (Brasil, 2002).

O interessante desse trecho é perceber a preocupação do documento em explicitar todo o tipo de ambiente no qual a atividade da prostituição pode ser realizada, bem como todos os riscos inerentes à atividade, que podem ser de natureza física, moral e/ou patrimonial. Há também a questão da autonomia laboral, vez que o documento é taxativo ao afirmar que os indivíduos “trabalham por conta própria”. A questão da autonomia também é perceptível no campo “descrição sumária”, no qual há todo o cuidado em incorporar ao campo de ação dos “profissionais do sexo” outras atividades além da “prestação de serviços de natureza sexual”.

Batalham programas sexuais em locais privados, vias públicas e garimpos; atendem e acompanham clientes homens e mulheres, de orientações sexuais

HÖPPNER, S. O lado ruim da lei alemã de proteção a profissionais do sexo. **Deutsche Welle**, Alemanha, 2017. Disponível em: <https://p.dw.com/p/2qMnG>. Acesso em: 01 mar. 2021.

diversas; administram orçamentos individuais e familiares; promovem a organização da categoria. Realizam ações educativas no campo da sexualidade; propagandeam os serviços prestados. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam as vulnerabilidades da profissão (Brasil, 2002).

Por fim, o campo “formação e experiência” destaca a importância de os profissionais terem acesso a alternativas que lhes possibilitem outros meios de geração de renda que viabilizem o abandono da prostituição se assim o desejarem:

[...] Outros cursos complementares de formação profissional, como por exemplo, cursos de beleza, de cuidados pessoais, de planejamento do orçamento, bem como cursos profissionalizantes para rendimentos alternativos também são oferecidos pelas associações, em diversos Estados [...] (*Ibidem*, grifos nossos).

Considerando todas essas disposições ao contexto do Brasil, infere-se que o país adota um modelo de regulamentação cuja raiz é abolicionista, visto que o prestador de serviço não incorre em crime e é incentivado a procure outra ocupação. A exploração econômica da atividade por terceiro, todavia, é vista como crime.

O reconhecimento da ocupação ensejou outras iniciativas de regulamentação formal dos trabalhos sexuais. A seguir, uma análise de duas movimentações que se tornaram Projetos de Lei no Congresso Nacional.

3.1. PL Nº 98-A/2003, DE AUTORIA DE FERNANDO GABEIRA

O Projeto de Lei nº 98-A, apresentado em fevereiro de 2003 pelo então deputado federal Fernando Gabeira, à época filiado ao Partido dos Trabalhadores, tinha como proposta a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e supressão dos artigos 228, 229 e 231 do Código Penal. O documento foi pioneiro ao levar ao Parlamento Nacional o tema da regularização da prostituição.

Na justificativa, o deputado cita o fato da ineficiência de se tentar criminalizar a

prostituição, inclusive através de medidas sanitárias, de modo que – dada a existência da prostituição estar condicionada a quem por ela pague, sendo inclusive contemporânea à existência da própria civilização – é razoável admitir que as pessoas que prestam serviços de natureza sexual façam jus ao pagamento por tais serviços, podendo acionar a Justiça em busca de eventual pagamento não realizado.

Importante destacar que a justificativa para a supressão dos artigos 228 (favorecimento da prostituição) e 229 (casa de prostituição) do Código Penal ocorrer se dá em virtude da incongruência de se penalizar o favorecimento de uma atividade que não é considerada ilícita, enquanto a supressão do artigo 231 (tráfico de mulheres) do Código Penal tem lugar em função do dispositivo penalizar apenas o tráfico quando este possui fins de levar a mulher à prática da prostituição.

Conforme narra Marlene Rodrigues (2009), o PL n. 98/2003 passou por uma audiência pública, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, em agosto de 2003, a qual foi convocada justamente para discuti-lo. Na audiência, estavam presentes representantes de entidades feministas, da Rede Nacional de Profissionais do Sexo, universidades e representantes dos órgãos governamentais que vinham trabalhando com o tema.

O relator designado após a audiência votou de forma favorável, tanto nos aspectos materiais, quanto no mérito, todavia, o PL sofreu forte resistência na Câmara. Destaque para o PL nº 2169/2003 de Elimar Máximo Damasceno (então filiado ao Partido de Reedificação da Ordem Nacional, PRONA), que tinha uma proposta antagônica à propositura de Gabeira, vez que visava à tipificação do crime de contratação de serviços sexuais, incluindo na mesma pena quem aceita a oferta de prestação de serviço de natureza sexual tendo ciência que o serviço estaria sujeito à remuneração.

Entre idas e vindas na Câmara, com mudança de relator, arquivamentos e desarquivamentos, em 2021, o PL nº 98-A/2003 encontra-se arquivado¹¹⁶, sem qualquer movimentação desde 2007.

¹¹⁶BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 98/2003 e seus apensados. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/104691>. Acesso em: 01 mar. 2021.

Em 2009, por força da Lei nº 12.015/09, que promoveu uma reforma nos crimes contra a dignidade e liberdade sexual, a redação dos artigos debatidos pelo PL nº 98-A/03 sofreu pontuais, porém relevantes, alterações. O artigo 229 trocou o termo “casa de prostituição” por “estabelecimento em que ocorra a exploração sexual” (Brasil, 2009), em uma forma de diferenciar a atividade da prostituição consentida da exploração sexual da pessoa em situação de vulnerabilidade econômica. Também houve troca na redação do artigo 228, que passou a ter qualificadoras mais rígidas, além da criação do artigo 218-B, que criminalizou o favorecimento da prostituição ao menor de dezoito anos ou ao adulto que, por enfermidade ou deficiência mental, é relativamente incapaz (*Ibidem*). O artigo 231, posteriormente, veio a ser suprimido, tal qual será visto na próxima seção.

3.2. PL Nº 4.211/2012, DE AUTORIA DE JEAN WYLLYS

O Projeto de Lei nº 4.211/2012, de autoria do então deputado federal Jean Wyllys, à época filiado ao Partido Socialismo e Liberdade, é uma espécie de aprimoramento da proposta anterior de Fernando Gabeira. A nova proposição visava à regulamentação da atividade dos profissionais do sexo, buscando não apenas a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual, como também explicitando os requisitos necessários para que o indivíduo fosse legalmente considerado um profissional do sexo, como idade superior a dezoito anos, capacidade plena e voluntariedade para a prestação do serviço (Brasil, 2012).

O documento também trazia vedações à prática de exploração sexual, explicitando as condições desse tipo de prática, além de flexibilizar as formas pela qual o profissional do sexo poderia exercer a atividade, sendo de forma autônoma, por cooperativa ou por meio da casa de prostituição, desde que não se praticasse a exploração sexual. O profissional também teria direito à aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 (*Ibidem*).

No âmbito penal, o projeto de Wyllys não propunha a supressão, mas a reforma dos artigos 228 a 231 do Código Penal, que passariam a criminalizar não a prostituição, mas a exploração sexual, a qual seria tipificada como:

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual. Parágrafo único: **São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica: I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro; II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado; III-forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência** (*Ibidem*, grifos nossos).

O interessante desse Projeto é que ele propõe um modelo trabalhista de regulamentação do trabalho sexual, na medida em que elabora as condições subjetivas para o exercício da atividade, dentre as quais o consentimento explícito e a capacidade absoluta, além de possibilitar novas formas de organização da profissão e assegurar o direito à aposentadoria especial desses profissionais.

Na seara penal, é de se celebrar o cuidado do autor em estabelecer premissas claras que diferenciam a atividade laboral da atividade criminosa, o que selaria de vez qualquer confusão entre ambas, ao menos no tocante ao direito positivo. Assim, a prostituição seria vista como uma atividade trabalhista ordinária, enquanto a exploração sexual seria um tipo penal devidamente previsto.

Conforme narram Dênis Franco e Ramon Costa (2018), o PL nº 4.211/2012, apelidado de Projeto de Lei Gabriela Leite, em homenagem à prostituta que foi ativa na luta pelos direitos das profissionais no Brasil, foi apresentado à Câmara no dia 12 de julho de 2012. Em um primeiro momento, foi votado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias em junho de 2013, tendo sido rejeitado pelo relator, Pastor Eurico (então filiado ao Partido Socialista Brasileiro, PSB), sob o argumento de que a legalização da prostituição beneficiaria o rufianismo, além de promover a expansão da indústria do sexo.

Os trâmites legais não foram favoráveis ao Projeto, tendo ele sido arquivado em 2019, após a renúncia de Wyllys ao mandato parlamentar. Nesse meio tempo, o artigo 231 do Código Penal acabou sendo de fato revogado por força da Lei nº 13.344/16, que acresceu ao Código o artigo 149-A, que tipificava, entre outras condutas, o tráfico de pessoas com fins diversos, não se limitando apenas à exploração sexual (Brasil, 2016).

Os demais objetos do PL nº 4.211/2012, seguem, todavia, inalterados.

3.3. A PORNOGRAFIA

No aspecto trabalhista, não há nenhuma legislação que trate especificamente do tema, tanto no âmbito da empresa produtora, quanto no âmbito do ator que atua na função de trabalhador. Assim, as empresas que possuem registro na Receita Federal não declaram que são produtoras voltadas ao conteúdo pornográfico, sendo tão somente produtoras e distribuidoras de conteúdo cinematográfico.

Dada essa realidade, há duas formas de compreendê-la no âmbito justralhista: partindo da premissa de que o conteúdo pornográfico é apenas um gênero cultural como qualquer outro, de fato não haveria razão em fornecer uma tutela específica frente a outros produtores de conteúdo. Por outro lado, pensando a questão a partir da premissa do estigma social, da exposição com qual muitas vezes um ator¹¹⁷ tem que lidar, visto que aqui, em regra, o anonimato não é uma opção, além da vulnerabilidade do ator até mesmo durante a produção, entende-se ser perfeitamente cabível uma tutela específica a esse tipo de conteúdo.

Os obstáculos para essa tutela não são poucos. Além do estigma, é necessário entender que esse tipo de produção pornográfica, dotada de empresa produtora e veiculadora do conteúdo, representa uma parcela ínfima do que é o mercado hoje em dia. Conforme descreve Beccari (2020), as produções amadoras não são mais um mero mercado emergente, configurando a modalidade mais consumida no mundo na atualidade.

A possibilidade de acesso a esse tipo de mercado pelas classes mais baixas acabou por possibilitar uma quebra no monopólio das grandes produtoras, uma vez que, hoje em dia, qualquer pessoa que possui um corpo, um computador, uma câmera de vídeo, acesso à internet e uma conta bancária consegue ingressar no mercado do sexo através de uma página virtual (Beccari, 2020).

¹¹⁷Esclarece-se que aqui o termo é utilizado *lato sensu*, isto é, engloba toda uma classe de trabalhadores, não se limitando a um gênero específico.

Atualmente, a indústria pornográfica abrange várias classes sociais, diversos tipos de produção e diversos meios de remuneração, sendo um relevante motor da economia, dispondo de diferentes estratégias de compra, venda e propaganda, sendo efetivamente uma indústria de massa (*Ibidem*).

Conforme já citado neste trabalho, Roseli Barbosa (2017) chama esse fenômeno de “*uberização* do mercado do sexo”, dado o fato de a prestação de serviço dos atores/produtores acontecer para uma plataforma pela qual não há qualquer vínculo empregatício, sendo a remuneração também gerenciada por esta, ao passo que todos os riscos e gastos da produção são suportados pelo trabalhador.

A *uberização* do trabalho vai além da ideia de independência e flexibilidade, ela dialoga com a questão da precarização do trabalho. Aplicativos demandam que seus chamados “parceiros” tenham longas jornadas de trabalho com pouca renda, além de quase nenhum benefício ou garantia trabalhista. Se a prestação de serviço “comum” por meio dessas plataformas já causa precariedade, o que dizer, então, das plataformas de conteúdo sexual?

Assim, percebe-se que, no âmbito da pornografia, a legislação trabalhista encontra-se um tanto atrasada. A começar por seu silêncio em relação à atividade, uma vez que ela não é reconhecida de maneira específica, o que, em função do estigma que esses profissionais sofrem, é algo ruim. E, em segundo lugar, pelo fato de as regras gerais, no sentido de registro comercial de produtoras, já não serem mais suficientes para abarcar as novas relações de trabalho existentes no mercado contemporâneo do sexo.

3.3.1. LIMITES PENAIIS DA PORNOGRAFIA

O mercado do sexo exige de seus obreiros uma grande disposição em relação aos seus direitos de personalidade, tanto no âmbito da imagem, quanto no da aptidão física e moral. Assim, tal qual acontece na prostituição, a linha que separa o trabalho proibido do trabalho ilícito é muito tênue, razão pela qual se faz necessária a existência das devidas tipificações penais.

O Brasil possui legislações que criminalizam determinados tipos de conteúdo

pornográfico. A primeira que é possível citar é a criminalização da pornografia infantil, tipificada nos artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A redação atual foi dada pela Lei nº 11.829/08, visando coibir a produção, a venda e a distribuição de pornografia infantil, além de criminalizar a aquisição e a posse desse tipo de material (Brasil, 2008).

Assim, incorre em crime, com suas respectivas penas, o indivíduo que produzir, veicular ou armazenar qualquer tipo de conteúdo pornográfico que envolva crianças (até 12 anos de idade) e/ou adolescentes (entre 12 e 18 anos de idade), sendo inclusive a simulação de participação de crianças e adolescentes, por meio de efeitos visuais, também criminalizada (*Ibidem*).

Outra legislação envolvendo a pornografia é a Lei nº 13.718/18, que alterou os artigos 215-A, 217-A, 218-C, 225, 226 e 234-A do Código Penal, além de revogar o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais. Com a nova redação, tornou-se crime a divulgação de foto, vídeo ou cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento do envolvido. Essa mesma lei também instituiu o crime de importunação sexual, que é a prática de ato libidinoso contra alguém sem a sua anuência (Brasil, 2018).

A Lei nº 13.718/18 é uma espécie de evolução da Lei Carolina Dieckman (Lei nº 12.737/2012), visto que esta já trazia a criminalização, por meio da criação do artigo 154-A do Código Penal, da invasão de dispositivo informático (Brasil, 2012). Na época, a atriz teve fotos íntimas vazadas por meio da invasão de seus arquivos pessoais. Assim, a nova lei trouxe maior rigidez na proibição de divulgação de conteúdo pornográfico não consentido, apresentando uma tutela mais incisiva da dignidade sexual da pessoa.

Há dois aspectos interessantes que podem ser extraídos desses dispositivos. O primeiro refere-se à capacidade e o segundo refere-se ao consentimento. Combinadas, as leis tornam ilícitos os conteúdos pornográficos produzidos e veiculados tendo menores de idade como atores e também os conteúdos veiculados sem autorização do maior de idade capaz.

Assim, no âmbito da pornografia, a lei penal define de forma muito mais clara os limites da licitude da atividade, prevendo de forma expressa os requisitos de idade e consentimento para seu exercício, embora silencie em relação ao maior relativamente incapaz. A questão que fica se dá justamente acerca do conceito legal de pornografia, isto é, como diferenciar, nos termos da lei, o que seria conteúdo pornográfico e o que seria conteúdo comum. Exemplo: um vídeo de uma criança dançando *funk* deve ser entendido como conteúdo pornográfico? Quais os critérios para a referida diferenciação? Esses questionamentos serão abordados na seção seguinte, concernente à jurisprudência.

4. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1. NO ÂMBITO PENAL

Até o momento, percebe-se que o grande “calo” do ordenamento brasileiro é justamente a delimitação entre o que é atividade criminosa e o que é atividade laboral. Ao não prever de forma expressa os requisitos e condições para o exercício legal da profissão, especialmente quando não de forma autônoma, o ordenamento abre margem para decisões contraditórias entre as instâncias do Judiciário. A fim de verificar se essa contrariedade é refletida ou não na prática, segue análise de algumas decisões em tribunais de instância superior, bem como de tribunais regionais de Minas Gerais.

Inicialmente, trata-se da questão da exploração sexual de mulheres, decidida, em 2020, desta forma pelo STJ:

[...] **LEI N. 11.344/16. ABOLITIO CRIMINIS. 1. Após o advento da Lei n. 13344/16, somente haverá tráfico de pessoas com a finalidade de exploração sexual, em se tratando de vítima maior de 18 anos, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual. 2. A prostituição, nem sempre, é uma modalidade de exploração, tendo em vista a liberdade sexual das pessoas, quando adultas e praticantes de atos sexuais consentidos. No Brasil, a prostituição individualizada não é**

crime e muitas pessoas seguem para o exterior justamente com esse propósito, sem que sejam vítimas de traficante algum. 3. No caso, o tribunal a quo entendeu que as supostas vítimas saíram voluntariamente do país, manifestando consentimento de forma livre de opressão ou de abuso de vulnerabilidade (violência, grave ameaça, fraude, coação e abuso). [...] (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp: 1625279 TO 2019/0349547-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 23/06/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2020, grifos nossos)

O que se verifica a partir dessa decisão é o tratamento da prostituição como uma atividade não ilícita, uma vez que o STJ assume a posição de que a prostituição não necessariamente é resultante da exploração sexual, contanto que estejam presentes os elementos de capacidade e voluntariedade do indivíduo que a pratica. No caso em tela, o tribunal entendeu que, pelo fato de as vítimas serem maiores de idade, não estando presente nenhum elemento que pudesse confirmar a existência de ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual, não há o que se falar em crime de tráfico de mulheres, dado o fato da Lei nº 13.344/16 ter extinguido o artigo 231 do Código Penal. Desse modo, nos atuais termos do artigo 149-A do referido Código, é necessário que algum desses elementos de coação esteja presente, não bastando a ciência de que a ida da mulher ao estrangeiro, com facilitação de terceiro, seja por si só suficiente para incorrer em crime.

Abaixo uma decisão do TJMG (2016), ainda no âmbito penal, porém em relação a uma casa de prostituição:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 229 DO CÓDIGO PENAL – [...] - **Comete o delito previsto no art. 229 do Código Penal o agente que mantém lugar destinado a encontros para fins libidinosos - A repressão ao crime de casa de prostituição é dever das autoridades constituídas, e tratando-se de conduta típica descrita em lei, caberá ao Judiciário julgar**

a sua violação, salvo se a sociedade, por meio de seus representantes legislativos, declarar tal conduta como tolerável. Eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas não autoriza juízo diverso.

(TJ-MG - APR: 10287130044350001 MG, Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 24/05/2016, Data de Publicação: 02/06/2016, grifos nossos)

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt (2017), o princípio da adequação social, no direito penal, refere-se à relevância de certos comportamentos que, embora considerados tipos penais, são tão recorrentes que acabam por gerar certo descompasso entre o que é juridicamente proibido e o que é socialmente aceitável. Na decisão em tela, a defesa pleiteou a aplicação desse princípio ao crime previsto no artigo 229 (estabelecimento de exploração sexual) a fim de inocentar o réu, todavia, não obteve êxito.

Da leitura do inteiro teor¹¹⁸do julgado, percebe-se que as provas testemunhais de fato apontaram que o referido estabelecimento era utilizado como meio de prostituição, circunstância confessada pelo próprio réu. Todavia, em nenhum momento restou comprovado que as prostitutas que ali laboravam o faziam contra a própria vontade, havendo até testemunho de uma delas que indicava o contrário. Uma vez que a redação atual do artigo 229 criminaliza a manutenção de estabelecimento para fins de exploração sexual, e não meramente para prostituição, como diferenciar as duas?

A lei brasileira não é taxativa ao dizer o que é considerado exploração sexual ou não. Por um lado, é possível afirmar que a cobrança de um valor para os profissionais do sexo utilizarem o espaço é sim um tipo de exploração sexual, dado que o lucro do dono do espaço advém justamente da atividade sexual desses trabalhadores. Por outro, é possível também argumentar que esse tipo de troca, entre o dono do espaço e o obreiro, é inerente a todas as profissões. Assim, tem-se uma clara lacuna legal neste ponto da legislação penal, que, atrelada à não regulamentação da atividade no âmbito

¹¹⁸TJ-MG - APR: 10287130044350001 MG, Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 24/05/2016 Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887535715/apelacao-criminal-apr-10287130044350001-mg/inteiro-teor-887535781>. Acesso em: 03 mar. 2021.T-

trabalhista, possibilita uma série de decisões conflituosas e inadequadas.

Um detalhe diferencial nesse caso é que, diferentemente do exemplo anterior envolvendo o crime de tráfico de pessoas, aqui a capacidade e a manifestação de consentimento não são por si só suficientes para se observar a presença ou não da exploração. O motivo é que mesmo nas atividades lícitas e reguladas, pode haver abuso por parte do patrão frente ao seu funcionário, seja através de pagamento de salário inferior ao piso legal ou por meio da cobrança de jornadas laborais acima do permitido, por exemplo. No caso, uma vez que não há qualquer balizamento legal, a deliberação fica toda a cargo do órgão jurisdicionado, o que possibilita, mais uma vez, decisões incongruentes, o que compromete a segurança jurídica.

Conforme debatido anteriormente neste trabalho, o PL nº 4.211/2012 propunha a tipificação da exploração sexual, considerando exploratória a apropriação por terceiro de valor igual ou superior a 50% do arrecadado pelo profissional através da prestação sexual, todavia, o PL foi arquivado. Se fosse aprovado, seria extremamente útil para esse tipo de situação.

Por último, em relação a esse caso, destaca-se o apelo moral, verificado no inteiro teor, que o juízo utiliza para proferir a decisão, chamando de “indigna” a mulher que tem na prostituição o seu sustento. Esse tipo de comportamento é extremamente prejudicial ao bom funcionamento da Justiça, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é garantia constitucional inerente a todo indivíduo. Ao Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, cabe a interpretação das condutas individuais frente ao ordenamento, não sendo devido qualquer julgamento em relação à moral subjetiva, sob pena de se aplicar o Direito Penal em função do autor, quando o correto é aplicá-lo em função do fato.

Ainda no tema da casa de prostituição, o STJ¹¹⁹ já proferiu decisão favorável ao estabelecimento justamente por não se constatar a presença da exploração sexual, vez

¹¹⁹REsp: 1683375 SP 2017/0168333-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619214183/recurso-especial-resp-1683375-sp-2017-0168333-5>. Acesso: 04 jun. 2021.

que não restavam presentes elementos de coação ou incapacidade entre os trabalhadores. Assim, fica demonstrada a contrariedade que a lacuna normativa gera nos tribunais, possibilitando a existência de decisões opostas em casos análogos.

4.2. NO ÂMBITO TRABALHISTA

Passando agora a uma breve análise dos percalços do direito trabalhista frente ao tema, passa-se a uma apresentação de casos a fim de entender se a não regulamentação da atividade também gera decisões contraditórias na Justiça. Para tal análise, elegem-se algumas demandas levadas à Justiça do Trabalho a fim de ilustrar essa situação.

Inicialmente, analisa-se o seguinte trecho da decisão em agravo de instrumento em recurso de revista, proferida em 2018 pelo TST:

[...] VÍNCULO DE EMPREGO. PROSTITUIÇÃO. Não há vínculo de emprego entre a casa que explora a prostituição e a prestadora desses serviços, ante a ilicitude do objeto que alicerça a relação jurídica, nos termos do art. 104, II, do Código Civil. [...]

CONCLUSÃO

DENEGO seguimento ao recurso de revista- (seq. 1, págs. 138-139).

(TST - AIRR: 11748720145120036, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Publicação: DEJT 02/05/2018, grifos nossos)

A presente decisão negou recurso apresentado pela demandante por questões processuais, sem, contudo, ir a fundo na análise de mérito, que pleiteava o reconhecimento do vínculo de emprego, mantendo a decisão original do 12º TRT que entendeu não ser possível o reconhecimento do vínculo frente ao objeto ilícito.

A primeira crítica que é possível tecer frente a esse entendimento é justamente o fato de “casa de prostituição” não ser o mesmo que “estabelecimento de exploração sexual”. A mudança da redação legal ocorrida há mais de dez anos parece não ter surtido

muito efeito nos tribunais, que seguem dotados de um véu moral que ainda estigmatiza o trabalhador sexual, não os permitindo acesso às garantias trabalhistas inerentes a todo trabalhador.

Perceba-se que o argumento principal da decisão originária se deu em função da ilicitude do objeto. Todavia, a prostituição não é uma atividade ilícita, de modo que sua prática não possui caráter criminal. Dessa forma, ainda que o estabelecimento tenha alguma prática ilícita em sua estrutura, não deve ser ônus do trabalhador arcar com essa ilicitude, devendo ser preservadas suas garantias trabalhistas, ao passo que o responsável pelo estabelecimento seja devidamente responsabilizado por suas atitudes.

É nesse sentido que, em 2015, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE ILÍCITA. CASA DE PROSTITUIÇÃO. **A ilicitude que diz respeito à finalidade do estabelecimento, e não à atividade do trabalhador, que por aquela não pode ser prejudicado, não obsta o reconhecimento do vínculo de emprego, quando presentes os requisitos de que tratam os artigos 2º e 3º da CLT.** Entendimento prevalente na Turma, vencida a Relatora.

(TRT-4 - ROT: 00202734320145040302, 6ª Turma, Data de Publicação: 20/07/2015, grifos nossos).

Nesse caso foi reconhecido o vínculo empregatício entre o trabalhador sexual e o estabelecimento, justamente pelo fato de o TRT-4 entender que o objeto “prostituição” não é ilícito, de modo que não se pode negar a tutela justralhista a esse tipo de obreiro, se observados os requisitos legais para o reconhecimento de vínculo empregatício entre as partes.

A prostituição exercida de forma voluntária por maior capaz não é atividade ilícita ou proibida, de modo que não há qualquer óbice legal em tutelá-la juridicamente, salvo o estigma social que sobre ela recai.

4.3. NOTAS SOBRE A PORNOGRAFIA

Conforme dito anteriormente neste trabalho, em termos de legislação trabalhista e penal, a lei que versa sobre a pornografia não é tão lacunosa quanto no caso da prostituição. No âmbito penal, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto o Código Penal são claros na vedação da produção e veiculação de conteúdo envolvendo indivíduo menor de dezoito anos e veiculação de conteúdo não autorizado. A questão que permanece é em relação aos limites que envolvem o conceito legal de pornografia, especialmente no âmbito da pornografia infantil, visto que o tipo visa proteger aos direitos de personalidade da criança, bem como coibir a pedofilia. Acerca do tema, assim decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. [...]5. **A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance. 6. É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidínica das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas - ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica. 7. Recurso especial improvido.**

(REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 16/02/2016, grifos nossos)

No caso, a própria Corte admite que a definição de pornografia infantil apresentada na redação atual do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é incompleta. Todavia, em função do caráter protecionista da legislação, deve-se atentar não apenas para o

conteúdo, mas também para a finalidade, de modo que, ainda que as imagens não apresentem cenas explícitas, caso seja incontroversa a finalidade libidinosa, deve ser aplicado o tipo penal. Considerando a finalidade protetiva do ECA, tal entendimento é louvável, pois ajuda a coibir a produção e veiculação de conteúdo que envolva crianças e adolescentes.

No âmbito trabalhista, o ator/produtor de conteúdo pornográfico não é considerado trabalhador sexual, nem tem qualquer aspecto da atividade vedado (salvo a exibição de conteúdo em praça pública¹²⁰), de modo que o impasse entre trabalho ilícito e trabalho proibido não é tão aparente nesse contexto. Se assim desejar, o trabalhador pode se registrar, da mesma forma que qualquer produtor de conteúdo, sem a necessidade de especificar que o tipo de conteúdo a ser produzido é o pornográfico.

A questão mais urgente nesse caso se dá, justamente, em função da informalidade e precariedade desse tipo de trabalho. Devido à expansão da *Internet*, muitas pessoas conseguiram adentrar facilmente nesse mercado, fazendo dele a sua principal fonte de subsistência. Assim, em função da abundância de conteúdo em todas as partes da *Internet*, o grande desafio do Direito se dá no sentido de oferecer garantias àqueles que trabalham na informalidade – oferecendo incentivos à formalidade, por exemplo –, além de fiscalizar se os conteúdos disponibilizados não violam os limites da lei penal. Para isso, é necessário que os representantes dos Poderes se debrucem sobre o tema e não o encararem como um tabu inviolável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretende argumentar com este trabalho é, primeiramente, a forma pela qual o Direito do Brasil lida com os trabalhos sexuais e a forma por meio da qual o tema é encarado, bem como a proteção legal que os trabalhadores recebem no âmbito de sua atividade.

O que se conclui é que a legislação brasileira é extremamente lacunosa ao tratar do

¹²⁰BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 04 mar. 2021.

tema. A começar pelo Poder Legislativo: o trato dado aos Projetos de Lei que visavam tutelar o tema demonstra que o Congresso Nacional negligencia as demandas desses trabalhadores, prendendo-se a argumentos de ordem moral que revelam conceitos extremamente arcaicos acerca da formação da própria sociedade. Conforme dados levantados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais e veiculados pelo portal Edição do Brasil¹²¹, cerca de 90% das pessoas transexuais recorrem à prostituição como forma de trabalho. Assim sendo, por que não regulamentar a atividade e fornecer a elas garantias constitucionais devidas? Ou, por outro lado, por que não buscar medidas que efetivamente possibilitem que essas pessoas em situação de vulnerabilidade social busquem outras formas de inserção no mercado de trabalho? O que se observa é que há uma inércia parlamentar na qual, parece que essa realidade não existe ou é algo irrelevante, de modo que as poucas medidas tomadas são muito tímidas frente à situação concreta.

No âmbito do Judiciário, tal inércia também é observada. Da leitura fria da legislação vigente, é possível inferir que, nem a prostituição, nem a manutenção de casa de prostituição são atividades ilícitas, desde que se tenha clara a diferenciação entre o que é prostituição (prática sexual com fins econômicos executada de forma livre e consentida por maior de idade capaz) e o que é exploração sexual (tirar proveito da vulnerabilidade alheia para obter favores sexuais, que podem ter fins econômicos, em benefício próprio). Considerando que se trata de legislação já positivada, em uma época que tanto se fala acerca de ativismo judicial, bastaria a elaboração de algum entendimento sumular que viesse a delimitar o alcance de cada um desses conceitos, que boa parte das decisões contraditórias seria evitada. Porém, novamente, há uma inércia enorme em relação às medidas relacionadas ao tema, o que muito provavelmente ocorre devido ao estigma social que até hoje é atrelado à atividade. O curioso é que, em uma época na qual correntes progressistas tanto lutam para quebrar tabus referentes a questões de sexualidade e gênero, o trabalho sexual parece ser um

¹²¹ MACEDO, N. 90% da população trans no Brasil tem prostituição como fonte de renda. Edição do Brasil, [S. l.], 28 de maio de 2021. Disponível em: <http://edicaodobrasil.com.br/2021/05/28/90-da-populacao-trans-no-brasil-tem-prostituicao-como-fonte-de-renda>. Acesso em: 25 ago. 2021.

assunto no qual pouquíssimos estão dispostos a entender e atender às demandas relacionadas a ele.

O trabalho é uma atividade inerente a todo indivíduo inserido em uma sociedade de mercado. A proteção ao indivíduo é um dever de um Estado Democrático de Direito. No arcabouço dessa proteção está presente a garantia ao livre exercício da atividade profissional, bem como o acesso a oportunidades de ascensão social por meio de qualificação profissional. Assim, tendo como base essas premissas, proibir o exercício de certa atividade em função de preceitos morais de parcela da sociedade não é algo compatível com o ideal de respeito às individualidades, ao passo que o direito penal tampouco é uma ferramenta adequada para se corrigir desigualdades sociais. O passo inicial deveria ser na direção da quebra do tabu que ainda existe em relação ao tema, em todas as esferas do Direito, para, a partir disso, entender os exatos anseios e demandas daqueles que têm no mercado do sexo a sua fonte de subsistência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Roseli B. Camgirl e a uberização do trabalho sexual na internet no Brasil. In: **Anais do XXIII Congresso Alas**, Uruguay, 2017.

BARROSO-PAVÍA, Rafael. Modelos ideológicos de regulação da prostituição ou trabalho sexual: abordagem a partir de uma perspectiva jurídica e social. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. **Oficina do CES**, Portugal, n. 454. Portugal. Abril de 2020.

BECCARI, M. N. A pornificação do trabalho: uma reflexão a partir de Paul B. Preciado. **V! RUS**, São Carlos, n. 21, Semestre 2, dezembro, 2020. Disponível em: <http://www.nomads.usp.br/virus/virus21/?sec=4&item=2&lang=pt>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 04 mar. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego, 2002. **Código Brasileiro de Ocupações. 5198 – Profissionais do Sexo.** Disponível em: <https://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/5198-profissionais-do-sexo>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 98-A/2003.** Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os arts. 228, 229 e 231 do Código Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em: 04 mar. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.211/2012.** Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra. Acesso em: 04 mar. 2021.

CASSAR, V. B. **Direito do trabalho.** 14. edição. São Paulo: Método, 2017.

- DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 16. edição. São Paulo: LTR, 2017.
- GARCIA, Silvio M. A pornografia além do direito à liberdade de expressão sexual: produto de consumo e instrumento de alienação a serviço da técnica. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 10, n. 2, 2015.
- GOFFMAN, E. **Estigma**. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. [S. l.]: Sabotagem, 2004.
- GOIS, Máira L.; LIMA, Marcos E. O. De dentro de fora e de fora de dentro: representações sociais da prostituição feminina. **Interacções**, Portugal. n. 23, p. 71-87, 2013.
- GOMES, Lilian Samantha Vasconcelos e MARQUES, Maria Celeste Simões. As Profissionais do Sexo e a Justiça do Trabalho. **Brasiliana – Journal for Brazilian Studies**, Londres, v. 2, n. 2, 2013.
- RAMALHO, Nelson. O trabalho sexual: discursos e práticas dos assistentes sociais em debate. **Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 64-91, 2012.
- RODRIGUES, Marlene T. A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer? **Rev. Katál.**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 68-76, jan./jun. 2009.
- SILVA, Denis F.; COSTA, Ramon S. Trabalho sexual e normatividade de gênero: um desafio para o tratamento sociojurídico da prostituição no Brasil. In: **Anais VII CONINTER. Anais**. Rio de Janeiro, UNIRIO, 2018.

O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS SOB O CRIVO DOS STANDARDS ESTABELECIDOS PELO CASO FAMÍLIA PACHECO TINEO VS. ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA¹²²

THE BRAZILIAN SYSTEM OF PROTECTION OF REFUGEES UNDER THE STANDARDS
ESTABLISHED IN THE CASE PACHECO TINEO FAMILY VS. STATE OF BOLIVIA

Letícia Diógenes Gonçalves da Silva¹²³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise do sistema brasileiro de proteção dos refugiados à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia. Por meio de bibliografia documental e a análise jurisprudencial do caso, foi possível verificar, sob o crivo do controle de convencionalidade, que o sistema brasileiro de proteção dos refugiados não está de acordo com os *standards* estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por consequência, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Palavras-Chave: Refugiado; procedimento sumário; direito de solicitar e receber asilo; direito às garantias judiciais; princípio do *non-refoulement*.

ABSTRACT

This article has the objective to analyze the refugee law through the Inter-American Court of Human Rights' jurisprudence, specifically what corresponds to the case of the Pacheco Tineo Family vs. Plurinational state of Bolivia. Through documentary bibliography and jurisprudential analysis of the case, it was possible to verify, under the conventionality control, that the Brazilian system of refugee protection is not in

¹²²Submetido em 13 jun. 2021. Aprovado em 20 dez. 2022.

¹²³Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7410452832312509>. E-mail: lele.diogenes@hotmail.com

accordance with the standards established by the Inter-American Court of Human Rights and, consequently, the American Convention on Human Rights.

Keywords: Refugee; summary procedure; right to seek and be granted asylum; right to judicial protection; *non-refoulement* principle.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o número de pedidos para o reconhecimento do *status* de refugiado no Brasil aumentou exponencialmente no país, com destaque a década de 2010 a 2020. Esse aumento decorreu de uma combinação de fatores relacionados ao crescimento econômico brasileiro durante esse período e as situações que originaram e intensificaram o deslocamento forçado de pessoas, especialmente provenientes da Venezuela, Haiti e Síria.¹²⁴

Desse modo, diante desse quadro, torna-se crucial uma análise atenta do sistema brasileiro de proteção dos refugiados, com base no crivo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), importantes *standards* a serem seguidos e observados pelo Brasil.

No julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, a CIDH estabeleceu parâmetros mínimos a serem observados pelos países submetidos a sua jurisdição.

Como o Brasil ratificou a CADH e reconheceu a jurisdição da CIDH, ele deve se submeter aos parâmetros mínimos exigidos, de acordo com o controle de convencionalidade estabelecido entre o sistema de proteção dos refugiados no Brasil e a CADH.

¹²⁴Pelos dados fornecidos pelo CONARE, em 2016 o Brasil registrou cerca de 7.585 pedidos de refúgio. A partir de 2017, os números só aumentaram, devido, especialmente, à crise venezuelana do governo Nicolás Maduro. Foram registrados 28.127 pedidos de refúgio, dos quais 15.303 pertenciam à venezuelanos. Em 2018, o número aumentou para 68.754 pedidos, dos quais 53.366 pertenciam a venezuelanos, seguidos de 5.593 de haitianos. Em 2019, o número diminuiu para 60.703 solicitações de refúgios, dos quais 40.616 pertenciam a venezuelanos, seguidos de 10.415 de haitianos. Por fim, em 2020, o Brasil recebeu 26.810 pedidos de refúgio, sendo 26.616 pedidos provenientes de venezuelanos e 20 de outras nacionalidades (Brasil, 2020).

Desse modo, o artigo se dividirá em 4 tópicos. No tópico 1 serão abordados os ditames e pressupostos do Direito Internacional e Latino-Americano de proteção dos Refugiados, de modo a se identificar o papel da CIDH e a CADH na temática do refúgio. Em seguida, no tópico 2, será analisado o sistema brasileiro de proteção dos refugiados, especificando-se, assim, cada uma das fases do atual procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado em solo nacional. No tópico 3, por sua vez, serão apontados os principais fundamentos de fato e de direito do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia. Por fim, será destrinchada a adequação do sistema brasileiro de proteção dos refugiados à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, apontando-se os pontos de divergência e convergência entre o sistema e os parâmetros mínimos exigidos pela CIDH.

Assim, analisada a adequabilidade do sistema brasileiro de proteção dos refugiados à CADH e aos parâmetros mínimos exigidos na jurisprudência da CIDH, concluiu-se que o sistema brasileiro desrespeita o Direito às garantias judiciais e o devido processo legal, tutelados no sistema interamericano de Direitos Humanos.

2. O SISTEMA INTERNACIONAL E LATINO-AMERICANO DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Nas palavras de Bauman, “Refugiados da bestialidade das guerras, dos despotismos e da brutalidade de uma existência vazia e sem perspectivas têm batido à porta de outras pessoas desde o início dos tempos modernos” (Bauman, 2017, p. 13).

Apesar de ser possível procurar nos confins da história a existência e característica próprias do refúgio, apenas no decorrer do século XX, diante das forças globais que emergiam e eram sentidas mais do que nunca, passou-se a se reconhecer a existência de uma categoria de indivíduos temerosos de serem perseguidos ou já perseguidos que não podiam se dar ao luxo de requisitar aos países alguma proteção e esperar deles o atendimento dos seus interesses. Deveriam, antes de tudo, ser efetivamente reconhecidos e a eles concedidos um caráter diferenciado e humanitário.

A primeiro momento, a proteção dos refugiados decorreu de tratados bilaterais, ainda no âmbito da extinta Liga das Nações Unidas. Entretanto, somente com a emergência da segunda guerra mundial e o aumento significativo no número de refugiados, o sistema internacional de proteção dos refugiados se consolidou, no contexto da então recente criada ONU (Organização das Nações Unidas).

Em 1950, em substituição à Organização Internacional para os Refugiados (OIR), foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), hoje principal organismo atuante no plano internacional no sistema de proteção dos refugiados. Em seguida, em 1951, entrou em vigor a Convenção para os Refugiados de 1951, principal fonte internacional sobre os direitos dos refugiados.

Nessa Convenção, encontra-se a definição clássica de refúgio (art. 1º, A - §2º), as disposições que exigem dos Estados a constituição de sistemas próprios de reconhecimento do *status* de refugiado, respeitados direitos e o princípio do *non-refoulement* (art. 33)¹²⁵, as causas de cessação (art. 1º, B-§2º) e as causas de exclusão do reconhecimento do *status* de refugiado e perda da condição de refugiado (art. 1º, C-§6º):

Refugiado é a pessoa que, “[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele” (Suíça, 1951)

A importância da Convenção de 1951 é indiscutível. Foi esse instrumento que tornou possível a efetiva internacionalização do sistema de proteção dos refugiados. Além

¹²⁵Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. SUÍÇA. **Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados**. Genebra, Suíça: Assembleia das Nações Unidas, 1951, p. 15 Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021

disso, as novas demandas impulsionaram a regionalização das normas sobre o refúgio, como mecanismo para solução de questões pontuais. Exemplos são: a Convenção sobre os Aspectos Específicos dos Refugiados na África de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984¹²⁶, que expandem a definição de refúgio para abarcar os casos de deslocamentos forçados particularizados nas regiões.

Nessa esteira, apesar do arcabouço jurídico construído, até então, para a proteção dos refugiados, há ainda uma verdadeira fragmentariedade da proteção do refúgio, com diversas lacunas decorrentes da ausência de um sistema de supervisão da aplicação da convenção de 1951 e de identificação de possíveis violações, além de uma interpretação coesa e uniforme de suas normas e regras (Mahlke, 2017). Desse modo, diante dessa fragmentariedade, outras fontes do Direito Internacional e importantes organismos emergem com o objetivo de complementar a proteção dos refugiados.¹²⁷

É nessa esteira que se torna fundamental o papel das Cortes Internacionais, cujas decisões são passíveis de responsabilização dos Estados violadores das normas de proteção dos refugiados e de formação de uma jurisprudência sobre interpretação, aplicação e extensão do sistema internacional de proteção do refúgio.¹²⁸

No que se refere à temática do refúgio, as Cortes Internacionais que se destacam e

¹²⁶Cabe ressaltar que a Declaração de Cartagena, apesar de não possuir efeito jurídico vinculante, influencia significativamente a percepção e a definição de refúgio na região latino-americana. Nesse sentido, a declaração de Cartagena emerge com o objetivo de traduzir ao plano regional o instituto do refúgio, tipicamente internacional. Desse modo, a principal e mais importante influência trazida pela Declaração de Cartagena foi a ampliação do conceito de refugiado que também considera como refugiados os indivíduos que tenham sua vida, segurança ou liberdade ameaçadas pela "violência generalizada, agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública" (Colômbia, 1984).

¹²⁷Como argumenta Vicent Chetail, "os Direitos Humanos possuem um crucial papel, pois preenchem as lacunas existentes na Convenção de 1951, em relação ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. Essas garantias são reforçadas quando refugiados são privados de sua liberdade durante o procedimento ou ficam à mercê de uma expulsão" (Chetail, 2014, p. 54, tradução nossa). No original: "[...] human rights law plays a crucial role by filling the procedural gap of the Geneva Convention. These guarantees are further strengthened when asylum seekers are deprived of their liberty during the asylum procedure or pending their removal".

¹²⁸ Como ressalta Liliana Jubilit, Rosilandy Lapa e Tainara Penedo, "[...] há ainda debates sobre a natureza jurídica do refúgio e se o mesmo pode ser considerado um direito ou se os Estados teriam discricionariedade em sua ampliação, assim como têm no caso do asilo político. Tal tema ganha ainda mais destaque com o ressurgimento de regimes conservadores, que, pautados pelo discurso da segurança nacional e risco de instabilidade econômica e social, tentam justificar a criação de políticas migratórias excludentes. Em alguns casos, verificam-se tentativas de negar o refúgio enquanto um direito, e em outros de encontrar formas de justificar violações, sobretudo do *non-refoulement*, por meio de defesas pautadas na não aplicação do mesmo ao caso concreto" (Jubilit; Lapa; Penedo, 2018, p. 178).

trazem importantes decisões, recomendações ou, ainda, uma jurisprudência assentada sobre a proteção dos refugiados são a Corte Internacional de Justiça e as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos (Jubilut, 2007).

Diante da maior influência no âmbito latino-americano, a Corte interamericana de Direitos Humanos detém uma importante repercussão no sistema jurídico brasileiro¹²⁹. O Brasil é membro da Organização dos Estados das Américas (OEA), ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em 1992, e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998.

Assim, o sistema jurídico brasileiro se vê diante de um novo standard de interpretação e aplicação das normas referentes ao refúgio, estabelecido pela proteção da pessoa humana e, por consequência, dos refugiados nos dispositivos da CADH e de toda fonte de *Soft Law* (opiniões consultivas e recomendações) e *Hard Law* (decisões e jurisprudência) produzidas pela Corte Interamericano de Direitos Humanos sobre a temática do refúgio. É justamente por isso que o caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia possui grande importância, pois versa direta e centralmente sobre o refúgio, estabelecendo um *standard* a ser seguido pelos países signatários da convenção.¹³⁰

Nesse sentido, para se analisar a adequação e observância do sistema jurídico brasileiro de proteção dos refugiados aos *standards* definidos pela Corte Interamericana na temática do refúgio, é necessário, antes de tudo, a análise desse

¹²⁹Como explica André de Carvalho Ramos (2019), no âmbito da OEA, cada país pode determinar o seu nível de comprometimento ao sistema de proteção dos Direitos Humanos nas Américas, pois pode: a) integrar apenas a OEA; b) integrar a OEA e ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); ou c) integrar a OEA, ratificar a CADH e reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Importante salientar que os Estados que ratificam a CADH e/ou reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, necessariamente são membros da OEA.

¹³⁰Como dito anteriormente, em 1992, o Brasil reconheceu expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo assim, apesar do Brasil não ser parte no julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, este se submete a interpretação dada pela Corte na temática do Refúgio, com ênfase no procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. Como será melhor abordado a frente, a corte trabalha com "casos exemplares", de modo que casos similares terão o mesmo entendimento ora proferido pela corte na aplicação e interpretação da CADH. Assim, caso o Brasil não mantenha em sua jurisdição os *standards* proferidos no caso aqui analisado poderá, indubitavelmente, ser julgado pela CIDH.

sistema brasileiro de proteção dos refugiados, especificando-se, sobretudo, o atual procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, tema central do caso aqui discutido. É o que se passa a pormenorizar.

3. O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Conforme explica Andrade (2015), no início do século XX, o tratamento dispensado aos refugiados no Brasil condizia exclusivamente com a aplicação da legislação migratória, de modo que não se particularizava a figura do refugiado da figura do imigrante regular no Brasil.

Desse modo, o Brasil somente ratificou a Convenção de 1951 em 1960, anos após sua assinatura em 1951 (optando por manter a limitação geográfica¹³¹ da Convenção e reservas aos artigos 15 e 17)¹³². Não somente isso, pois o ACNUR somente se instalou no país na década de 1970, com seu primeiro escritório no Rio de Janeiro. Mesmo assim, durante todo esse período, o Brasil ainda concedia o mesmo tratamento a refugiados e imigrantes econômicos (Andrade, 2015).

Com a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou o instituto do asilo político e a dignidade da pessoa humana, a atuação do Brasil em matéria de refúgio aos poucos foi se alterando. O principal marco dessa mudança ocorreu em 1989-1990, quando o Brasil retirou as reservas feitas à Convenção de 1951 e a sua limitação geográfica.¹³³

Posteriormente, em 1997, o país acolheu sua legislação sobre a proteção dos

¹³¹Em um primeiro momento, a Convenção de 1951 foi, no contexto histórico do pós Segunda Guerra Mundial, desenhada para proteger somente os refugiados provenientes dos países europeus, conforme dispõe o próprio artigo 1º da Convenção ao definir o termo “refugiado”. No entanto, “essas limitações foram, posteriormente, suprimidas pelo Protocolo Adicional à Convenção de Refugiados, de 1967, impulsionadas pelo surgimento de novas demandas migratórias provenientes das disputas da guerra fria e dos processos de descolonização” (Mahlke, 2017, p. 20).

¹³²As cláusulas 15 e 17 dizem respeito ao direito de livre associação e a remuneração dos trabalhos, respectivamente. Assim, conforme Helisane Mahlke, as “duas ressalvas demonstram a preocupação com a politização dos refugiados e sua inserção no mercado de trabalho nacional, em uma perspectiva equivocada de falsa concorrência” (Mahlke, 2017, p. 223).

¹³³Em 1987, devido ao fluxo de paraguaios, chilenos e argentinos, vítimas de perseguição das ditaduras do seu país, o Conselho Nacional de Imigração editou a resolução nº 17, que recebeu esses refugiados como estrangeiros temporários. Logo depois, em 1989, por meio do decreto nº 98.602, o Brasil retirou e levantou a reserva geográfica. (Barreto, 2010).

refugiados, a lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. Além disso, nos últimos anos, o Brasil desenvolveu amplamente as soluções duradouras¹³⁴ trazidas pela lei nº 9.474 de 1997, com destaque ao reassentamento e à integração local¹³⁵:

Editada a Lei nº 9474, de 1997, com 49 artigos, ficou definido o mecanismo para a implementação do Estatuto dos Refugiados. A lei brasileira, redigida em parceria com o Acnur e com a sociedade civil, é considerada hoje pela própria ONU como uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo (Barreto, 2010, p. 19).

Assim, o principal marco normativo do sistema de proteção dos refugiados no Brasil é a Lei nº 9.474 de 1997. O artigo 1º define o refugiado no Brasil. Como país signatário da Convenção de 1951, o Brasil estabeleceu como critérios para a definição dos refugiados os elencados no artigo 1º da referida convenção. Além disso, conforme a definição ampliada da Declaração de Cartagena, em sua terceira conclusão, o Brasil adotou também a grave e generalizada violação de direitos humanos como critério de definição do refugiado, referindo-se àquele indivíduo que é obrigado a deixar seu país de nacionalidade ou de origem para buscar refúgio em outro em decorrência dessa situação de violações dos direitos inerentes à pessoa humana¹³⁶.

Apesar do reconhecimento da condição de refugiado ter um aspecto individual, ao contrário do que antes se aplicava a um grupo ou nacionalidade, os direitos e deveres daquele reconhecido como refugiado se estendem aos seus familiares, como alude o artigo 2º da Lei nº 9.474 de 1997, desde que presentes no território nacional, mas não

¹³⁴As soluções duradouras, previstas no Título VII da Lei do Refúgio, consistem no reassentamento dos refugiados, sua integração local ou repatriação voluntária, "capazes de conferir ao refugiado a possibilidade de viver dignamente e em segurança, mesmo considerando sua situação de vulnerabilidade" (Mahlke, 2017, p. 239). Assim, apesar do caráter temporário do refúgio, muitas das causas de perseguição ou violação maciça de direitos humanos podem persistir no tempo, o que exige uma atuação dos Estados na observância e na garantia de meios de vida dignos, seguros e permanentes aos refugiados, efetivados através das soluções duradouras.

¹³⁵ O reassentamento dos refugiados diz respeito à transferência de um refugiado de um país a outro, mediante negociação com o ACNUR e o país receptor. A integração local, por outro lado, corresponde a efetiva acolhida do refugiado por parte da comunidade local, na busca da diversidade e pluralismo (Mahlke, 2017, p. 241-243).

¹³⁶ Cabe salientar que, o fundado temor de perseguição, um dos requisitos para a caracterização do refúgio, não significa simplesmente um medo subconsciente do indivíduo, mas um aspecto passível de ser analisado por critérios objetivos, fornecidos pelos fatos e as situações existentes no país de origem ou de residência do refugiado (Ramos, 2011).

implicando no reconhecimento dos membros como refugiados¹³⁷.

A Lei nº 9.474 de 1997 contemplou amplamente a Convenção de 1951, prevendo, de forma geral, as mesmas regras de exclusão da condição de refugiados (art. 3º) e determinando o respeito às disposições da Convenção de 1951 (art. 4º e 5º), inclusive o que diz respeito aos direitos dos refugiados a possuírem cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem (art. 6º).

Os artigos 11 a 16 dispõem sobre criação, competência, estrutura e funcionamento do CONARE, o Comitê Nacional para os Refugiados, um órgão de deliberação coletiva ligado ao Ministério da Justiça, isto é, ao Executivo. O CONARE representa a atuação do Estado Brasileiro na proteção dos refugiados no país. Essa tutela dos refugiados, a partir de 1997, passou a ser zelada por um sistema tripartite, formado pelo Estado Brasileiro, por meio da atuação do CONARE, organizações da sociedade civil, representando a comunidade local, e o ACNUR.

Desse modo, a sociedade civil, por meio das organizações não-governamentais, possui um importante papel na temática do refúgio, seja na participação do procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, na assistência ou na implementação de soluções duradouras e políticas públicas (Mahlke, 2017). As entidades mais conhecidas são as Caritas Rio de Janeiro (CARJ), Caritas São Paulo (CASP) e o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH).

Com relação ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado¹³⁸, conforme explica Larissa Leite (2014), no Brasil, ele é formado por cinco fases: fase preliminar,

¹³⁷Cabe citar a Resolução normativa nº 27 de 2018 do CONARE, que define que a extensão familiar diz respeito ao cônjuge ou companheiro, aos ascendentes e descendentes, demais integrantes do grupo familiar na linha colateral até o quarto grau, aos que dependam economicamente do refugiado (ou os familiares cujo refugiado dependa economicamente) e parentes por afinidade, que dependam economicamente do refugiado.

¹³⁸Conforme aponta Vicent Chetail, "a Convenção de 1951 não exige formalmente um procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, nem tão pouco regula explicitamente seu conteúdo ou funcionamento. No entanto, tanto em princípio como em prática, a definição de refúgio pressupõe um processo de identificação, apesar da convenção não explicitamente mencioná-lo. De outro modo, os Estados seriam obrigados a reconhecer todos aqueles que solicitassem refúgio. Esse dever implícito é também confirmado pelas diversas previsões, como o artigo 9º e o 31º (2). É amplamente exigido [o procedimento] para tornar efetivo o próprio princípio do *non-refoulement*, previsto no artigo 33º. Entretanto,

instauração formal, instrução do feito, julgamento e fase recursal.

A fase preliminar se inicia com a declaração do solicitante de refúgio que deseja pedir o reconhecimento do *status* de refugiado, dirigindo-se à autoridade brasileira competente (Polícia Federal) na fronteira do território ou posteriormente a sua chegada (art. 7º caput, art. 9º e 10º), sendo vedada deportação, expulsão, proibição de ingresso ou qualquer medida que impeça que o solicitante de refúgio acesse o procedimento de reconhecimento e a proteção do Estado brasileiro. Posteriormente à declaração, a Polícia Federal deverá informar o solicitante sobre seus direitos e encaminhá-lo para a prestação de declarações, para a instauração formal do procedimento de reconhecimento.

Desde esse momento, conquanto esteja em território nacional, o solicitante é protegido pelo princípio do *non-refoulement* (art. 7º, §1º e 8º da lei nº 9.474 de 97), independentemente do seu ingresso irregular no país. Além disso, é vedado à Polícia Federal exercer uma “triagem prévia” dos solicitantes de refúgio, por mais que a situação não pareça como uma das hipóteses do artigo 1º da Lei do Refúgio, já que a competência pertence ao CONARE (Leite, 2014).

Anteriormente, a instauração do procedimento do reconhecimento do *status* de refugiado ocorria com a entrega do termo de solicitação de refúgio preenchido à Polícia Federal, contendo as razões do deslocamento forçado e as circunstâncias de entrada no Brasil. Entretanto, conforme a resolução normativa nº 29 de 2019 do CONARE, a solicitação do pedido de refúgio deverá ser feita pelo sistema Sisconare¹³⁹, uma plataforma eletrônica, na qual o solicitante também receberá notificações e

o exato conteúdo ou modalidade desses procedimentos são definidos por cada Estado, de acordo com suas próprias constituições e estrutura administrativa” (Chetail, 2014, p. 51-52, tradução nossa). No original: “[...] the Geneva Convention does not formally require a refugee status determination procedure nor explicitly regulate its content and functioning. However, both in principle and in practice, the refugee definition presupposes some kind of identification process, although no specific procedure is explicitly mentioned in the Geneva Convention. Otherwise, states would be bound to apply the refugee status to all persons claiming to be refugees. This implicit duty is also confirmed by several other provisions, such as Articles 9 and 31(2). It is further required by the effective implementation of the principle of non-refoulement under Article 33. Nevertheless, the exact content and modalities of these procedures is supposed to be determined by each contracting state with due regard to its own constitutional and administrative structure”.

¹³⁹Vide: <http://sisconare.mj.gov.br/conare-web/login?1>. Acesso em: 20 mar. 2021.

poderá acompanhar o andamento do seu processo. Assim, feita a solicitação, basta que o solicitante de refúgio compareça em uma das unidades da Polícia Federal, formalizando a solicitação e a instauração do procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado.

Em seguida, a Polícia Federal colhe a biometria do solicitante de refúgio e expede um protocolo, conforme o artigo 21 da lei nº 9.474 de 97. Esse protocolo serve como prova da condição de solicitante de refúgio por parte do indivíduo e forma de sua individualização, além de conceder o direito do solicitante de valer-se de direitos e garantias presentes nos diplomas nacionais e internacionais dos quais o Brasil é parte, assim como obter autorização para permanência provisória no Brasil, inclusive com inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF) e autorização para exercício de atividade remunerada.¹⁴⁰

Após a instauração formal do procedimento, inicia-se a fase de instrução, pela qual o CONARE, por meio de sua coordenação e por meio de diversas diligências, averiguará a procedência das razões de fato que motivam o pedido de refúgio por parte do solicitante, elaborando, ao final, um relatório que será enviado e utilizado na próxima reunião do órgão com os demais participantes para a decisão final do pedido¹⁴¹. O julgamento do pedido é feito nas reuniões ou sessões do CONARE, cujo colegiado, formado ao menos por quatro membros com direito a voto, decidirá sobre a elegibilidade ou não do pedido de refúgio, proferindo decisão, devidamente fundamentada, por maioria de votos, conforme artigos 26 e 29 da Lei do Refúgio e art. 8º da RN 18/2014.

A decisão de deferimento do pedido de refúgio é declaratória, com efeitos *ex tunc*, pois o refúgio não se constitui com o reconhecimento dos Estados. Assim, o solicitante

¹⁴⁰ O protocolo possui prazo de validade de um ano, prorrogável em igual tempo até decisão final do procedimento de solicitação do *status* de refugiado, conforme artigo 5º da RN nº 29/2019 do CONARE.

¹⁴¹ Conforme explica Larissa Leite (2014), a Lei do Refúgio não define as diligências necessárias ou convenientes para serem realizadas na fase instrutória. Apesar disso, o regimento interno do CONARE e a RN 29/2019, mencionam a realização de entrevista pessoal do solicitante e entrega de documentos pertinentes. Além disso, poderá haver a dispensa de entrevista na hipótese de fundado pedido de solicitação de refúgio, assim como em caso de infundado o pedido (art. 6º, §§ 1º e 2º da RN 29/2019). A notificação do solicitante quanto aos atos do procedimento se dará por meio da plataforma digital Sisconare (art. 7º, §1º da RN 29/2019).

é devidamente notificado, juntamente com a Polícia Federal. Esse reconhecimento do *status* de refugiado traz importantes efeitos, como a possibilidade de extensão da condição de refugiado a familiares, além do arquivamento de procedimentos administrativos ou processos criminais contra o refugiado pela sua entrada irregular no país e abstenção dos processos de extradição ou expulsão.

Em caso de decisão negativa, isto é, em que se indefere o reconhecimento da condição de refugiado, o solicitante deverá, entretanto, ser notificado com as fundamentações que levaram à decisão, pois a ele é garantido o direito de recurso (art. 29 da Lei do Refúgio). O recurso da decisão do CONARE deve ser interposto ao Ministro da Justiça, no prazo de 15 dias contados da notificação da decisão negativa pelo solicitante, podendo ser protocolado em qualquer unidade da Polícia Federal (art. 9º, parágrafo único da RN 18/2014), com a devida fundamentação das razões de fato e de direito e acompanhado de provas, se o caso, conforme RI do CONARE.

O recurso tem efeito suspensivo, o que obsta qualquer medida de expulsão ou deportação do solicitante de refúgio, assim como efeito devolutivo, podendo considerar o solicitante como elegível e reconhecer seu *status* de refugiado. Além disso, a decisão sobre o recurso é irrecorrível, devendo ser devidamente fundamentada e comunicada ao solicitante.

A decisão definitiva quanto à inexigibilidade do pedido de refúgio sujeita o solicitante as regulamentações e previsões da lei de migração (Lei nº 13.445 de 2017) e, mesmo que prevista causa de expulsão ou deportação, prevalece a regra do artigo 32 da Lei do Refúgio.

Importante ressaltar que o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado é regido de acordo com a garantia da confidencialidade de informações e proteção da pessoa do solicitante de refúgio¹⁴², mesmo quando negado o reconhecimento do *status* de refugiado ou havendo a repatriação, pois o país de origem ou residência não

¹⁴²Dispõe o artigo 25 da Lei do Refúgio: "Os intervenientes nos processos relativos às solicitações de refúgio deverão guardar segredo profissional quanto às informações a que terão acesso no exercício de suas funções".

possui ciência do pedido de refúgio ou das alegações feitas pelo solicitante (Nogueira, 2017).

Justamente por isso, tanto as reuniões do CONARE como os demais atos do procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado não são publicados, sendo restrito o acesso e o conhecimento apenas ao solicitante e aos atores envolvidos.

A lei nº 9.474 de 1997, ainda disciplina as hipóteses de extradição, expulsão (Título V), cessação e perda da condição de refúgio (Título VI). No que diz respeito a esses institutos, importante destacar que mesmo em caso de expulsão justificada, o refugiado não poderá ser enviado ao país ou local cuja sua vida, liberdade ou integridade física estejam ameaçados, sendo efetivo somente na certeza desse indivíduo ser aceito em país em que não haja riscos a sua pessoa (art. 37 da Lei do Refúgio).

Além disso, o refugiado poderá ter sua condição perdida, caso renuncie a ela expressamente, ou seja, comprovado que o reconhecimento dessa condição decorreu de prova falsa dos fatos ou fatos incompletos que não permitiriam a elegibilidade de sua condição ou exerça atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública ou, por fim, saia do Brasil sem a prévia autorização do governo.

No caso da renúncia ou saída sem autorização do território, o refugiado poderá ainda permanecer no país, submetendo-se às regulamentações da lei de migração e seu decreto regulamentar. Entretanto, nas outras hipóteses, poderá ser submetido às medidas compulsórias da lei de migração, como disposto nos artigos 46 e 47 da Lei do Refúgio.

Assim, analisado o sistema brasileiro de proteção dos refugiados e pormenorizada a estrutura do procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, será possível a verificação da adequabilidade do sistema pátrio aos ditames determinados pela Corte no Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, a partir da exposição dos fundamentos de fato e de Direito, a seguir esmiuçados.

4. CASO FAMÍLIA PACHECO TINEO VS. ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

A família Pacheco Tineo é composta pelo Sr. Rumaldo Juan Pacheco Osco, peruano, a Sra. Fredesvinda Tineo Godos, peruana, Frida Edith Pacheco Tineo, peruana e Juana Guadalupe Pacheco Tineo, chilena. O senhor e senhora Pacheco Tineo, na década de 1990, foram processados no Peru por supostos crimes de terrorismo e, apesar de absolvidos quatro anos depois, sofreram, mais precisamente em 1992, violações de direitos humanos, conhecidas e julgadas pela CIDH no caso penal Castro Castro vs. Peru (CIDH, 2013, p. 22).

Assim, em 1995, em decorrência de uma ordem de prisão expedida no Peru, após a anulação da sentença absolutória dos crimes de terrorismo, a família Pacheco Tineo ingressou na Bolívia, sendo, posteriormente, reconhecida como refugiada. O senhor Rumaldo Pacheco Tineo, entretanto, assinou, em 1998, a declaração de repatriação voluntária junto às autoridades nacionais bolivianas, formalizando a perda do reconhecimento do *status* de refugiado, conforme legislação do país. Apesar da declaração de repatriação voluntária, após saída da Bolívia, a família não retornou ao Peru, instalando-se no Chile, país que também os reconheceu como refugiados, em 1998 (*Ibidem*, p. 23-24).

Visando averiguar a situação do país e verificar a possibilidade de retorno ao Peru, os membros da família ingressaram, em 2001, no seu país de origem. Entretanto, enquanto estavam no país, o advogado da família informou à família que vigorava ainda a ordem de prisão. Diante disso, a família saiu do Peru e ingressou na Bolívia, sem passar pelo controle migratório e sem regularizar sua situação migratória. Eles alegaram que retornaram à Bolívia para a obtenção dos documentos de estudos durante o período no país.¹⁴³

¹⁴³Durante o procedimento perante a Comissão e durante a audiência perante este Tribunal, as presumidas vítimas manifestaram que o motivo para seu novo ingresso na Bolívia foi para a realização de trâmites para obterem os documentos acadêmicos de ensino superior, referentes aos estudos realizados durante os anos 1995 a 1998, enquanto eram refugiados naquele país. Eles adicionaram que saíram do Peru ao descobrirem que estavam em situação de risco, considerando que a sentença ditada, que ordenava suas prisões, não havia sido anulada, ou o caso arquivado, o que foi lhes foi comunicado por seu advogado no Peru. (CIDH, 2013, p. 25, tradução nossa). No original: "No obstante, las presuntas víctimas alegaron que cuando llegaron a la frontera Bolivia – Perú fueron encerrados en un cuarto, despojados de sus pertenencias y no recibieron alimentación, luego de lo cual, al cruzar la frontera, fueron entregados a la policía peruana, imputándolos de terroristas y señalando que se les había encontrado material subversivo".

Na Bolívia, a família se apresentou às autoridades migratórias, com o objetivo de regularizar suas documentações e pedir auxílio para atravessar o país em direção ao Chile. Ainda, caso fosse extraditada do país, pediu às autoridades que a extradição ocorresse para o Estado do Chile. Apesar disso, as autoridades bolivianas retiveram os passaportes dos membros da família e prenderam a senhora Fredesvinda Tineo Pacheco, em decorrência do ingresso irregular da família no país (CIDH, 2013, p. 25-26).

Com esses ocorridos, o senhor Pacheco Osco requisitou o reconhecimento do *status* de refugiado para si e a esposa, pois necessitavam dessa proteção, ao menos, para voltarem ao Chile, pelo temor de serem extraditados ao Peru. Após o pedido, a *Comisión Nacional del refugiado – CONARE Bolívia*, em sessão com apenas o representante das Relações Exteriores, representante do governo e o ministro da Justiça, julgou o caso, sem a presença dos membros da família ou do seu representante, sem serem informados do trâmite do procedimento e sem a oportunidade de exporem a situação em que se encontravam. Ao fim, o pedido foi negado, pois segundo o *CONARE-Bolívia*, os solicitantes renunciaram expressamente aos seus *status* de refugiados em 1998, por meio da declaração de repatriação voluntária¹⁴⁴.

Após a soltura da senhora Pacheco Tineo, em razão do habeas corpus impetrado em seu favor, o consulado do Chile determinou às autoridades bolivianas a devolução dos passaportes dos membros da família. Mesmo diante de comunicações e tratativas entre o Chile e Bolívia, no que diz respeito à situação da família, as autoridades bolivianas emitiram um requerimento fiscal para a expulsão dos membros da família Pacheco Tineo, já que eram considerados meros imigrantes ilegais no país (*Ibidem*, p. 33).

¹⁴⁴De acordo com a Corte, “a reunião foi realizada sem a presença da família Pacheco Tineo ou seus representantes, não recebendo informações sobre o trâmite do procedimento por parte das autoridades e não tiveram a oportunidade de expor sua situação”. (CIDH, 2013, p. 27, tradução nossa). No original: “La reunión fue realizada sin presencia de la familia Pacheco Tineo o sus representantes, quienes no recibieron información acerca del trámite por parte de las autoridades y no tuvieron la oportunidad de exponer su situación”.

Diante do requerimento, os funcionários do consulado do Chile se apresentaram pessoalmente diante das autoridades migratórias da Bolívia, chegando ao acordo verbal de que a saída da família ocorreria para o Chile. Posteriormente, o cônsul geral do Chile na cidade de La Paz enviou uma carta às autoridades bolivianas confirmando a autorização do Chile para o ingresso da família no país e expedindo a polícia chilena os documentos da família para o ingresso regular no seu território¹⁴⁵.

Apesar de tudo isso, a Bolívia prosseguiu com a extradição da família Pacheco Tineo ao território peruano, mesmo com todas as tratativas com o Chile e os pedidos dos membros da família. Durante todo o trajeto, eles não sabiam que estavam, na realidade, voltando ao seu país de origem e as crianças da família se mantiveram separadas dos seus pais durante todo o período. De acordo com as vítimas, ao chegarem à fronteira, eles foram trancados em um quarto, seus pertences foram retirados e tomados, não receberam qualquer alimentação e foram entregues diretamente à polícia peruana, com a acusação de serem terroristas e possuírem material subversivo (CIDH, 2013, p. 35-36).

Diante desses fatos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2013) reconheceu que o Estado Plurinacional da Bolívia foi responsável pelas violações do direito de solicitar e receber asilo¹⁴⁶ art. 22.7 da CADH), do princípio do *non-refoulement* (art.

¹⁴⁵ Conforme expõe a Corte, “durante o processo perante a Corte, foi fornecida informação que confirma uma série de comunicações entre autoridades bolivianas e funcionários do Consulado Chileno, relacionadas a situação da Família Pacheco Tineo antes da expulsão, inclusive que chegaram a um acordo verbal quanto sua saída ao Chile e que comunicaram com os membros da Família Pacheco Tineo para terem, ao menos, residência no Chile” (CIDH, 2013, p. 34, tradução nossa). No original: “[...]durante el proceso ante la Corte fue aportada información que confirma una serie de comunicaciones entre autoridades bolivianas y funcionarios del Consulado chileno relativas a la situación de la familia Pacheco Tineo previas a su expulsión, inclusive que llegaron a un acuerdo verbal para su salida a Chile y que sí comunicaron que los miembros de la familia Pacheco Tineo tenían al menos residencia en Chile”.

¹⁴⁶ Importante salientar que a Convenção Americana de Direitos Humanos não menciona o instituto do refúgio, mas tão somente o asilo. No julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acaba por unir os institutos do asilo e do refúgio, apesar das diferenças históricas de ambos na América Latina. Como salienta André Carvalho de Ramos, o instituto do refúgio na América Latina constitui uma das espécies de asilo em sentido amplo, pois o instituto do asilo e do refúgio não se confundem nessa região, ao contrário da Europa e outros locais do mundo. Sendo assim, o asilo tem como características principais a acolhida da pessoa perseguida por motivos políticos, a concessão discricionária por parte do Estado, o reconhecimento constitutivo e os efeitos ex nunc, podendo, inclusive ser concedido mesmo fora do território do país solicitado. Por outro lado, o refúgio destina-se à proteção de todos aqueles que possuam um fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, além de outras definições mais amplas. Assim, não se exige a perseguição atual, com um estado de emergência. Além disso, o reconhecimento do refúgio é declarativo e o indivíduo possui um direito público subjetivo de ingresso ao país solicitante (Ramos, 2011, p. 40-41).

22.8), dos direitos às garantias e proteções judiciais (artigos 8 e 25), do direito à integridade psíquica e moral (art. 5.1) e do direito à proteção das crianças e da família (artigos 17 e 19), em decorrência das ações e omissões das autoridades bolivianas perpetradas contra os membros da família Pacheco Tineo.

A Corte (2013) determinou que o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado deve observar os direitos e as garantias do devido processo legal, independentemente do *status* do imigrante, seja regular ou irregular. Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante que todo e qualquer estrangeiro, seja refugiado, imigrante, asilado, apátrida ou outro, não seja expulso, deportado ou de qualquer outra forma devolvido ao país no qual seu direito a vida ou liberdade esteja em risco de violação, conforme art. 22.8 da referida convenção.

O direito de procurar e solicitar asilo está expressamente tipificado na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 22.7), em consonância com as legislações nacionais e internacionais. Conforme exposto na sentença, a Corte pontua que a condição de refugiado provém de um ato declaratório por parte do Estado. Sendo assim, mesmo nas hipóteses de cessação ou exclusão do refúgio, o devido processo legal deve ser observado.

Não somente isso, o reconhecimento por um Estado da condição de refugiado de um indivíduo possui efeitos exteriores também, pois caso essa pessoa venha a cruzar outros territórios, os países respectivos devem levar em conta a condição de refugiado já reconhecida em território exterior, antes de adotar qualquer medida de caráter migratório a seu respeito, com uma cautela especial de tratamento e com a devida verificação de sua condição¹⁴⁷.

¹⁴⁷Determina a corte: "A corte considera que, considerando as disposições e regulamentações anteriores, se desprende que, uma vez declarado pelo Estado, o estatuto dos refugiados protege a pessoa a qual tenha sido reconhecida para além das fronteiras desse Estado, de modo que os outros Estados nos quais essa pessoa venha a ingressar devem levar em conta a condição que se encontra no momento, antes de adotar qualquer medida de caráter migratório ao seu respeito [...]" (CIDH, 2013, p. 50, tradução nossa). No original: "La Corte considera que, de las anteriores disposiciones y regulaciones, se desprende que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto [...]".

Desse modo, no que concerne ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, a Corte (2013) estabeleceu que se deve, minimamente, prever a análise adequada e individualizada do pedido de refúgio, antes de qualquer medida de devolução, a oitiva do solicitante, com entrevista individualizada, conforme o disposto no artigo 8º da CADH, a possibilidade de recurso de decisão desfavorável, na esteira do artigo 25º da convenção e a avaliação justa e eficaz do país quanto à concessão do refúgio, com análise do risco de se violar o princípio do *non-refoulement* em caso de decisão negativa.

Além disso, o Estado deve aplicar ao procedimento, de caráter administrativo ou não, o princípio de não discriminação e do devido processo legal, com a análise por autoridade competente e instruído com decisões claras, objetivas, coerentes e expressamente fundamentadas.

Para isso, exige-se também o acesso a intérpretes competentes e defesa técnica (representação legal) por parte do solicitante, orientação necessária sobre o procedimento em linguagem acessível e compreensível, possibilidade de contato com um representante do ACNUR, proteção dos dados dos solicitantes e observância do princípio da confidencialidade, concessão de prazo razoável a recurso, com as informações necessárias sobre o procedimento, a concessão de efeitos suspensivos aos recursos, com a permissão do solicitante de permanecer no país, salvo se a solicitação de refúgio for infundada e, por fim, a possibilidade do judiciário de analisar o caso e as decisões sobre o refúgio por meio de recursos ou outras medidas judiciais.

Apesar de a Corte não adentrar ao mérito do reconhecimento do senhor e da senhora Tineo Pacheco como refugiados pela Bolívia, é certo dizer que a decisão que negou os pedidos não foi fundamentada, não considerou a possibilidade de risco à vida, à liberdade ou à integridade da família em caso de retorno ao Peru e foi declarada por procedimento de caráter sumário, sem a devida participação e notificação dos membros da família Pacheco Tineo e sem a oportunidade de recurso¹⁴⁸.

¹⁴⁸A corte declarou que “a falta de notificação é em si mesma violadora do artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois coloca as presumidas vítimas em um estado de incerteza quanto a sua condição jurídica, tornando impraticável o exercício do direito de recorrer dessas resoluções” (CIDH, 2013, p. 64, tradução nossa). No

Conforme a Corte (2013), os Estados podem optar por procedimentos acelerados no reconhecimento do *status* de refugiado quando, por exemplo, a solicitação de refúgio for manifestamente infundada ou abusiva. Entretanto, mesmo nesses casos, em respeito ao princípio do *non-refoulement*, o devido processo legal deve ser observado, com a devida notificação e entrevista do solicitante.

O procedimento sumário adotado pela Bolívia, sem observância do devido processo legal e garantias judiciais mínimas, resultou na ofensa ao direito de não devolução, pois a família, ao ser expulsa ao Peru, sofreu violações graves contra sua liberdade e integridade¹⁴⁹. As autoridades bolivianas deveriam ter, ao menos, escutado as razões do pedido de solicitação, identificado os motivos da repatriação voluntária, em 1998, e a situação em que se encontravam os membros da família no momento da solicitação. Ademais, era necessária a concessão do direito ao recurso e a devida notificação da decisão aos solicitantes, o que não foi feito no caso concreto.

Por fim, as autoridades bolivianas não tomaram as devidas cautelas e valorações aos fatos de que os membros da família Pacheco Tineo tinham *status* de refugiados reconhecido pelo Chile, o filho mais novo do casal possuía nacionalidade chilena e o ingresso da família já havia sido autorizado pelo terceiro país, com todas as tratativas já feitas com o consulado chileno (CIDH, 2013, p. 63).

Em decorrência destas violações, restou claro também, conforme julgou a Corte, a violação às integridades psíquicas e morais dos membros da família Pacheco Tineo (artigo 5.1 da CADH), pois foram tratados, no momento que ingressaram na Bolívia, como imigrantes irregulares, seguindo-se, assim, tomada de passaportes, prisão da

original: "La falta de notificación es en sí misma violatoria del artículo 8 de la Convención, pues colocó a las presuntas víctimas en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir las resoluciones".

¹⁴⁹Como argumenta André de Carvalho Ramos, não sendo outorgado o refúgio não pode, ainda assim, o Estado de acolhida devolver o estrangeiro para qualquer território no qual possa sua liberdade ou vida ser ameaçada por razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas, de acordo com o artigo 33 da Convenção de 1951. Ademais, o Brasil detalhou, em sua legislação sobre refugiados, a proibição do *refoulement* quando existir risco à vida, liberdade e integridade física do indivíduo: o artigo 32 da Lei 9.474/97 estabelece que no caso de recusa definitiva de refúgio, fica proibida sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade (Ramos, 2011, p. 33).

senhora Pacheco Tineo e extradição sumária ao Peru (*Ibidem*, p. 65).

A Corte (2013) considerou também que houve violação ao artigo 19 da CADH, que estabelece que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Sendo assim, o Estado tem o dever de zelar pelos direitos das crianças reconhecidos em outros instrumentos internacionais aplicáveis.

Desse modo, na esteira dos artigos 12 e 22 da Convenção Universal sobre o Direito da Criança, as crianças possuem o direito de serem escutadas em todo procedimento judicial ou administrativo e possuem o direito de pedir o reconhecimento do *status* de refugiado, recebendo a devida proteção e assistência (CIDH, 2013). Quando isso acontece, o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado deve prever garantias procedimentais e probatórias específicas, respeitando direitos e outras garantias previstas em instrumentos internacionais. Além disso, se ao solicitante principal do pedido de refúgio for negado o reconhecimento, os familiares possuem o direito de terem suas próprias solicitações analisadas de forma independente, exemplo das crianças.

Mesmo que o pedido não seja feito em nome das crianças, elas podem beneficiar-se da extensão familiar da proteção do refúgio, conforme previsto pela Convenção de 1951 e o princípio da unidade familiar. Isso garante também que os membros da família sejam escutados, o que não foi feito no presente caso.

Não somente isso, na esteira do artigo 17 da CADH, o Estado deve zelar pela proteção da família. Sendo assim, a separação das crianças dos pais durante a travessia ao Peru constituiu ofensa ao princípio do *non-refoulement* e ao direito da proteção familiar. Conforme o princípio do superior interesse da criança e o direito à proteção familiar, o Estado deve tomar cautelas ainda maiores em procedimentos migratórios quando há a presença de crianças, pois esses procedimentos podem resultar em separações das crianças com seus pais ou responsáveis.

Julgado o caso, a Corte imputou ao Estado Plurinacional da Bolívia a obrigação de

implementar programas permanentes de capacitação de funcionários e autoridades migratórias ou envolvidos com a migração e o dever de indenizar por danos morais e materiais a família Pacheco Tineo (US\$ 35.000,00), integrando, também, o fundo de assistência legal de vítimas (US\$ 9.564,53) (CIDH, 2013, p. 86).

5. ADEQUAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Da análise do julgamento do caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, é possível identificar os *standards* estabelecidos pela CIDH quanto ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento dos casos de sua jurisdição, atua com a formação de uma jurisprudência de “casos exemplares”, também chamados de casos paradigmáticos, que estabelecem *standards* a serem seguidos pelos países submetidos a sua jurisdição¹⁵⁰.

Assim, no julgamento desse caso paradigmático, a CIDH estabeleceu parâmetros mínimos a serem observados pelos países submetidos à sua jurisdição quanto ao respeito às garantias processuais e a proteção dos direitos humanos nos procedimentos de determinação do *status* de refugiado. Essas garantias mínimas não foram, nem de longe, respeitadas pelo Estado Plurinacional da Bolívia, como o caso acima demonstrou.

Desse modo, quando o Brasil reconheceu a jurisdição da CIDH¹⁵¹, ele se submeteu, portanto, aos parâmetros mínimos exigidos pela Corte quanto à temática dos refugiados, à luz dos ditames previstos na CADH. Assim, o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado no Brasil deve garantir esses parâmetros

¹⁵⁰ Explica Helisane Mahlke que “os casos contenciosos encaminhados à Corte, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, são selecionados para serem instrumentos de interpretação e aplicação de direitos previstos na Convenção, mas também são instrumentos de transformação social. A Corte, ao julgar os ditos ‘casos exemplares’ estabelece um paradigma jurídico de direitos humanos protegidos” (Mahlke, 2017, p. 111). Sendo assim, ao contrário da “conhecida” jurisprudência, o entendimento da CIDH é claramente demonstrado no julgamento de um único caso, que define os pontos cruciais de interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos em dada

¹⁵¹ De acordo com Ramos (2019), a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos já foi admitida por 20 países, inclusive o Brasil. A Corte exerce jurisdição sobre cerca de 550 milhões de pessoas.

mínimos, sob pena de *inconvenionalidade* do sistema e desrespeito à decisão proferida pela CIDH.

Nessa esteira, a primeiro momento, tomando a Lei do Refúgio como base, o Brasil respeita alguns dos *standards* exigidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como já dito, o pedido de refúgio pode ser feito diretamente por meio do sistema eletrônico do CONARE, o Sisconare. Após a instauração formal do procedimento, o solicitante será devidamente notificado pelo próprio sistema. Além disso, o artigo 2º da Lei do Refúgio prevê a extensão familiar da proteção do refúgio, conforme (RN nº 27 de 2018 do CONARE).

É expressamente previsto o princípio do *non-refoulement* (art. 7º, §1º), estendido também à vedação de punições ou sanções ao solicitante de refúgio que ingresse irregularmente no território nacional (art. 8º). No que diz respeito à entrevista do solicitante, é realizada, em regra, pelas organizações da sociedade civil, como as Caritas, na fase instrutória do procedimento. A entrevista somente poderá ser dispensada na hipótese de fundado pedido de solicitação de refúgio, assim como em caso de infundado o pedido (art. 6º, §§ 1º e 2º da RN 29/2019).

As decisões devem estar devidamente fundamentadas, especialmente no caso de indeferimento do pedido, sendo o solicitante devidamente notificado, juntamente com a polícia federal. Ainda, o indeferimento do pedido de refúgio exige a notificação do solicitante com as fundamentações que levaram a decisão ao solicitante, pois a ele é garantido o direito de recurso (art. 29 da Lei do Refúgio), interposto no Ministro da Justiça, no prazo de 15 dias contados da notificação da decisão negativa pelo solicitante.

Em consonância com a jurisprudência do caso da CIDH, o recurso tem efeito suspensivo, o que obsta qualquer medida de expulsão ou deportação do solicitante de refúgio. Além disso, a decisão sobre o recurso é irrecorrível, devendo ser devidamente fundamentada e comunicada ao solicitante.

A Lei do Refúgio ainda assegura que mesmo em caso de expulsão justificada, o

refugiado não poderá ser enviado ao país ou local cuja sua vida, liberdade ou integridade física estejam ameaçados, sendo efetivo somente na certeza desse indivíduo ser aceito em país em que não haja riscos a sua pessoa (art. 37). Ademais, o procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado é regido de acordo com a garantia da confidencialidade de informações e a proteção da pessoa do solicitante de refúgio.

Desse modo, até o momento, analisando a consonância do principal diploma quanto ao refúgio no Brasil em relação aos *standards* mencionados, há o devido respeito, em sede de controle de convencionalidade, à Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, no que concerne à aplicação da lei e demais *standards* expostos, há algumas importantes considerações a serem feitas, pois o Brasil não respeita expressa e devidamente algumas disposições, como o princípio de não discriminação, o acesso a intérpretes competentes e defesa técnica e orientação do solicitante sobre o procedimento em linguagem acessível e compreensível.

Um ponto fundamental do sistema de proteção dos refugiados é o acesso à informação por parte dos solicitantes, no que diz respeito aos seus direitos e ao procedimento de reconhecimento do *status* de refugiados, além da presença e da disponibilidade de intérpretes competentes.

A CIDH exigiu expressamente essa garantia mínima, que conversa diretamente com o acesso à justiça, previsto nas garantias judiciais (art. 25 da CADH). No Brasil, como dito acima, o pedido de refúgio e o acompanhamento do procedimento ocorrerá por meio de um sistema eletrônico, o Sisconare, no qual o solicitante se inscreve e interage na plataforma. A plataforma pode ser configurada em somente quatro línguas diferentes: português, inglês, espanhol ou francês.

Exige-se, entretanto, para a formalização do pedido a presença do solicitante na polícia federal. Apesar disso, como aponta Larissa Leite (2014), o Brasil não previu e ainda não prevê um sistema de acompanhamento integral de intérpretes e profissionais capazes de orientar o solicitante sobre seus direitos, o procedimento e qualquer dúvida relativa à reconstrução de sua vida no Brasil. Além do mais, o contato do solicitante com essa

plataforma se reduz a apenas quatro línguas, sem contar com as dificuldades de acesso remoto por parte de solicitantes em condições de extrema vulnerabilidade¹⁵².

Apesar da atuação da Defensoria Pública da União, quanto às informações dos procedimentos e das decisões, explica Larissa Leite (*Ibidem*) que não há uma regulamentação pelo CONARE sobre a assistência técnica e a assistência por intérpretes, como exigido na jurisprudência da CIDH. O encaminhamento dos solicitantes a defensores ou advogados ocorre pela sociedade civil ou pela polícia federal, mas em casos extremos, como a perda da condição de refugiado ou a necessidade de recurso sobre decisão de indeferimento¹⁵³.

Grande parte do acesso às informações e ao auxílio aos solicitantes e refugiados decorre da atuação das entidades ou organismos da sociedade civil. Entretanto, apesar dessa importante atuação, essas entidades são distribuídas de maneira desigual no território brasileiro. Essa estrutura alternativa informal apresenta um problema, relacionado justamente aos déficits na qualificação em matéria sobre refúgio (Leite, 2014, p. 298).

Ainda, para a efetiva assistência jurídica no procedimento de refúgio, é necessário se discutir os papéis dos assistentes técnicos, no que diz respeito às fases de atuação, o modo de defesa de direitos e o próprio respeito às competências do CONARE. Soma-se a isso, a escassez de intérpretes para servir no âmbito de competência do CONARE, da Polícia Federal e da atuação da sociedade civil (*Ibidem*, p. 301). A comunicação é ponto fundamental do procedimento de refúgio, pois as informações trazidas ao pedido de refúgio provêm do próprio solicitante.

A todo caso, outro ponto a se destacar, é a notificação do sistema Sisconare. Anteriormente a esse sistema, o solicitante não era notificado sobre todas as

¹⁵² Não há informações da RN 29/19 ou no site do Ministério da Justiça sobre o fornecimento de acesso remoto aos solicitantes em extrema vulnerabilidade. Vide: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/sisconare>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁵³ Pontua ainda Larissa Leite que "[...] como a assistência do solicitante de refúgio ou do refugiado por advogado ou por defensor público não é obrigatória segundo o regime brasileiro, não existe um fluxo de encaminhamento necessário da pessoa para a DPU. O solicitante de refúgio ou o refugiado têm pouquíssimas chances de conhecer seu direito a buscar orientações prévias ou contemporâneas ao processo para o refúgio junto à DPU" (Leite, 2014, p. 298).

informações trazidas aos autos, mesmo que se tratasse da aplicação de cláusulas de exclusão, óbices à concessão do refúgio ou situação do país do refugiado, entre outros (*Ibidem*, p. 301). Apesar de atualmente as notificações ocorrerem pela plataforma digital do Sisconare, não há informações no site do Ministério da Justiça ou da RN 29/19 se essas notificações abrangem toda e qualquer ação concernente ao procedimento ou somente dados atos.

Ainda, a CIDH expressamente determinou o respeito ao princípio da não-discriminação. O Brasil não prevê procedimentos ou tratamentos diferenciados, salvo se considerar algumas peculiaridades quando o pedido é manifestamente fundado ou infundado, como já dito. *A priori*, essa estrutura obedeceria ao princípio acima citado. No entanto, esse princípio vai de encontro às recomendações do ACNUR para o tratamento especializado de solicitantes em especiais condições de vulnerabilidade. Sendo assim, quando Brasil trata os desiguais como iguais, desrespeita o princípio da igualdade¹⁵⁴.

A maior ofensa ao princípio da não discriminação no Brasil ocorre com a distribuição desigual, como dito anteriormente, de entidades apoiadoras e da própria capacitação dos profissionais da Polícia Federal, além da priorização pelo CONARE dos casos nos quais os solicitantes se situam na área de maior demanda de procedimentos de reconhecimento do *status* de refugiado (*Ibidem*, p. 314). Sem dúvida nenhuma, algumas regiões, com maior número de pedidos e, por consequência maior capacitação, oferecerão aos solicitantes maior suporte e acesso ao devido processo legal, exemplo da região de São Paulo e Rio de Janeiro.

No que diz respeito ao procedimento sumário de reconhecimento do *status* de refugiado, há uma verdadeira oposição das medidas adotadas pelo Brasil e da jurisprudência da corte descrita anteriormente. O Brasil não possui um procedimento propriamente sumário, mas tem buscado dar celeridade ao procedimento geral.

¹⁵⁴Larissa Leite (2014, p. 302) pontua que, na prática, há decisões de priorização em casos de pessoas em situações mais graves ou de maior vulnerabilidade, como hospitalizados, menores desacompanhados e solicitantes com familiares em zona de conflito, que desejam a reunião familiar. Essas decisões são tomadas, porém, de modo informal pelo CONARE, a pedido de entidades da sociedade civil.

O CONARE prevê a possibilidade de dispensa de entrevista nos casos de pedido de refúgio infundado ou fundado (art. 6º, §1º e 2º da RN 29/19). Essa possibilidade, em especial no caso de pedidos de refúgio infundado, vai em sentido oposto ao exigido pela CIDH, pois a entrevista é essencial para a garantia do contraditório e da ampla defesa por parte do solicitante de refúgio, mesmo em casos de infundado pedido de refúgio. Além disso, o CONARE tem colocado nas pautas das sessões casos similares, de modo a julgar coletivamente as solicitações, o que ofende expressamente os *standards* exigidos pela Corte quanto ao julgamento e à análise individual dos pedidos de refúgio (*Ibidem*, p. 312).

Outra questão que destoa da jurisprudência da Corte é a não realização de entrevistas nos procedimentos de perda da condição de refugiado e extensão familiar. Na prática, não se realizam entrevistas, admitindo-se a apresentação das razões por escrito (*Ibidem*, p. 311). Essa questão também vai em sentido contrário à interpretação do art. 14 da RN 18/14, que estabelece o direito do refugiado, no prazo de 15 dias da notificação sobre o procedimento, exercer o seu direito de defesa. A principal defesa do refugiado ou solicitante, sem dúvidas, é exercida por meio de entrevista e por meio de prova oral.

Apesar de a Corte pontuar que crianças e membros da família que poderão se beneficiar com o reconhecimento do refúgio deverão participar e serem ouvidos no procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, nem a lei nº 9474 de 97 ou os regimentos internos do CONARE preveem essas possibilidades. Assim, na prática, resta mais que evidente a não observância do *standard* exigido pela jurisprudência da Corte¹⁵⁵.

Por fim, resta pontuar a questão que diz respeito ao direito de recurso e à possibilidade de apreciação das decisões pelo judiciário. A Corte determinou que deve haver, ao menos, a possibilidade de análise judicial das decisões proferidas no

¹⁵⁵Conforme Helisane Mahlke, “[...] as previsões genéricas da lei nº 9474/1997 não contemplaram situações especiais de refugiados, como idosos, crianças (algumas desacompanhadas), mulheres, pessoas com deficiência física ou mental, vítimas de tortura ou violência doméstica” (Mahlke, 2017, p. 248).

procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado. Helisane Mahlke (2017) pontua que é uma verdadeira incongruência a análise da decisão do CONARE pelo próprio Estado, por meio do Ministério da Justiça, pois há, sem dúvida nenhuma, uma vinculação às decisões políticas.

Não somente isso, nem a Lei do Refúgio ou resoluções normativas regulam a possibilidade de apreciação do judiciário das decisões proferidas em âmbito administrativo. Apesar disso, o próprio princípio da jurisdição, previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV), permite que o judiciário analise toda e qualquer ofensa ou ameaça a direito, o que não exclui as decisões administrativas¹⁵⁶.

6. CONCLUSÃO

O refúgio não é apenas uma prerrogativa do Estado, mas um direito que possui uma essência eminentemente humanitária, que exige uma atuação conjunta do Estado, da sociedade civil e dos organismos internacionais.

Apesar do avanço histórico do refúgio, com a criação da Convenção de 1951 e a atuação do ACNUR, há muito a se fazer, em especial no que diz respeito à criação de mecanismos que identifiquem a efetiva aplicabilidade da convenção e a possibilidade de responsabilização dos Estados em caso de ofensas aos direitos e obrigações dos refugiados.

Enquanto isso não ocorre, há outros meios de se exigir a responsabilização dos Estados e a definição de *standards* mínimos a serem observados pelos sistemas de proteção dos refugiados. Um exemplo desses mecanismos é a atuação e o papel das Cortes

¹⁵⁶Ainda, Liliana Jubilut, Rosilandy Lapa e Tainara Penedo apontam que há uma ausência de imparcialidade e verificação das peculiaridades no caso concreto no procedimento de reconhecimento de *status* de refugiado, exemplo da exigência de documentação que, por muitas vezes, os indivíduos não possuem. Do mesmo modo, [...] “um segundo grupo de problemas se relaciona ao entendimento de que há bem-fundado temor de perseguição (ou outra causa de reconhecimento do *status* de refugiado como a grave e generalizada violação de direitos humanos), e que, portanto, o refúgio se aplica. Nesse caso, a fim de garantir que a aplicação do refúgio seja objetiva, há métodos para auxiliar os tomadores de decisão, entre eles, a produção da Informação do Estado de Origem por instituições não ligadas ao processo decisório para a determinação do *status* de refugiado e os mencionados padrões mínimos apontados pelo ACNUR. Lembrando que, em sendo o refúgio um direito, caso as hipóteses legais estejam presentes, ele deve ser reconhecido, independentemente de questões políticas específicas entre os Estados envolvidos, até em função do caráter humanitário do refúgio” (Jubilut; Lapa; Penedo, 2018, p. 180).

Internacionais na harmonização e aplicação dos direitos dos refugiados, com destaque a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que zela pelo respeito às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No julgamento do caso paradigmático Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu requisitos mínimos necessários para o procedimento de determinação do *status* de refugiado, em respeito ao devido processo legal e o Direito ao asilo previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Desse modo, em decorrência da ratificação da CADH e do reconhecimento da jurisdição da CIDH, o Brasil se viu diante de novos *standards* estabelecidos sobre o direito dos refugiados, em respeito a decisão proferida no caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia, pois, apesar do país não ser parte, ele está condicionado ao julgamento, sob o crivo do controle de convencionalidade, do entendimento, interpretação e aplicação da CADH dada pela Corte na temática do refúgio, como determinado no julgamento desse “caso exemplar”.

Assim, a Corte entendeu que, minimamente, o Estado deve observar, no procedimento de reconhecimento do *status* de refugiado, as garantias e as proteções judiciais previstas na CADH, na esteira do princípio do devido processo legal. Além disso, deve-se observar a aplicação do princípio do *non-refoulement* e o princípio da não discriminação, adotando-se, ainda, uma especial cautela com as crianças refugiadas e acompanhantes dos solicitantes de refúgio.

Nessa esteira, o Brasil possui uma das legislações mais protetivas do mundo sobre o refúgio. Entretanto, quando analisada a adequabilidade do sistema brasileiro aos *standards* exigidos pela Corte no caso Família Pacheco Tineo, é possível observar um desrespeito às exigências do devido processo legal e cuidado especial com as crianças.

Há falta de investimentos e preocupação do governo com o refúgio, pois esse instituto é previsto em um sistema ainda pouco capacitado, pouco estruturado e pouco uniforme em todo o território brasileiro. Não somente isso, apesar da inovação do

procedimento do refúgio com a implementação do programa Sisconare, a garantia à notificação em todo o procedimento e o acesso a todas as informações por parte do solicitante ainda é aquém do esperado.

Como a própria Corte julgou, o conhecimento sobre procedimento e direitos e a segurança jurídica são mecanismos essenciais a serem fornecidos a uma pessoa que foi forçada a deixar o seu lar, suas origens e sua vida, em decorrência do risco de perseguição ou ameaça a direitos. Portanto, as omissões da lei nº 9474 de 1997 e das legislações infralegais devem ser sanadas e, mais do que isso, o Estado deve dar ao refúgio a devida atenção, com investimento, capacitação e cuidado necessários, ainda mais diante do contexto atual de constantes e maiores fluxos de pessoas para dentro das fronteiras brasileiras.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José H. Fischel. Refugee protection in Brazil (1921–2014): an analytical narrative of changing policies, 2015. In: CANTOR, D.J. et al. (ed.). **A Liberal Tide?** Immigration and asylum law and policy in Latin America. London: Institute of Latin American Studies/University of London, 2015, p. 153-183. Disponível em: [https://www.academia.edu/12588560/](https://www.academia.edu/12588560/Refugee_Protection_in_Brazil_1921_2014_an_analytical_narrative_of_changing_policies)

Refugee_Protection_in_Brazil_1921_2014_an_analytical_narrative_of_changing_policies. Acesso em: 08 ago. 2020.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A lei Brasileira de Refúgio – sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 12-21. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%B4gio-no-Brasil_A-prote%C3%A7%C3%A3o-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Am%C3%A9ricas-2010.pdf Acesso em: 10 jan. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Resolução Normativa Nº 27, de 30 de outubro de 2018**. Brasília, DF: Presidente do Comitê. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/>

resolu%C3%A7%C3%B5es_CONARE/

RESOLU%C3%87%C3%83O_NORMATIVA_N%C2%BA_27_DE_30_DE_OUTUBRO_DE_2018.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021

BRASIL. **Resolução Normativa Nº 18, de 30 de abril de 2014.** Brasília, DF: Presidente do Comitê. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/RN18ajustadaate33.docx>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 12 jan. 2021

BRASIL. **Tabela com decisões sobre pedidos de reconhecimento da condição de refugiado - ACNUR (1993-1997) e Conare (1998 a dezembro de 2020). Dispõe sobre o número de pedidos de reconhecimento sobre o status de refugiado.** CONARE, 2020. Disponível em https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/CpiadeDeciesConarehistoricoCompletoate02122020_site2.xlsb. Acesso em: 23 mar. 2021.

CHETAIL, V. Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law. In: RUBIO-MARÍN, R. **Human Rights and Immigration.** Oxford: Oxford University Press, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147763. Acesso em: 05 nov.2021

COLÔMBIA. **Declaração de Cartagena de 1984.** Cartagena, Colômbia: Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020

COSTA RICA, SAN JOSÉ. **Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença. Artigos 62.3 e 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e artigos 31, 32, 56, 57, 65 e 67 do regulamento da corte. Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia. Violação aos direitos dos refugiados e garantias**

judiciais. Requerentes: Rumaldo Juan Pacheco Osco, Fredesvinda Tineo Godos, Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo. Requerido: Estado da Bolívia. 25 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

COSTA RICA, SAN JOSÉ. **Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Tratado Internacional sobre Direitos Humanos aplicado aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos.** San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 09 abr. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplicação-no-Ordenamento-Jurídico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra; LAPA, Rosilandy Carina Cândido; PENEDO, Tainara Gomes. O direito de asilo enquanto integrante do rol de direitos humanos e o refúgio como direito. In: SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. (org.). **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais Reflexões aos 30 Anos da Constituição e 70 da Declaração Universal.** IBPJ, 2018. Disponível em: https://72cd307b-80e7-47fc-8b0a-6c82b0366d82.filesusr.com/ugd/595a74_772831d7457942b88c5b4a12649bd8ce.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

LEITE, Larissa. **O devido processo legal para o refúgio no Brasil.** 2014. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

NOGUEIRA, Maria Beatriz Bonna. Refúgio e Confidencialidade das Informações: Convergindo Direito, Princípio e Política. In: GODOY, Gabriel Gualano; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). **Refúgio no Brasil: Comentários à lei 9.474/97 - 1. ed.** São Paulo: Quartier

Latin/ACNUR, 2017, p. 227-239. Disponível em: https://www.academia.edu/35904669/Refugio_no_Brasil_comentarios_a_lei_9474.pdf. Acesso em: 09 abr. 2020.

MAHLKE, Helisane. **Direito Internacional dos refugiados: Um novo paradigma jurídico**. São Paulo: Arraes Editora, 2017.

MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. **O princípio do non-refoulement no Direito Internacional contemporâneo: escopo, conteúdo e natureza jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (org.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

SUÍÇA. **Convenção relativa ao Estatuto dos refugiados**. Genebra, Suíça: Assembleia das Nações Unidas, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

ANÁLISE EMPÍRICA DOS 10 ANOS DO PROGRAMA DE ESTÍMULO AO ENSINO DE GRADUAÇÃO (PEEG) NA FACULDADE DE DIREITO DA USP¹⁵⁷

Empirical analysis concerning the 10 years of the Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG) at the Faculty of Law of USP

Débora Nery Schwartz¹⁵⁸¹⁵⁹

RESUMO

O artigo procurou demonstrar a importância do Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG) como instrumento de incentivo à pesquisa, ao ensino e de relevância para o tema da permanência estudantil. Primeiro, apresentou-se a metodologia utilizada para coleta e análise dos dados do presente estudo. Em seguida, partiu-se para o cerne do estudo, a pesquisa empírica acerca dos dados coletados referente ao valor e, especialmente, à quantidade de bolsas oferecidas e distribuídas pelo PEEG, na FDUSP, entre o período de 2011 a 2020, mediante análise comparativa entre (i) USP e FDUSP; e (ii) os diferentes departamentos da FDUSP. Por fim, foram apresentadas breves conclusões e críticas ao tema.

Palavras-chave: PEEG; pesquisa; monitoria; universidade.

ABSTRACT

The paper aimed to demonstrate the importance of the Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG) as an instrument of incentive to research, to education and relevant to the matter of student permanence. First, the methodology of data collection

¹⁵⁷ Submetido em 18 jul. 2021. Aprovado em 20 out. 2021.

¹⁵⁸Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0215417329800387>. E-mail: debora.schwartz@usp.br.

¹⁵⁹Colaboraram decisivamente com a coleta de dados desta pesquisa Alessandro da Silva Pessoa, do Serviço de Apoio a Gestão Administrativa da Pró-Reitoria de Graduação da USP, e Amanda Vieira Ferrari Gasparin, Servidora na Comissão de Graduação da FDUSP. Agradeço em especial aos colegas Felipe Zular, Gustavo Schneider e Milena Lopes pelos comentários e contribuições feitos ao artigo.

and analysis used in the paper was presented. After, going to the heart of the study, it was presented the empirical research of the collected data related to value and, especially, the amount of scholarships offered and distributed by PEEG, at FDUSP, during 2011 and 2020, through a comparative analysis between (i) USP and FDUSP; and (ii) the different departments of FDUSP. At last, brief conclusions and critics to the matter in question were presented.

Keywords: PEEG; research; mentoring; university.

1. INTRODUÇÃO E BREVE REVISÃO DE LITERATURA

O Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG), política pública promovida no âmbito da Universidade de São Paulo (USP) e coordenada pela Pró-Reitoria de Graduação (PRG), completa 10 anos neste ano de 2021. Seu objetivo consiste em incentivar alunos e alunas de graduação a se aprofundarem em uma área específica do conhecimento, em que tenham maior interesse, mediante a realização de monitorias e outras atividades, junto aos docentes responsáveis pelos respectivos projetos submetidos e aprovados para o PEEG. Assim, o programa traduz-se em oportunidade de estágio acadêmico remunerado, a ser realizado no âmbito da própria Universidade.

A inscrição se dá através do "JúpiterWeb", *site* do sistema da USP destinado às atividades da graduação, mediante a abertura do edital do PEEG, que ocorre pouco antes do início de cada semestre letivo. No momento de abertura das inscrições, estudantes de graduação de toda a USP podem se inscrever em uma ou mais disciplinas contempladas pelo PEEG e, caso selecionados, passarão a desempenhar as atividades previstas naquele projeto ao longo do semestre em questão, acompanhados(as) pelo respectivo(a) docente responsável. Uma vez selecionados(as), os(as) estudantes receberão a bolsa destinada ao programa, dividida em quatro parcelas – a serem pagas mensalmente, ao longo do semestre – de acordo com a respectiva quantia prevista em edital.

No âmbito da Faculdade de Direito da USP (FDUSP), objeto deste artigo, o programa segue o mesmo procedimento. Ademais, a partir da Deliberação FD nº 3/2020, de 13

de outubro de 2020, o PEEG passou a se enquadrar no regime de Atividades Acadêmicas Complementares de Graduação (AACG), por meio do art. 6º, §6º, da referida deliberação. Com isso, além da remuneração por bolsa, aqueles e aquelas contemplados pelo PEEG terão direito ao cômputo de 2 (dois) créditos-trabalho por semestre de monitoria, o que, muito provavelmente, proporcionará maior adesão ao programa nos próximos anos.

Adiante-se que, na FDUSP, existem monitorias realizadas fora do programa PEEG, com editais próprios (muitas vezes divulgadas pelo e-mail institucional da USP ou pelo site da FDUSP), bem como aquelas que podem ser realizadas através de simples contato prévio com o(a) docente responsável pela disciplina que o(a) estudante tenha interesse. Apesar de igualmente relevantes para o fomento à pesquisa e ao ensino, tais tipos de monitoria não serão objeto do presente artigo, mas se encoraja fortemente que demais pesquisadores e pesquisadoras engajem-se no estudo dos demais exemplos de atividade de monitoria que encontramos na FDUSP.

Ademais, o modelo de aula expositiva combinado com a aplicação de monitorias, mais participativas e dinâmicas, é recorrentemente indicado como forma de, em grande parte das vezes, melhorar o desempenho acadêmico no âmbito do ensino do Direito (Novaes *et al*, 2018). A proposta de ensino participativo, que há tempos vem ganhando grande influência nas salas de aula como método eficiente para o aprendizado dos alunos e das alunas (Feferbaum; Klafke, 2020), é facilitada pela aplicação das monitorias. Através da atuação do monitor ou da monitora, as turmas podem se aprofundar no estudo do Direito com maior suporte e segurança no aprendizado. Ainda, permite a troca de diferentes vivências dentro da sala de aula, o que enriquece o debate (Freire, 2017), e, conseqüentemente, pode auxiliar no estudo e no ensino do Direito (Amaral Júnior *et al*, 2016).

De outra banda, para o(a) monitor(a) contemplado(a) pela monitoria oferecida pelo PEEG, vislumbra-se a valiosa oportunidade acadêmica de contato com o ensino e a pesquisa, elementos basilares do tripé universitário, bem como maior compreensão do mundo da docência (Costa et al, 2021). Investir em programas como o PEEG, portanto,

não só fomenta a pesquisa nas universidades, mas contribui com a formação de novas gerações de professores e professoras da universidade (Franzen; Neubauer, 2018).

Sobreditos benefícios das monitorias apontados pela literatura são verificados, em menor ou maior grau, e a depender do projeto, nas monitorias oferecidas na FDUSP. O edital do PEEG prevê, como atividades do(a) monitor(a) selecionado(a), a possibilidade de (i) acompanhamento das aulas com o docente; (ii) leitura de textos, resumos, elaboração e aplicação de exercícios aos alunos da disciplina; (iii) participação em plantões de atendimento para eliminação de dúvidas dos alunos a respeito de temas discutidos previamente com o docente; (iv) participação na preparação e aplicação das atividades práticas das disciplinas; e (v) pesquisa sobre dados que contribuam para o desenvolvimento da disciplina.

Conforme já relatado, há grande diversidade de metodologias de monitoria encontradas na FDUSP (Neder Cerezzetti, 2019). Algumas têm caráter mais expositivo, outras mais participativo. Como o presente artigo aborda as monitorias contempladas pelo PEEG como um todo, adota-se o pressuposto de que as monitorias contempladas pelo PEEG estão voltadas para uma metodologia de aula mais participativa, sem negar, contudo, que possam existir projetos específicos com tônica mais expositiva.

Tendo como ponto de partida sobredito esquema de aula voltado à maior participação dos alunos e das alunas, observou-se que esse método favoreceu a troca de experiências entre estudantes, docentes e monitores(as), de forma a garantir maior suporte e segurança no aprendizado das turmas da FDUSP. Recente estudo elaborado pelo GPEIA – Grupo de Pesquisa e Estudo de Inclusão na Academia –, ao analisar a dinâmica das interações em salas de aula da Faculdade de Direito pela perspectiva de gênero, apontou que a participação das mulheres é mais intensa em grupos menores e em disciplinas que, dentre outros fatores, possuem uma metodologia mais participativa de ensino, em que o docente estimula a participação dos(as) estudantes. Ademais, verificou-se que mulheres participam mais nas aulas com monitorias, pois falam com mais convicção e tempo de preparo, sendo nítida a diferença, segundo a pesquisa, comparada à participação nas aulas teóricas/expositivas, em que se verificaram falas

majoritariamente masculinas. Identificou-se, também, que a relação positiva entre monitores(as) – especialmente mulheres – e discentes contribuiu para aprofundar o aprendizado em sala de aula (Neder Cerezzetti, 2019). Essas são, em grande medida, características verificadas nas atividades propostas pelo PEEG, que preveem estreitar os laços entre estudante, docente e monitor(a) conforme descrito acima.

Assim, desde logo verifica-se que as monitorias previstas e fomentadas pelo PEEG, na FDUSP, têm elevado potencial (i) de melhoria na compreensão, no ensino, no estudo e na pesquisa do Direito; e (ii) de estímulo à pluralidade de falas e vivências a serem trocadas em sala de aula.

Por fim, cumpre destacar a importância do caráter remunerado da bolsa do programa PEEG. Em recente levantamento feito pela PRG, constatou-se que, pela primeira vez, o número de ingressantes na USP advindos de escolas públicas superou a marca de 51,7% do total geral de ingressantes e, dentre eles, 44,1% são autodeclarados pretos, pardos ou indígenas (Cruz, 2021). Na FDUSP, esse número ainda não foi atingido, chegando a 49,3% dos ingressantes advindos de escolas públicas. Ainda, constatou-se também mudança no perfil socioeconômico dos ingressantes. Em 2021, 49,4% dos calouros e das calouras da USP tinham renda familiar bruta entre um e cinco salários mínimos, representando aumento percentual de quase 2% se comparado com o índice de 2019, que ficou na casa dos 47,5%. Veja-se abaixo gráfico ilustrativo dessa mudança:



Fonte: Jornal da USP, 2021.

Esses dados apontam, nitidamente, que o perfil da USP está mudando e, para acompanhá-lo, as políticas públicas pensadas no bojo da Universidade devem se adequar à essa realidade. Os diversos programas de bolsa oferecidos pela USP podem, em certa medida, mitigar a questão envolvendo a permanência desses alunos e dessas alunas, de forma que se sintam pertencentes ao espaço universitário e superem as barreiras socioeconômicas que lhes podem impedir de frequentar o ambiente estudantil como os demais estudantes.

Dentre as variadas bolsas oferecidas pela Universidade, no âmbito da FDUSP, como o Programa Unificado de Bolsas (PUB), o Programa de Apoio à Permanência Estudantil (PAPFE), o Programa de Iniciação Científica (PIBIC), dentre outros, encontra-se o PEEG. Aqui não se fará análise comparativa aprofundada dessa miríade de programas que concedem bolsas a estudantes de graduação, mas incentiva-se fortemente que essa pesquisa seja feita, inclusive de forma a contribuir com o debate aqui traçado. Para fins do presente trabalho, cumpre destacar que o PEEG, de acordo com seu Edital, somente proíbe que o(a) estudante cumule bolsas ou estágio da USP, com exceção a apoios da SAS – Superintendência de Assistência Social, no período de vigência da bolsa. Ou seja, há autorização para existência de vínculo empregatício anterior ou simultaneamente ao período de vigência da bolsa.

Em contrapartida, as bolsas ofertadas nos programas PIBIC e PUB, por exemplo, além de não permitirem o acúmulo de bolsas, também excetuando auxílios e apoios da SAS, exigem ausência de vínculo empregatício e dedicação integral às atividades acadêmicas e de pesquisa no período de vigência da bolsa¹⁶⁰.

O PEEG, portanto, possibilita que a remuneração dele advinda complemente a renda familiar do estudante sem que este precise parar de trabalhar, o que garante maior acesso à permanência e ao espaço da Universidade. Dado o alto custo de vida em uma cidade como São Paulo, por exemplo, considerada a mais cara do país para se morar¹⁶¹,

¹⁶⁰As informações aqui descritas sobre as exigências dos programas PEEG, PIBIC e PUB constam em seus respectivos editais, que podem ser encontrados no site da PRG-USP: <https://prg.usp.br/>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁶¹Segundo *ranking* da consultoria Mercer, disponível em: <https://mobilityexchange.mercer.com/insights/cost-of-living-rankings>. Acesso em: 05 out. 2021.

remunerações como a ora tratada, apesar de sozinhas estarem aquém do montante necessário para se viver, quando combinadas com valores provenientes de vínculo empregatício, proporcionam maior estabilidade financeira ao estudante. Daí a importância de se incentivar, dentro da USP, um programa como o PEEG.

Este artigo foi dividido da seguinte maneira. Primeiro, apresentou-se a metodologia utilizada para coleta e análise dos dados do presente trabalho. Em seguida, partiu-se para o cerne do estudo, a pesquisa empírica acerca dos dados coletados referente ao valor e, especialmente, à quantidade de bolsas oferecidas e distribuídas pelo PEEG, na FDUSP, entre o período de 2011 a 2020, mediante análise comparativa entre (i) USP e FDUSP; e (ii) os diferentes departamentos da FDUSP. Por fim, foram apresentadas breves conclusões e críticas ao tema, seguidas das referências bibliográficas.

2. METODOLOGIA

A coleta dos dados necessários para elaboração da pesquisa empírica deu-se junto à Pró-Reitoria de Graduação (PRG) e à Comissão de Graduação da FDUSP (CG), mediante contato via *e-mail* para requisição do material.

À PRG, questionou-se: (i) qual a quantidade de bolsas PEEG oferecidas a toda USP, entre os anos de 2011 e 2020, em cada semestre do período informado; e (ii) qual a quantidade de bolsas PEEG oferecidas somente à FDUSP, no mesmo período, também com discriminação por semestre. A Pró-Reitoria indicou que a resposta ao questionamento (i) encontrava-se no *site* "JúpiterWeb" e, adicionalmente, forneceu tabela contendo as informações que respondiam ao questionamento (ii), as quais não estavam disponibilizadas publicamente.

Já à CG, indagou-se: (i) quantos projetos foram oferecidos via PEEG, por cada departamento, entre os anos de 2011 e 2020, em cada semestre do período informado; (ii) quantas bolsas foram oferecidas e distribuídas para cada um desses projetos; e (iii) quantidade de inscrições que cada um dos projetos recebeu. A CG condensou e sistematizou todos os dados requeridos em uma tabela única e enviou-a como resposta às perguntas então elaboradas. As informações que respondiam os

questionamentos (i) e (ii) estavam pulverizadas no site “JúpiterWeb”, enquanto as respostas ao item (iii) não estavam disponíveis *online*.

De posse dessas informações, realizou-se análise dos dados obtidos, bem como reflexão crítica acerca dos resultados encontrados, conforme detalhado na seção abaixo.

3. PESQUISA EMPÍRICA

A análise empírica iniciou-se com exposição dos dados referentes ao programa PEEG correspondentes à USP, em geral, e à FDUSP, enquanto unidade da Universidade. O panorama deu-se com base na evolução do valor das bolsas ao longo dos anos e, especialmente, quanto à quantidade de bolsas PEEG ofertadas, seguida de uma breve comparação entre os dados obtidos.

Tabela 1. Quantidade de bolsas PEEG ofertadas (2011-2020)								
Ano	Valor (R\$ /mês)	USP			FDUSP			Relação FDUSP/ USP (%)
		1º semestre	2º semestre	Total	1º semestre	2º semestre	Total	
2011	300,00	500	500	1000	23	23	46	4,6
2012	400,00	500	500	1000	23	23	46	4,6
2013	400,00	500	500	1000	23	24	47	4,7
2014	400,00	500	300	800	23	13	36	4,5
2015	400,00	400	403	803	18	17	35	4,4
2016	400,00	431	450	881	21	19	40	4,5
2017	400,00	450	460	910	19	19	38	4,2
2018	400,00	458	450	908	19	18	37	4,1
2019	400,00	485	455	940	18	16	34	3,6
2020	400,00	451	455	906	18	17	35	3,9
MÉDIA		467,5	447,3	914,8	20,5	18,9	39,4	4,3

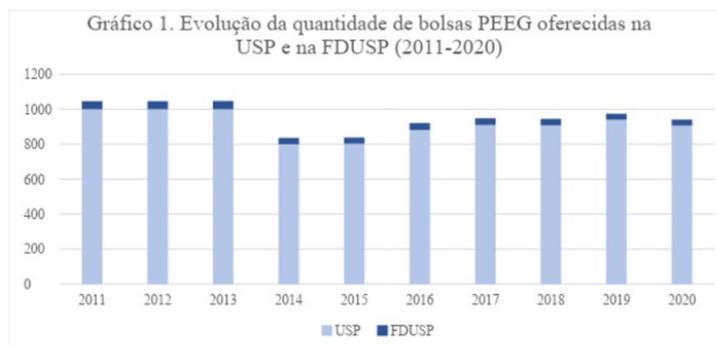
Fonte: Elaboração própria.

Primeiro, quanto ao valor das bolsas, percebe-se aumento de mais de 30% entre os dois primeiros anos do programa (2011 e 2012), seguido de estagnação em R\$ 400,00 nos anos seguintes do período analisado. Destaca-se que as quantias indicadas na

coluna “Valor” correspondem à quantia recebida mensalmente pelos(as) estudantes contemplados(as) pelo PEEG, cujo edital prevê o pagamento de quatro parcelas por semestre do sobredito montante.

Já em relação à quantidade de bolsas disponíveis, observou-se, tanto na USP em geral, quanto na FDUSP, sólida estabilidade nos três primeiros anos do programa (2011 a 2013), seguida de relativa oscilação nos anos seguintes, com tendência à diminuição. No geral, a quantidade de bolsas oferecida em cada semestre dos respectivos anos analisados foi relativamente equitativa.

A média da quantidade de bolsas PEEG oferecidas na USP entre o período analisado foi de 914,8 por ano. Na FDUSP, por sua vez, a média foi de 39,4 por ano. As bolsas destinadas à FDUSP correspondem, em média, a 4,3% do total de bolsas oferecidas por toda a USP às suas unidades¹⁶². Por fim, comparando-se o primeiro ano do programa (2011) e o último aqui analisado (2020), verificou-se decréscimo de 9,4% na quantidade de bolsas oferecidas em toda a USP, enquanto na FDUSP a diminuição correspondeu a 23,9%. De modo a ilustrar a evolução do oferecimento das bolsas comparativamente entre USP e FDUSP, apresenta-se o gráfico abaixo:



Fonte: Elaboração própria.

Adiante-se que os dados disponíveis para o ano de 2021 não entraram na amostra

¹⁶²Ressalta-se que, pelo fato de a pesquisa se restringir à FDUSP, a coleta dos dados não englobou a quantidade de bolsas oferecidas a outras unidades da USP. Contudo, incentiva-se fortemente que seja feito estudo mais amplo da distribuição das bolsas PEEG entre as diferentes unidades da Universidade, no intuito de avançar no debate aqui proposto, para que se tenha uma visão mais completa da política pública então estudada.

desta pesquisa, por não haver sua disponibilização completa na época da coleta. Contudo, ressalta-se que, das informações já disponíveis na página de *internet* “JúpiterWeb”, consta que foram oferecidas 480 bolsas no 1º semestre de 2021, cada uma no valor de R\$ 500,00 e programa-se oferecer, no 2º semestre de 2021, 609 bolsas, também no valor de R\$ 500,00.

De pronto, é possível aventar que o decréscimo na quantidade de bolsas ofertadas – tanto na USP como um todo quanto na FDUSP – podem configurar um reflexo da crise financeira que acometeu a Universidade no período analisado (Dias, 2017; Zakabi, 2018). Patente ressaltar que, como é praxe na seara de investimento em ensino e pesquisa, a manutenção do PEEG requer aportes robustos da Universidade. Apenas a título ilustrativo, expõe-se o seguinte cálculo: somente em 2020, considerando que a USP concedeu 906 bolsas no total, pagas em quatro parcelas de R\$ 400,00 nos dois semestres letivos – perfazendo 8 parcelas no ano –, o gasto estimado com o PEEG chega à marca de R\$ 2.899.200,00. Desse valor, seguindo a mesma lógica de cálculo, tem-se que em torno de R\$ 112.000,00 foi repassado à FDUSP, para fins da remuneração dos(as) estudantes. O PEEG é, nitidamente, um programa que requer altos investimentos.

Daí a razoabilidade em se aferir que a USP, ao passar por uma crise financeira, também terá suas políticas públicas afetadas. A tendência de decréscimo na quantidade de bolsas PEEG então verificada acompanha, portanto, as questões financeiras e orçamentárias pelas quais a USP sofreu no período então analisado. É sabido que o investimento em ensino e pesquisa é tarefa difícil e, especialmente, custosa. A análise de programas como o PEEG deve partir de uma visão holística e atrelada à concepção de que a Universidade está inserida em um balaio complexo de incentivos e interesses.

Entendeu-se necessário, também, fazer análise de como se deu distribuição das bolsas do programa PEEG em cada departamento¹⁶³ da FDUSP, de modo a observar em quais

¹⁶³São 9 (nove) os

departamentos na FDUSP: Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD); Direito Internacional e Comparado (DIN); Direito Econômico, Financeiro e Tributário (DEF); Direito Processual (DPC); Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (DPM); Direito do Estado (DES); Direito do Trabalho e da Seguridade Social (DTB); Direito comercial (DCO); e Direito Civil (DCV).

departamentos aparenta haver maior fomento do programa, bem como em quais deles pode ser necessário maior esforço para incentivar os docentes a aderirem mais regularmente ao PEEG. Assim, chegou-se à seguinte distribuição¹⁶⁴:

Tabela 2. Distribuição de bolsas por departamento (2011-2020)

Ano	DFD			DIN			DEF		
	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições
2011	1	8	34	0	0	0	0	0	0
2012	1	2	15	0	0	0	0	0	0
2013	4	11	82	0	0	0	4	9	17
2014	5	8	16	0	0	0	2	3	10
2015	2	5	10	0	0	0	3	7	21
2016	2	12	14	0	0	0	2	5	6
2017	4	7	33	1	1	2	3	3	18
2018	3	4	12	0	0	0	4	5	15
2019	3	5	9	0	0	0	6	7	16
2020	3	6	14	0	0	0	4	7	19
Total	28	68	239	1	1	2	28	46	122
Ano	DPC			DPM			DES		
	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições
2011	0	0	0	2	15	53	2	17	49
2012	0	0	0	2	2	9	4	24	61
2013	0	0	0	2	4	30	2	6	65
2014	0	0	0	4	6	16	2	4	7
2015	0	0	0	7	7	38	0	0	0
2016	0	0	0	2	2	2	1	6	6
2017	0	0	0	4	4	22	2	3	15
2018	0	0	0	1	1	2	5	8	27
2019	1	1	2	1	1	1	6	8	34
2020	0	0	0	2	2	7	7	11	34
Total	1	1	2	27	44	180	31	87	298
Ano	DTB			DCO			DCV		
	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições	Nº de projetos	Nº de bolsas distribuídas	Nº de inscrições
2011	0	0	0	0	0	0	1	6	9
2012	0	0	0	1	3	4	3	15	24
2013	0	0	0	2	2	8	3	15	37
2014	0	0	0	3	3	13	4	10	23
2015	2	6	13	3	5	19	2	5	10
2016	2	3	3	0	0	0	2	6	6
2017	1	1	9	6	7	24	8	12	33
2018	2	4	7	2	4	23	6	11	26
2019	1	1	3	1	2	6	6	9	38
2020	0	0	0	2	3	5	3	5	15
Total	8	15	35	20	29	102	38	94	221

Fonte: Elaboração própria.

¹⁶⁴Os dados da Tabela 2 foram obtidos através de contato com a Comissão de Graduação da FDUSP (CG). Ressalta-se que, quando de sua coleta, a CG enviou as informações referentes à quantia de bolsas PEEG distribuídas de forma discriminada por projeto de disciplina, ou seja, especificou quantas bolsas cada disciplina recebeu em cada edital do período analisado. Para se evitar que a análise dos referidos dados se torne personalizada, e para resguardar a pesquisa de possíveis equívocos interpretativos, optou-se por anonimizar essas informações, restringindo-se tão somente ao número de projetos ofertados ano a ano por cada departamento.

Tabela 3. Panorama total das bolsas distribuídas, oferecidas e das inscrições no PEEG na FDUSP (2011-2020)			
Ano	Total de bolsas oferecidas	Total de bolsas distribuídas	Total de inscrições
2011	46	46	145
2012	46	46	113
2013	47	47	239
2014	36	34 ¹⁶⁵	85
2015	35	35	111
2016	40	34 ¹⁶⁶	37
2017	38	38	156
2018	37	37	112
2019	34	34	109
2020	35	34 ¹⁶⁷	98 ¹⁶⁸
Total	394	385	1205

Fonte: Elaboração própria.

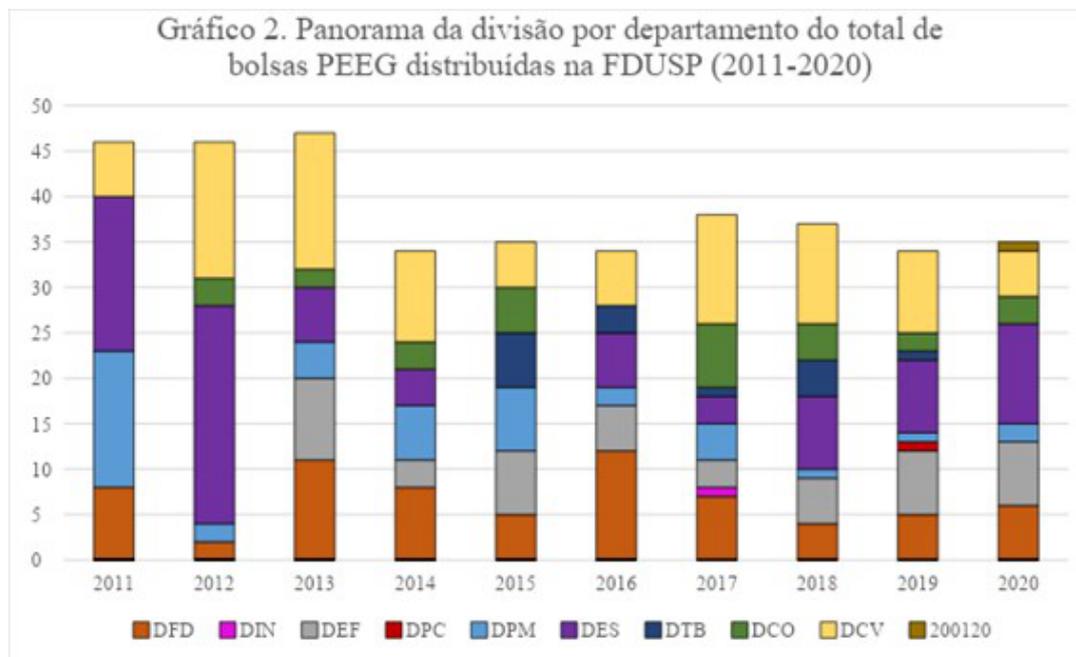
¹⁶⁵Em 2014, o número de bolsas distribuídas foi incompatível com o número de oferecidas, pois 2 (duas) bolsas ofertadas em projetos daquele ano não tiveram interessados.

¹⁶⁶Em 2016, o número de bolsas distribuídas foi incompatível com o número de oferecidas, pois 6 (seis) bolsas ofertadas em projetos daquele ano não tiveram interessados.

¹⁶⁷Em 2020, o número de bolsas distribuídas foi incompatível com o número de oferecidas, pois 1 (uma) das bolsas daquele ano foi destinada à uma disciplina interdepartamental (0200120 - Direito e Equidade de Gênero) e que, por não se encaixar na classificação dos departamentos, não entrou na amostra analisada pela Tabela 2, mas constará no Gráfico 2 deste trabalho, referente ao panorama geral da distribuição de bolsas PEEG na FDUSP.

¹⁶⁸Pelo mesmo motivo mencionado na nota anterior – advento da disciplina interdepartamental (0200120 - Direito e Equidade de Gênero) –, o número total de inscrições em 2020 não é o mesmo daquele equivalente à soma das inscrições feitas para projetos departamentais (que resultaria em um total de 94), pois houve 4 interessados(as) na bolsa referente à sobredita disciplina.

Tais resultados são expostos graficamente abaixo, de modo a facilitar a visualização desse panorama de distribuição das bolsas do PEEG ao longo dos anos:



Fonte: Elaboração própria.

Verifica-se, no curso do período em questão, distribuição relativamente irregular de bolsas entre os diferentes departamentos, mas que também se mostrou mais equitativa ao decorrer dos anos. Os dois departamentos que tiveram maior número de projetos inscritos e de bolsas distribuídas foram DCV – 38 projetos e 94 bolsas – e DES – 31 projetos e 87 bolsas. Por sua vez, os departamentos DIN e DPC, ao longo do período analisado, só tiveram, cada um, um projeto inscrito no PEEG, com uma bolsa distribuída cada.

Ressalte-se que o objetivo da presente análise não consiste em “crucificar” a atuação dos departamentos na condução do programa PEEG. Pelo contrário, tendo em vista a importância das atividades de monitoria e do programa em si, conforme já destacado no tópico anterior, almeja-se incentivar os demais docentes, que ainda tenham explorado pouco as vantagens oferecidas pelo PEEG, a valorizarem ainda mais o programa.

Nesse sentido, considerando as premissas extraídas da seção anterior, temos que o PEEG objetiva, no contexto da FDUSP, formar docentes e pesquisadores nas diversas áreas do Direito. Assim, é importante que o programa seja incentivado em todos os departamentos para que haja fomento à atividade de pesquisa e docência em todos os ramos da ciência jurídica em nossa Unidade. Dessa forma, o corpo docente é estimulado a (i) adentrar na seara da pesquisa acadêmica e (ii) utilizar-se do auxílio remunerado para mitigar as questões envolvendo permanência na Universidade – com especial para estudantes de baixa renda e PPI. Os departamentos, por sua vez, beneficiam-se das novas gerações de pesquisadores que foram então contemplados pelos incentivos do PEEG.

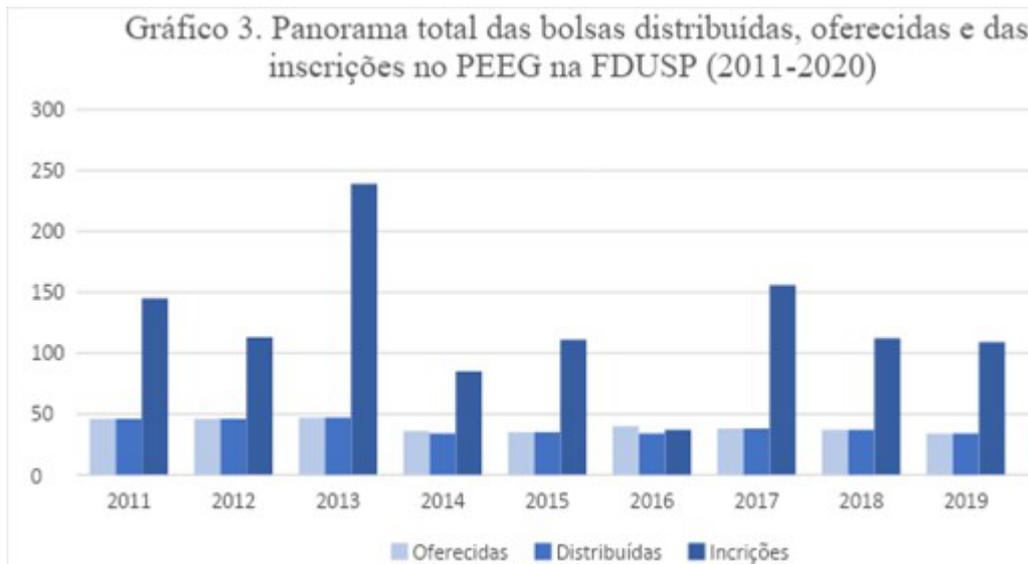
Essa é, precisamente, a lógica do “círculo virtuoso” por trás da política pública em questão. Para que ela funcione com maior eficácia, importante, pois, a adesão ampla ao programa. Como será visto adiante, os dados apontam que o corpo estudantil tem aderido bem aos incentivos do PEEG. Necessário, portanto, maior estímulo aos departamentos, para que também participem ativamente do programa e submetam mais projetos à CG, e, de outra banda, maior articulação com as instâncias centrais da USP para que a FDUSP – e as demais Unidades da Universidade como um todo – recebam mais ofertas de bolsas PEEG, tendo em vista os benefícios trazidos pelo programa.

Ressalva-se que os dados aqui obtidos, por sua limitação, podem esconder nuances da realidade, como, por exemplo, projetos de departamentos que, apesar de submetidos à Comissão de Graduação para serem contemplados pelo PEEG, não foram aprovados¹⁶⁹. Ainda, há que se relativizar departamentos que possuam,

¹⁶⁹De acordo com o edital do PEEG, é de responsabilidade das Comissões de Graduação de cada unidade a avaliação e seleção das disciplinas a serem ofertadas no PEEG. Os critérios definidos pela PRG para aprovação dos projetos submetidos ao programa são: (i) os objetivos do projeto de disciplina, bem como a justificativa do docente; (ii) a inserção do monitor em uma das possíveis atividades de monitoria; e (iii) demais critérios definidos pela respectiva Comissão de Graduação da Unidade. Como não foi possível obter os critérios exatos de seleção dos projetos junto à CG da FDUSP, dado o escopo da pesquisa, não se fará análise mais detalhada de projetos não aprovados para o PEEG.

proporcionalmente, menor número de disciplina que outros¹⁷⁰. Assim, tendo em vista que a pesquisa não foca em uma análise específica de cada departamento, nem se propõe a entender as razões dessa distribuição, não será feita qualquer espécie de comparação valorativa entre os departamentos.

Por fim, cumpre destacar outro dado importante: o número de inscrições de alunos e alunas de graduação nos projetos submetidos ao PEEG entre os anos de 2011 e 2020. Abaixo, em consonância com o exposto na Tabela 3, apresenta-se o comparativo entre (i) o número de bolsas distribuídas na FDUSP; (ii) o número de bolsas ofertadas pela USP à Unidade; e (iii) o número total de inscritos nos projetos disponíveis no período analisado¹⁷¹.



Fonte: Elaboração própria.

¹⁷⁰Novamente, o recorte do presente trabalho não abrangeu a quantidade total de disciplinas oferecidas por cada departamento da FDUSP entre o período de 2011 a 2020, nem se propôs a sugerir que a distribuição das bolsas PEEG seja feita de forma proporcional ao número de disciplinas que cada departamento oferece semestralmente. A afirmação aqui feita pretende, tão somente, ponderar os resultados obtidos com possíveis elementos que fogem da análise ora realizada.

¹⁷¹ Há que se fazer duas ressalvas, para não haver uma interpretação equivocada dos dados referentes ao número de inscrições. Primeiro, utilizou-se a expressão número de inscrições, e não de pessoas inscritas, porque o sistema permite que um mesmo aluno se inscreva em projetos diferentes, de um mesmo departamento ou de departamentos diferentes, em um mesmo edital de inscrição do PEEG (que, como já dito, é semestral). Assim, os números absolutos então obtidos não correspondem a um contingente de pessoas que se inscreveram aos projetos, mas sim a um conjunto de inscrições. Segundo, como a divisão proposta foi por departamento, e não por projeto, não se deve presumir que o número de inscrições se distribuiu equitativamente entre as quantidades de bolsas oferecidas. Isso porque, alguns projetos receberam mais inscrições que outros dentro de um mesmo departamento, mas, como optou-se por analisar o panorama geral, essa nuance não ficou evidente no Gráfico 3.

Extrai-se que, excetuando-se o ano de 2016, em todos os seus anos de vigência o PEEG recebeu, no geral, mais inscrições do que bolsas ofertadas. As maiores proporções inscrição/bolsa ocorreram nos anos de 2013 (5,08/bolsa) e de 2017 (4,11/bolsa). As menores, por sua vez, foram verificadas em 2016 (0,93/bolsa) e em 2014 (2,36/bolsa). Em média, essa relação foi de 3,03/bolsa ao longo de todo o período analisado.

Ressalva-se que tais proporções voltam-se para o total geral de inscrições. Em cada projeto selecionado para o PEEG, bem como em cada departamento, há uma proporção específica, que pode se aproximar mais ou menos das relações aqui expostas. Novamente, como o presente artigo não buscou fazer uma análise individualizada de cada projeto e/ou departamento, mas sim analisar o programa como um todo, os dados e os comparativos então apresentados foram considerados suficientes para cumprimento dos objetivos metodológicos então traçados no início da pesquisa.

O fato de o PEEG apresentar, no período analisado, maior número de inscrições do que de bolsas oferecidas não significa, necessariamente, falha no programa. Pelo contrário, a maior quantidade de inscrições do que de bolsas ao longo dos anos parece apontar que o PEEG está, efetivamente, estimulando os alunos e as alunas a ingressarem nas atividades de monitoria e de pesquisa acadêmica.

Pondera-se, apenas, que houve grande oscilação no número de inscrições ao longo dos anos. Em certa medida, essa irregularidade nos números de inscrição, verificada no período, acompanha a irregularidade da própria oferta de bolsas PEEG pela USP, como já averiguado anteriormente (vide Gráfico 1). Além disso, a disparidade nos números de bolsas oferecidas entre os departamentos também pode ser um fator que contribuiu para essa maior oscilação de inscritos. Como visto, nos últimos anos do programa, a distribuição de bolsas entre os departamentos tendeu a ser mais equitativa. Simultaneamente, o número de inscrições nos últimos anos tendeu à estabilidade. Assim, é possível inferir que uma distribuição mais diversa e equitativa de bolsas PEEG, entre os diferentes departamentos da FDUSP, contribui para que haja maior regularidade nas inscrições para o programa.

De pronto, entende-se que maior estabilidade no número de inscrições é algo benéfico para o andamento do PEEG. A regularidade parece apontar que o corpo discente se manteve incentivado, de maneira mais constante, a participar do programa. Tal constância é um fator que auxilia no amadurecimento do PEEG enquanto política pública universitária e, assim, robustece o fomento às atividades de pesquisa acadêmica. Além disso, a constatação de que referida estabilidade ocorreu conjuntamente com o fenômeno de distribuição mais equitativa entre os departamentos corrobora a hipótese aventada anteriormente, isto é, de que esta equidade fortalece a eficácia do PEEG.

Por fim, constatou-se que, em 2014 e 2016, a FDUSP distribuiu menos bolsas do que lhe foi ofertado pela USP naqueles anos, por falta de inscrições em determinados projetos selecionados, ou seja, ausência de alunos(as) interessados(as) em participar das atividades de monitoria de disciplinas específicas. Em 2016, inclusive, o número total de inscrições foi menor do que o próprio número absoluto de bolsas ofertadas à Unidade, indicando a mais baixa adesão ao programa verificada entre os anos de 2011 e 2020.

Tendo em vista que a proporção inscrição/bolsa média do período é considerável (3,03/bolsa), e que, na grande maioria dos anos analisados verificou-se a completa distribuição, pela FDUSP, das bolsas então ofertadas, entende-se que as situações apontadas no parágrafo anterior são excepcionais e não demonstram ausência de efetividade do PEEG. Podem apresentar, contudo, pontual ausência de divulgação do programa em um ano específico, ou baixa adesão do corpo discente a um projeto particular.

Contudo, considerando o contexto tratado, qual seja, o de Universidade Pública, seria interessante a elaboração de mecanismos de redistribuição de bolsas para que o dinheiro oriundo daquelas restantes não fique sem destinação, de forma a contribuir, ainda mais, com a finalidade e o bom funcionamento do PEEG.

4. CONCLUSÃO

Em um contexto de incentivo à pesquisa, ao ensino e de preocupação com o tema da permanência estudantil, o Programa de Estímulo ao Ensino de Graduação (PEEG) emerge como relevante instrumento de concretização dos objetivos basilares da Universidade Pública.

Todavia, conforme análise dos dados obtidos referentes aos 10 (dez) anos de existência do programa, percebeu-se relativa subvalorização de seu potencial acadêmico, tendo em vista o decréscimo da quantidade de bolsas no período analisado, bem como a verificação de algumas bolsas que, por não possuírem interessados, não foram distribuídas aos estudantes. Há que se desenhar mecanismo de redistribuição de tais bolsas “vagas” para que se aproveite, ao máximo, os benefícios do PEEG.

Ademais, embora a prévia dos dados de 2021 aponte que houve relativa melhora no valor das bolsas do programa, um breve cálculo de correção monetária, usando o índice IPCA-E, do valor de 2012 (R\$ 400,00), aponta que a nova quantia de R\$ 500,00 não seria suficiente para cobrir a perda econômica do período, tendo em vista que o valor atualizado ficaria em torno de R\$ 651,42¹⁷².

Contudo, pode ser interessante fazer um cruzamento desses dados com os valores disponíveis no orçamento da USP, para entender melhor as razões da estagnação, e posterior mudança, dos valores das bolsas, análise essa que, infelizmente, esta pesquisa não conseguiu comportar, daí o incentivo a demais pesquisadores e pesquisadoras para continuar esta investigação empírica. Ressalta-se que, apenas em 2020, a USP aportou quase 3 milhões de reais no PEEG, dos quais 112 mil de reais foram destinados às bolsas ofertadas à FDUSP. Necessário, pois, reconhecer a importância do programa então estudado e sua umbilical relação com a situação financeira da USP como um todo. Igualmente, imprescindível que se incentive estudo amplo do PEEG, que aborde não só os dados concernentes à FDUSP, mas à USP em geral, bem como pesquisas que deem enfoque às demais políticas públicas de fomento ao ensino e à pesquisa disponíveis em nossa Universidade.

¹⁷²Cálculo realizado pela Calculadora do Banco Central, tendo como data inicial jan./2012 e, como data final, dez./2020.

Por fim, conclui-se ser necessário maior incentivo ao corpo discente e, especialmente, docente da USP e da FDUSP, para que se aproveite o potencial do PEEG. De outro lado, necessário também pressionar a Universidade e a FDUSP para que o programa se expanda e encontre subsídio suficiente para fomentar, cada vez mais, o ensino, a pesquisa e, em especial, possa contribuir com a questão da permanência estudantil.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; BRITO, Adriane Sanctis de; MELO, Déborah de Sousa e Castro; RODRIGUES, Guilherme Bonácul; KAMIYAMA, Marcel; MARTINS, Mariana Boer; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos. O modelo de ensino participativo no Direito Internacional: relato de uma experiência. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, set-dez 2016.

COSTA, Nataly Yuri; PENELA, Armando Sequeira; RÚBIA SILVA CORRÊA, Laíze; PANTOJA, Gabriela Xavier; BRAZÃO, Samantha Stephany Prado; NEVES, Paula Victória Tiribaxi; ARAUJO, Nicole de Oliveira; SILVA, Leonardo Martins; GOMES, José Antonio Correa; SANTOS, Sávio Felipe Dias; DUARTE, Breno Augusto Silva; LIMA, João Gabriel Duarte de. The importance of academic monitoring in the rise to teaching career. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 3, 2021.

CRUZ, Adriana. Em 2021, USP tem mais de 50% de alunos ingressantes vindos de escolas públicas. **Jornal da USP**, São Paulo, 20 maio 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/institucional/em-2021-usp-tem-mais-de-50-de-alunos-ingressantes-vindos-de-escolas-publicas/>. Acesso em: 05 out. 2021.

DIAS, Hérika. O que causou a crise financeira da USP e como evitar erros futuros? **Jornal da USP**, São Paulo, 09 maio 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=82948>. Atualizado em 16 de maio de 2017. Acesso em: 05 out. 2021.

FEFERBAUM, Marina; KLAFKE, Guilherme Forma. **Metodologias ativas em direito: guia prático para o ensino participativo e inovador**. São Paulo: Atlas, 2020.

FRANZEN, Cassandra; NEUBAUER, Vanessa Steigleder. A monitoria no horizonte da

disciplina de filosofia jurídica: uma vivência acadêmica. **Anais do XVIII Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL**. 2018. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/mercosul/pagina/anais/2015/1%20-%20ARTIGOS/A%20MONITORIA%20NO%20HORIZONTE%20DA%20DISCIPLINA%20DE%20FILOSOFIA%20JURIDICA%20UMA%20VIVENCIA%20ACADEMICA.PDF>. Acesso em: 05 out. 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 64. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

NEDER CERZZETTI, Sheila Christina et al. **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?** São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019.

NOVAES, Jonys Couto de; BORGES, Luciano Aguiar; LIMA, Pedro Elpídio Ponciano; BARBOZA, Maria das Graças Auxiliadora Fidelis. A utilização da monitoria como ferramenta de educação e alteridade no curso de graduação em direito. Semana de Mobilização Científica (SEMOC) da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). **Anais do Evento**. Salvador: 2018.

ZAKABI, Rosana. Crise na USP: 10 medidas urgentes para reverter o declínio da instituição. **Veja São Paulo**, São Paulo, 5 jul. 2018. Atualizado em 14 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/crise-usp-especialistas>. Acesso em: 05 out. 2021.

POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS: O PAPEL DO ESTADO EM MEIO À MULTIPLICIDADE DE AGENTES¹⁷³

International Public Policies: The State's role among the multiplicity of agents

Maria Carolina Ferreira da Silva¹⁷⁴

RESUMO

O presente artigo aborda o tema das políticas públicas internacionais, sobretudo no que se refere aos seus atores. Diante do crescente processo de globalização, a ação pública transcende fronteiras e, cada vez mais, requer a cooperação entre diversos agentes. Nesse contexto, defende-se que os Estados, apesar de não possuírem a mesma posição central que já detiveram, exercem um papel fundamental sobre as políticas públicas, ainda que sua elaboração não se restrinja ao âmbito nacional e a atores estatais.

Palavras-chave: políticas públicas internacionais; agentes; Estado.

ABSTRACT

This article addresses the theme of international public policies, especially regarding its actors. Faced with the growing globalization process, public action transcends borders and increasingly requires cooperation between different agents. In this context, it is argued that States, despite not having the same central position they once held, play a fundamental role in public policies, even if their elaboration is not restricted to the national scope and to state actors.

Keywords: international public policies; agents; State.

¹⁷³Submetido em 5 jun. 2021. Aprovado em 16 nov. 2022.

¹⁷⁴Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo. E-mail: mariacarolinaferreiras@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5055349661763578>.

1. INTRODUÇÃO

Em uma abordagem tradicional, as políticas públicas são associadas à atuação do Estado sobre sua jurisdição, na elaboração de ações racionalizadas com vistas a solucionar questões de interesse coletivo como, por exemplo, aquelas relativas aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Não obstante, a partir do aprofundamento da mútua influência entre a esfera internacional e a esfera nacional, observa-se que, diante de questões de interesse coletivo que não se restringem a determinadas fronteiras, são delineadas ações racionalizadas de caráter internacional, potencialmente aptas a perseguir objetivos que são compartilhados por múltiplas nações.

Tendo em vista esse cenário, dedica-se um enfoque especial sobre as diversas categorias de agentes que ganham voz e poder sobre a conformação de políticas públicas internacionais. Se, em uma acepção clássica, os Estados seriam os principais agentes atuando sobre as políticas públicas e sobre as relações internacionais, o avanço da globalização e a ampliação de recursos de tecnologia, comunicação e transporte viabilizaram a expansão da rede de agentes hábeis a participar dos espaços internacionais de discussão e decisão, destacando-se, entre esses agentes, as organizações internacionais, os projetos de integração, as organizações não governamentais, as empresas transnacionais e as comunidades epistêmicas.

A questão se revela particularmente importante na medida em que aborda um exercício de poder sobre a realidade pública dos mais diversos contextos políticos e econômicos existentes ao redor do globo. Considerada a ampla abrangência e os efeitos incisivos que as decisões tomadas em nível internacional podem ter sobre os âmbitos regionais, nacionais e locais, propõe-se um estudo acerca da multiplicidade de agentes que participam dos debates que originam tais decisões, destacando-se suas potencialidades e peculiaridades. Será analisada, especialmente, a postura do Estado em meio a essa multiplicidade, uma vez que o ente estatal constitui a unidade básica sobre a qual o poder público de intervenção social e o sistema internacional tradicionalmente se estruturaram. O questionamento que deriva desse estudo é se os

Estados seriam elementos indispensáveis na dinâmica de construção das políticas públicas internacionais. A partir de uma revisão bibliográfica interdisciplinar, argumenta-se que o Estado se revela como um ator essencial, adaptando suas estruturas às transformações e evoluções da realidade sobre a qual age e adequando sua postura perante a atuação dos demais agentes.

Para tanto, em um primeiro momento, serão apresentados, sinteticamente, alguns pressupostos conceituais e metodológicos que auxiliam na análise desse fenômeno interdisciplinar que as políticas públicas internacionais consubstanciam. Na sequência, são expostos os principais agentes que atuam sobre a elaboração dessas políticas e suas principais características. Por fim, uma vez mobilizados os aportes anteriores, avalia-se de maneira crítica qual a posição do Estado perante essa gama de outros agentes, com destaque para os elementos que o tornam um ator indispensável na formação e na implementação da ação pública internacional.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS: LOCALIZAÇÃO DO DEBATE

Propõe-se, inicialmente, uma breve exposição dos pressupostos necessários à localização do debate sobre políticas públicas internacionais, tendo em vista seu caráter interdisciplinar.

2.1. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS

Um primeiro conceito nessa construção seria o de políticas públicas. Em uma concepção clássica, o conceito abarca “as posturas, as atividades e as soluções que uma autoridade pública ou governamental mobiliza para intervir em um setor de atividades e de problemas que são de sua competência ou de sua jurisdição” (Thoenig, 2008, p. 58, tradução nossa)¹⁷⁵. Ademais, a política pública envolveria uma “ação necessária e possível” em um momento específico, dispondo, portanto, de um componente estratégico (Bucci, 2006, p. 19). A razão pela qual se adotariam políticas públicas seria a busca pela resolução de problemas que são relevantes para a coletividade (Secchi; Coelho; Pires, 2019, p. 2).

¹⁷⁵No original: “les postures, les activités et les solutions qu’une autorité publique ou gouvernementale mobilise pour intervenir dans un secteur d’activités et de problèmes qui relèvent de ses compétences ou de sa juridiction”.

Na literatura não há uma definição única de política pública, porém, a partir dos elementos característicos comumente indicados, pode-se considerar a política pública como a ação racionalizada e estratégica sobre um determinado problema público com vistas à consecução de um objetivo previamente estabelecido.

Relembra-se que a análise de políticas públicas, enquanto campo disciplinar, originou-se nos Estados Unidos no período do pós-guerra, a partir da obra de Harold Lasswell (1936, 1951), em um contexto no qual o Estado experimentava uma transição, passando de uma postura eminentemente passiva, de não intervenção, a uma postura ativa, intervencionista. Nesse período, delineou-se o modelo que posteriormente seria referido como Estado-providência, segundo o qual o ente estatal possui obrigações positivas na efetivação de direitos e os seus jurisdicionados possuem a faculdade de demandar ações públicas que concretizem esses direitos. Bem relembra Ranieri que essa transição traz uma adição de função ao Estado, que passa a ser responsável pela “gestão direta de serviços públicos” (Ranieri, 2019, p. 37).

As políticas públicas internacionais, por sua vez, integram um ramo mais recente da análise de políticas públicas. No artigo **Analyser les politiques publiques internationales**, de autoria de Petiteville e Smith, publicado em 2006 e considerado como obra pioneira desse novo ramo, os autores descrevem fenômenos como a “europeização, a internacionalização e a transnacionalização da ação pública” (Petiteville; Smith, 2006, p. 358, tradução nossa)¹⁷⁶.

No mesmo sentido, Fouilleux conceitua as políticas públicas internacionais como políticas públicas construídas no espaço transnacional¹⁷⁷ a partir da competição entre atores diversos e de processos de seleção de alternativas (Fouilleux, 2021, p. 295). Giménez-Corte, por sua vez, aponta que as políticas internacionais seriam a solução para problemas transnacionais (Giménez-Corte, 2019, p. 265).

¹⁷⁶No original : “(...) des dynamiques d’eupéanisation, d’internationalisation et de transnationalisation de l’action publique”.

¹⁷⁷Para os fins desse trabalho, os termos “internacional” e “transnacional” serão utilizados como sinônimos. Para os fins desse trabalho, os termos “internacional” e “transnacional” serão utilizados como sinônimos.

Segundo Haas, as crescentes complexidades dos problemas globais tornam a coordenação internacional de políticas cada vez mais necessária (Haas, 1992, p. 1). Em linhas gerais, portanto, pode-se afirmar que a expressão “políticas públicas internacionais” indica o conjunto de programas de ação estratégica que transcendem o espaço nacional, visando à resolução de questões que são de interesse de diversas nações e, em última análise, são de interesse da comunidade internacional como um todo.

Nesse ponto, é importante distinguir o que se entende por política pública internacional daquilo que se entende por política externa. A política externa se refere à ação estratégica e racionalizada de um ente internacional perante os demais entes, em um contexto de interação no ambiente internacional. De maneira clássica, o exercício da política externa é associado à figura dos Estados soberanos, porém, atualmente, já se pode reconhecer que entes supraestatais também desenvolvem sua política externa, sendo o exemplo mais ilustrativo a União Europeia e sua Política Externa e de Segurança Comum (PESC).

Destaca-se que a política externa é uma política pública e, em geral, os autores indicam que o fator que diferencia a política externa das demais políticas públicas é o elemento internacional (Salomón; Pinheiro, 2013, p. 41; Lisboa; Pozo, 2021, p.75). Não obstante, a distinção entre políticas públicas internacionais e política externa se revela mais delicada, tendo em vista que o elemento internacional é comum a ambas.

Nesse sentido, buscando esclarecer a questão, retoma-se a contribuição teórica de Hill (2016) a respeito da política externa. O autor define a política externa como a “soma de relações externas oficiais, conduzidas por um ator independente, usualmente, mas não exclusivamente o Estado, em suas relações internacionais” (Lisboa; Pozo, 2021, p. 81). A partir dessa definição, se extraem elementos da política externa ressaltados na literatura em geral, quais sejam, o caráter oficial e relacional, sendo que o objetivo que se persegue por meio dessa política pública diz respeito ao posicionamento de um ator político independente perante os demais no cenário internacional.

As políticas públicas internacionais, por sua vez, possuem um escopo mais amplo,

sendo que a ação pública não é centrada nas relações de um ator independente, mas sim na multiplicidade de atores que exercem sua influência sobre a elaboração e a implementação de ações racionalizadas (Fouilleux, 2021, p. 294), bem como sobre a transferência e difusão transnacional dessas ações (Oliveira; Pal, 2018, p. 200 et seq.).

Em termos de objetivo, por meio das políticas públicas internacionais não se persegue, essencialmente, a formação de posicionamento de um ente perante os demais, mas sim a adoção de ações coordenadas, compartilhadas e comuns sobre problemas relevantes para a coletividade internacional. É importante ressaltar que a distinção aqui proposta não é estanque, sendo que, no plano fático, a política externa e as políticas públicas internacionais podem se sobrepor e se influenciar mutuamente, e em ambas as esferas existe uma disputa de interesses que conecta as dinâmicas de política doméstica e política internacional.

3. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Conforme indicado previamente, as políticas públicas internacionais constituem um fenômeno que pode ser abordado a partir de diferentes campos disciplinares. O papel exercido pelo Estado também é alvo do estudo de variadas disciplinas. Sendo assim, de forma mui sucinta, serão expostas algumas das principais contribuições que cada campo pode fornecer à discussão inicialmente proposta no presente trabalho.

Anteriormente, ao se apresentar o conceito de políticas públicas, indicou-se que a disciplina de análise de políticas públicas se originou vinculada à figura estatal e sua ação racional e estratégica. Indicou-se, também, que essa ação se relaciona a uma nova função do Estado, que passa a ser um agente de promoção de direitos, dotado de obrigações positivas.

Nesse sentido, Coutinho aponta que o direito, além de designar o objetivo a ser perseguido pelas políticas públicas, pode criar condições de participação social e vocalização de demandas, oferecer os meios de desenvolvimento de programas de ação e estruturar os arranjos institucionais necessários à formulação e implementação das políticas públicas (Coutinho, 2013, p. 194). As contribuições da análise de políticas

públicas, sob um aspecto jurídico, são bem sintetizadas por Dallari Bucci nos seguintes termos:

Busca-se entender as novas configurações do Estado, seus papéis e modos de ação, não mais redutíveis à estrutura monolítica tradicional que ocupava o centro único da esfera política e atuava como fonte exclusiva do Direito. Documentar, analisar e compreender de forma sistemática esses novos padrões de ação estatal, em sua dimensão jurídica, constitui razão de ser da abordagem Direito e Políticas Públicas (Bucci, 2019, p. 809).

A análise de políticas públicas internacionais, por sua vez, traz o elemento internacional como fator adicional ao debate, o que, por sua vez, aproxima a análise do objeto de estudo do campo das relações internacionais. Quando se observa a mobilização de agentes diversos em torno da conformação de uma ação pública que transcende limites nacionais, configura-se uma convergência entre os planos de estudo das políticas públicas e das relações internacionais, conforme bem perceberam Petiteville e Smith ao trazer a questão de forma inovadora em sua obra pioneira. A disciplina das políticas públicas internacionais nasce, portanto, interdisciplinar em sua essência, e se debruça sobre o fenômeno da progressiva perda do monopólio estatal sobre a ação pública, que não apenas passa a transcender os limites territoriais nacionais, como passa a ser gerenciada por atores diversos.

Por fim, o ramo do direito internacional também oferece contribuições. Em sua forma clássica, o direito internacional delineia normas para a coexistência entre os Estados, que se relacionariam entre si de forma paritária e independente graças à sua soberania. Não obstante, a multiplicação de agentes atuantes no cenário internacional implicou a modificação dos paradigmas do direito internacional (Jubilut, 2010, p. 204). Passam a ser reconhecidos, no âmbito da disciplina, outros sujeitos de direito internacional, titulares de direitos e obrigações.

Mais do que isso, o enfoque clássico sobre a figura do Estado é substituído por uma concepção individualista, segundo a qual o destinatário do direito internacional é o indivíduo (Acciolly; Nascimento e Silva; Casella, 2012, p. 237). Essa mudança de

paradigma advém de um longo processo, marcado por construções e rupturas, e ainda enfrenta desafios. O reconhecimento da centralidade do indivíduo reflete uma crescente valorização da dignidade humana pela comunidade internacional. Esse valor, inclusive, impõe deveres ao Estado. Conforme ensina Ramos, além dos deveres de respeito, são impostos deveres de garantia, sendo que, para atendê-los, o Estado deve promover ações de proteção e promoção da dignidade humana (Ramos, 2017, p. 77). Dentre essas ações, destaca-se a adoção de políticas públicas.

Observa-se, assim, que existe uma sobreposição entre os campos de estudo supramencionados no que concerne à análise de políticas públicas internacionais e ao papel desempenhado pelo Estado. De maneira geral, as supramencionadas disciplinas evoluíram simultaneamente, sendo que a aproximação de suas agendas se deu na medida em que o ente estatal vivenciou, progressivamente, uma perda de monopólio da ação pública e de centralidade no meio internacional.

A intensificação dos meios de informação, transporte e comunicação, o incremento das ferramentas à disposição de atores privados, o avanço do liberalismo econômico e político, o aprofundamento da globalização, entre outros fatores macroestruturais, modificaram a dinâmica internacional e abalaram as tradicionais bases sobre as quais a legitimidade do Estado e sua esfera de influência se apoiavam. Conforme buscar-se-á explicitar nos próximos itens, a postura do Estado diante desses novos desafios merece uma avaliação cuidadosa, sendo que os pressupostos aqui delineados se revelam como ferramentas essenciais a essa avaliação.

4. A MULTIPLICIDADE DE ATORES ENVOLVIDOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS

Como visto no tópico anterior, as políticas públicas internacionais rompem com o tradicional monopólio da ação pública pelo Estado, na medida em que o seu desenvolvimento se dá em meio a uma arena internacional na qual atuam agentes diversos. Tendo isso em conta, cabe agora dedicar um olhar mais atento a esses outros agentes que coexistem com os Estados no meio internacional. Dentre esses agentes, destacam-se as organizações internacionais, os projetos de integração regional, as

organizações não governamentais (ONGs), as empresas transnacionais e as comunidades epistêmicas.

As organizações internacionais são amplamente reconhecidas como sujeitos de direito internacional, titulares de direitos e deveres perante a comunidade global. Tais organizações têm origem no pós-primeira guerra, com destaque para a criação da Liga das Nações, e se desenvolveram, essencialmente, após a Segunda Guerra mundial.

Segundo a teoria de relações internacionais, mais especificamente, a teoria da Escola Liberal e suas derivadas, considera-se que, diante da multiplicação de questões que demandavam uma atuação coordenada por parte dos Estados, estes teriam firmado entre si acordos de vontade para solucionar tais questões por meio do diálogo e da formação de regimes de regulamentação. A partir da conformação das organizações internacionais se desenvolve o chamado multilateralismo, que consiste na cooperação entre os Estados com vistas a uma atuação coordenada. Os Estados teriam interesse na criação dessas organizações internacionais e no seu bom desenvolvimento para alcançar ganhos absolutos, por meio da construção da confiança, em contraposição aos ganhos relativos que são obtidos por meio do conflito.

As políticas públicas produzidas pelas organizações internacionais ou no âmbito dessas organizações são designadas como “políticas públicas multilaterais” (Petiteville; Smith, 2006, p. 363, tradução nossa)¹⁷⁸. Nesse ponto, é importante notar que as organizações internacionais são agentes, na medida em que atuam diretamente sobre a conformação dessas políticas, mas também são um espaço de debate e deliberação, sendo que os demais agentes da ação pública transnacional exercem suas influências, sobretudo, no âmbito dessa arena que as organizações internacionais concretizam.

Deve-se ressaltar que a disputa por influência nesses espaços é acirrada, em função da multiplicidade de atores e em função do potencial de difusão e transferência de modelos entre diferentes jurisdições (Oliveira; Pal, 2018, p. 212). Conforme indica Haas, “a difusão de novas ideias e informações pode levar a novos padrões de

¹⁷⁸No original: “(...) les politiques publiques multilatérales produites par (ou dans le cadre) d’organisations internationales”

comportamento, revelando-se como um fator determinante da coordenação de políticas internacionais” (Haas, 1992, p. 3, tradução nossa)¹⁷⁹. Afinal, o agente que consegue fazer prevalecer sua posição na construção de um modelo transnacional passa a gozar de hegemonia em nível internacional, exercendo sua influência sobre diferentes áreas territoriais simultaneamente e construindo um referencial que, feitas as devidas adaptações, pode ser adotado em contextos políticos, sociais e econômicos diversificados.

Cada organização internacional possui um regime próprio, sendo que a maneira como os diálogos, debates e deliberações tomam forma são peculiares e variam conforme a arena no qual são travados. No âmbito universal, a Organização das Nações Unidas consubstancia o espaço transnacional de maior amplitude temática, sendo que, em seu seio, são desenvolvidos os delineamentos de ações públicas sobre os mais diversos temas. Nesse meio, os agentes lançam mão de discursos baseados em princípios que sustentem sua legitimidade, como a democracia e a promoção dos direitos humanos, e a partir deles buscam exercer sua influência. Nessa dinâmica foram desenvolvidos, por exemplo, os “Objetivos do Milênio”, adotados pelos Estados membros da ONU em 2000, e sua sucessora, a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, adotada em 2015.

Outras organizações, de abrangência temática mais restrita, possuem mecanismos de influência relacionados com sua temática, sendo que a atuação dos agentes nesses espaços tem de considerar a linguagem e as peculiaridades dessas arenas, cujo poder de incisão sobre as políticas nacionais pode se revelar ainda mais contundente. É o caso, por exemplo, do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional (FMI) e da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), cujas ferramentas de determinação da ação pública a partir da lógica do mercado são amplas e incisivas, podendo impor aos Estados nacionais uma conformidade com o desenvolvimento do comércio internacional, com a confiabilidade e previsibilidade financeira e com os interesses de liberalização econômica em geral.

¹⁷⁹No original: “(...) the diffusion of new ideas and information can lead to new patterns of behavior and prove to be an important determinant of international policy coordination”.

A título de ilustração, pode-se relembrar a recente crise grega, na qual o país se viu compelido a adotar medidas de austeridade discutidas e delineadas, sobretudo, de “fora para dentro”, a partir do Banco Mundial, do FMI e da União Europeia. Um outro exemplo, de viés mais voluntário, é a atual busca do Brasil por uma adesão à OCDE, que demanda a adoção de medidas de reorganização da economia e de regulamentação de setores a partir de pressupostos delineados pela organização.

Mencionada a União Europeia, cabe uma abreviada exposição acerca dos projetos de integração regional. A integração pressupõe a adoção de marcos regulatórios comuns, bem como o delineamento de políticas públicas comuns. No âmbito desses projetos, são discutidas medidas de intervenção estratégica para a gestão de questões compartilhadas pelos Estados membros, como fluxos migratórios, circulação de bens e serviços, mobilidade de trabalhadores, proteção dos direitos dos cidadãos, entre outras.

A União Europeia pode ser apontada como o bloco regional que exerce maior influência sobre as políticas públicas de seus Estados membros, sendo que a formação de diretrizes de ação pública progressivamente é transferida das esferas nacionais para o seio do bloco, a partir da elaboração de normas de ação comum naquilo que concerne o interesse comunitário. Muller designa esse fenômeno como um processo de “europeização das políticas públicas” (Muller, 2013, p. 56, tradução nossa)¹⁸⁰, e ele pode ser observado em áreas diversas como segurança, ação externa, economia, agricultura, matriz energética etc.

Em muitas situações, como a atual crise da Ucrânia, observa-se que a União age como um ator uno, com interesses e poder de influência próprios, ainda que estes possam estar alinhados com a atuação dos Estados membros individualmente. Outro exemplo de projeto de integração digno de nota é o Mercosul. Nesse projeto, em função de seu caráter intergovernamental, não se observa uma influência tão contundente do bloco sobre a formulação de políticas públicas de seus Estados membros. Não obstante, algumas iniciativas no sentido do fomento de políticas coordenadas já foram tomadas

¹⁸⁰No original: “Ce processus d’eupéanisation des politiques publiques (...)”.

em matéria de promoção de direitos, destacando-se a criação e a atuação do seu Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH).

Tanto as organizações internacionais quanto os projetos de integração regional derivam sua fonte de legitimidade dos Estados, sendo que os próprios tratados primários que fundamentam a existência dessas organizações e projetos envolvem um acordo de vontades entre Estados soberanos. Por outro lado, há atores que se mostram ainda mais independentes da esfera estatal. É o caso das ONGs, das empresas transnacionais e das comunidades epistêmicas.

As organizações não governamentais, integrantes do chamado terceiro setor, se revelam como atores importantes para o alcance de objetivos de desenvolvimento internacional (Srinivas, 2009, p. 614). A atuação das ONGs no cenário internacional é crescente, em quantidade e em qualidade. Em geral, essas organizações possuem pautas específicas, frequentemente associadas aos direitos humanos, como educação, saúde, meio ambiente e assistência a populações vulneráveis.

É importante notar que a referência a ONGs abrange uma ampla gama de organizações substancialmente diversas entre si em termos de dimensão, abrangência e poder de barganha. No cenário internacional, se destacam na influência de políticas públicas aquelas ONGs que atuam sobre pautas relacionadas a problemas essencialmente transnacionais, como a pauta ambiental e a pauta migratória, e que dispõem dos recursos financeiros e ferramentas de diálogo necessários para marcar presença nas arenas transnacionais. Gordenker e Weiss destacam que “a cultura e o caráter de organizações não governamentais as inclinam a agir, ao invés de contemplar e refletir” (Gordenker; Weiss, 1995, p. 551, tradução nossa).¹⁸¹

Os autores ainda apontam a crescente importância das ONGs na política mundial. Em certa medida, essas organizações promovem a aproximação entre a sociedade civil e os centros de tomada de decisões internacionais, dando repercussão a demandas populares por meio do chamado *advocacy* – termo utilizado para designar o conjunto

¹⁸¹No original: “The culture and character of nongovernmental organisations inclines them to act, rather than to contemplate and reflect.”

de ações empreendidas com vistas a influenciar a formulação e implementação de políticas relativas a uma causa. As ONGs também contribuem para a aproximação entre a sociedade civil e os centros decisores por meio da promoção de transparência, na medida em que elas exercem um importante papel de difusão de informações e de fiscalização da atuação de autoridades nacionais e internacionais, sobretudo em relação ao cumprimento de padrões e obrigações assumidos internacionalmente.

As empresas transnacionais, por sua vez, exercem um elevado poder de influência sobre a formulação de políticas públicas, tanto no meio nacional quanto internacional. Bem aponta Gabriel que a empresa multinacional constitui o principal agente da integração do comércio global e da produção (Gabriel, 2017, p. 21). Cassesse, ao avaliar os desafios que se impõem aos Estados, aduz que as corporações transnacionais exercem uma “autoridade paralela” em relação a governos nacionais (Cassesse, 2018, p. 260). No mesmo sentido, Faria aponta as grandes corporações transnacionais como os atores mais relevantes da economia global, sendo que, segundo o autor, “[n]o mundo contemporâneo, muitas dessas corporações são de fato mais poderosas, em termos de recursos e de capacidade de influência, que a maioria dos Estados nacionais isoladamente” (Faria, 2018, p. 17).

Oliveira e Pal, em referência às empresas de consultoria com atuação multinacional, destacam a capilaridade dessas empresas, que seriam um instrumento de “transmissão de ideias em torno da política pública”, favorecendo conexões entre formuladores de políticas de diversas esferas (Oliveira; Pal, 2018, p. 202). As empresas são peças-chave na conformação da economia e na dinâmica do mercado, tanto no cenário nacional quanto internacional. Por essa razão, são atores com elevado poder de barganha no âmbito da tomada de decisões sobre a adoção de políticas públicas.

Em diversas ocasiões, as grandes empresas se valem desse poder para influenciar a posição de seus Estados de origem em relação a pautas regulatórias que poderiam afetar suas atividades em outros territórios. A título de exemplo, pode-se mencionar a influência do setor empresarial sobre a formulação dos chamados Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, firmados entre Estados para regular

a proteção dos investimentos realizados por entes transnacionais privados em território estrangeiro. Em muitos casos, esses acordos trazem previsões que limitam, inclusive, a prerrogativa dos Estados receptores de adotar ações públicas que possam interferir na atividade das empresas estrangeiras.

Por fim, é importante notar o papel das chamadas comunidades epistêmicas, definidas por Haas como redes de especialistas em determinadas áreas do conhecimento que podem auxiliar os Estados, delineando questões de interesse coletivo, identificando pontos de negociação e, inclusive, propondo políticas (Haas, 1992, p. 2). As comunidades epistêmicas têm uma profunda relação com a academia, que dispõe de grande capilaridade, na medida em que as universidades firmam entre si convênios, parcerias e programas de intercâmbio.

Vale lembrar que muitos dos indivíduos que compõem os quadros profissionais dos atores mencionados anteriormente, quais sejam, governos, organizações internacionais, projetos de integração, ONGs e empresas, provêm de universidades e levam consigo o conhecimento adquirido na vivência acadêmica.

Diante de problemas cada vez mais complexos, a formulação de políticas públicas demanda o sopesamento de elementos técnicos, e é justamente no fornecimento desses elementos que os especialistas se destacam, exercendo sua influência por meio da exposição de fatores a serem considerados e no aconselhamento de alternativas a serem adotadas no âmbito da tomada de decisões. A título ilustrativo, tem-se a recente atuação dos especialistas do ramo da saúde no delineamento das ações públicas internacionais de combate à pandemia, centralizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Vistos alguns dos principais atores na formulação de políticas públicas internacionais, o próximo tópico debruçar-se-á sobre a postura do Estado diante dessa multiplicidade de agentes.

5. O PAPEL DO ESTADO DIANTE DA MULTIPLICIDADE DE ATORES ENVOLVIDOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS INTERNACIONAIS

Nos itens anteriores foram apontadas algumas das dinâmicas que levaram ao questionamento da posição de centralidade do Estado no âmbito da ação pública e no âmbito das relações internacionais. Na literatura, é comum que os autores se refiram a essas dinâmicas como indicativos de uma crise do Estado. O que se propõe neste item é uma abordagem mais específica acerca da postura do Estado perante a multiplicidade de outros atores que, conforme visto anteriormente, dispõem de mecanismos importantes de influência sobre as políticas públicas internacionais. Assim, cabe analisar qual a capacidade atual do Estado para (i) intervir sobre decisões tomadas em nível internacional e (ii) para mediar os efeitos que essas decisões produzem sobre o meio nacional no âmbito de sua implementação, tendo em vista que, como mencionado, a política internacional e a política doméstica são inter-relacionadas, com influência mútua.

No primeiro viés, qual seja, o poder do Estado de intervenção sobre a tomada de decisões em nível internacional, relembra-se que, nesse momento de elaboração das políticas públicas internacionais, são identificados os problemas sobre os quais a ação pública será desenvolvida, forma-se a agenda com questões relevantes a serem consideradas, formulam-se alternativas de abordagem ao problema e, por fim, toma-se a decisão¹⁸². Como indicado no item anterior, as organizações internacionais frequentemente são o espaço no qual todas essas discussões são levadas a cabo. O acesso dos Estados a esses espaços e sua legitimidade para intervir nas discussões não são questionados, tendo em vista que, na origem, a própria existência das organizações internacionais advém do acordo de vontades entre os entes estatais.

Esse acesso direto coloca os Estados em uma posição privilegiada em relação aos demais atores, cuja participação nesses espaços de debate nem sempre se opera de forma automática e cuja legitimidade de intervenção pode ser questionada. Em termos

¹⁸²Para maiores aprofundamentos acerca do ciclo das políticas públicas, recomenda-se a leitura de SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33.

de mecanismos de representação, os Estados dispõem de longas tradições de formação de corpos diplomáticos oficiais, compostos por profissionais especializados na realização de negociações internacionais e solução de controvérsias, o que se revela extremamente positivo em um ambiente de disputa de interesses e de influência.

Os demais agentes, para atingir um nível satisfatório de representação, precisam destinar esforços e recursos para a formação de prepostos aptos a se inserir nas arenas internacionais de debates e defender suas posições e, ainda assim, tais prepostos não necessariamente gozam do caráter oficial daqueles que representam os Estados, podendo enfrentar dificuldades no que concerne à sua afirmação nesses espaços.

Ademais, relembra-se que, em certa medida, todos os agentes supramencionados possuem algum vínculo com Estados, tendo em vista que o ambiente internacional se organiza entorno dessas unidades de soberania. No caso das organizações internacionais e dos projetos de integração, como mencionado, esse vínculo é mais evidente e direto, porém, não se deve olvidar que, de maneira geral, as empresas transnacionais e as ONGs possuem suas sedes no território dos Estados e se submetem à sua jurisdição. Nesse sentido, pode-se considerar que as comunidades epistêmicas seriam os agentes potencialmente mais desvinculados da jurisdição estatal, sendo que podem estar conformadas por nacionais de Estados diversos, sem vinculação direta a um território específico.

Em um segundo viés, qual seja, a mediação realizada pelos Estados entre as decisões tomadas em nível internacional e sua influência sobre o meio nacional, relembra-se que, para que as políticas públicas internacionais operem seus efeitos, após a fase de tomada de decisões, é preciso que haja uma implementação das ações previamente delineadas, momento no qual os resultados concretos das políticas públicas são produzidos (Secchi, 2012, p. 44).

O Estado protagoniza essa fase, na medida em que dispõe das estruturas essenciais para colocar os planos de ação em prática. A máquina administrativa estatal conta com um quadro de profissionais, recursos e mecanismos dos quais os demais atores envolvidos nas políticas públicas internacionais não dispõem, sendo que, a partir de

suas ramificações administrativas, o ente estatal consegue implementar as ações em seu território, seja na esfera local, seja na esfera nacional. É amplamente reconhecido que os Estados dispõem dos aparatos administrativos mais efetivos e abrangentes (Gordenker; Weiss, 1995, p. 544).

Por essa razão, como bem observado por Lima e Steffen, “apesar das transformações, a esfera nacional continua sendo o local de resolução dos problemas públicos” (Lima; Steffen, 2004, p. 345, tradução nossa)¹⁸³. No mesmo sentido, Oliveira e Pal (2018), apontam que, em última análise, a implementação da política pública fica a cargo dos atores estatais. É precisamente nesse momento do ciclo de vida das políticas públicas internacionais que os Estados podem exercer uma influência determinante, visto que, conforme relembra Muller, os entes estatais atuam sobre a tradução e reprodução em seus territórios dos compromissos políticos e sociais assumidos internacionalmente (Muller, 2013, p. 33-34).

Nessa dinâmica de tradução e reprodução, os Estados gozam de considerável margem de liberdade na adoção dos meios para a consecução das políticas internacionalmente delineadas. É importante ressaltar, nesse ponto, a assimetria existente entre os diferentes Estados, sendo que, aqueles que dispõem de mais recursos econômicos, naturais, geopolíticos, entre outros, terão maior margem de atuação do que aqueles que enfrentam maiores limitações de recursos. Outro aspecto que se faz evidente nesse ponto é a interconexão da política internacional com a política doméstica, tendo em vista que, na esfera nacional, a dinâmica de implementação também será influenciada por uma série de agentes que disputam o exercício de poder sobre as ações estatais que correspondem aos compromissos que, por sua vez, foram disputados na esfera internacional.

Em meio a esses cenários, o que se observa, portanto, não é exatamente uma crise do Estado, tendo em vista que ele permanece central na dinâmica da ação pública internacional, mas sim sua capacidade de evolução e adaptação. Se antes as ações públicas e as relações internacionais eram esferas de monopólio estatal, hoje os

¹⁸³No original: “Malgré les mutations, le niveau national reste le cadre de résolution des problèmes publics”.

Estados dividem espaços com outros agentes. Porém, não se pode ignorar que os entes estatais ainda dispõem de elementos peculiares que os tornam indispensáveis.

Tal capacidade de adaptação já foi reconhecida na literatura. Amaral aponta que, apesar das mudanças promovidas pela globalização, o Estado ainda se revela central “para a análise jurídica e política” (Amaral Junior, 2018, p. 320) e relembra ainda que a existência de novas relações de autoridade originadas no meio internacional implica a mudança da ação do Estado (*Ibidem*, p. 322). Faria bem observa que as estratégias estatais de atuação se tornaram multiníveis, envolvendo esferas diversas (Faria, 2018, p. 25). Cassese avalia as transformações engendradas pela liberalização e pela globalização não como elementos de apagamento dos Estados, mas sim como meios nos quais o Estado se reestrutura para ajustar-se aos novos espaços, superando suas fraquezas (Cassese, 2018, p. 262).

Tendo em conta todas essas contribuições, é possível afirmar que os Estados experimentam um caminho de mão dupla. Por um lado, eles gozam de ferramentas de influência sobre o meio internacional e, mais especificamente, sobre a produção de políticas públicas internacionais que serão aplicadas sobre questões transnacionais. Por outro lado, os Estados também são influenciados por elementos que estão além das suas fronteiras e além de seu controle. Essa influência se deve à existência de outros agentes e de dinâmicas que desafiam as bases tradicionais sobre as quais o Estado se apoia, o que estimula, justamente, a adaptação e transformação contínua dos Estados.

Considerada a capacidade de adaptação dos Estados e apresentadas as potencialidades dos demais agentes que atuam sobre as políticas públicas internacionais, o que se vislumbra é um campo fértil para a formação de cooperações. Apesar da já mencionada disputa de interesses, governos, projetos de integração, organizações internacionais, empresas transnacionais e comunidades epistêmicas dispõem de recursos suficientes para promoverem diálogos de alta qualidade entre si e ajustarem suas estruturas no sentido da adoção de soluções coordenadas, estabelecendo parcerias. Essa multiplicidade de agentes amplia as ferramentas disponíveis para a solução de crises de grande impacto, como a recente pandemia do

novo coronavírus, e se mostra eficaz e profícua.

Ademais, pode-se considerar que a multiplicidade de atores e de interesses envolvidos na formação de ações públicas internacionais contribui para a democratização do cenário internacional, colocando em pauta, inclusive, questões e demandas que historicamente foram ignoradas pelos Estados em suas restritas conferências diplomáticas.

6. CONCLUSÃO

Inicialmente, o presente trabalho propôs uma indagação acerca da indispensabilidade dos Estados como agentes conformadores das políticas públicas internacionais. A partir dessa questão central, em um primeiro momento, foi apresentado o contexto no qual o debate acerca dessas políticas públicas se insere, por meio da exposição dos conceitos e dos diversos campos do conhecimento que contribuem para o estudo do fenômeno interdisciplinar que as políticas públicas internacionais consubstanciam.

Verificou-se que o direito, em geral, e o direito internacional, em específico, bem como a análise de políticas públicas, a análise de políticas públicas internacionais e as relações internacionais são disciplinas que contribuem, a partir de seus objetos de estudo e ferramentas de análise, para o desenvolvimento de observações acerca do processo paulatino de perda do monopólio estatal sobre a ação pública e sobre as relações internacionais. Conforme visto, progressivamente, outros agentes passaram a dispor de capacidade de influência sobre a chamada ação pública internacional.

Mobilizados os elementos conceituais e teóricos necessários, foram analisados os agentes que atuam ativamente sobre a conformação das políticas públicas internacionais, com destaque para as organizações internacionais, os projetos de integração, as organizações não governamentais, as empresas transnacionais e as comunidades epistêmicas. As potencialidades e peculiaridades de cada um desses agentes foram destacadas no que concerne ao exercício de sua influência sobre os debates que originam as políticas públicas internacionais. Ressaltou-se que a construção dessas políticas se dá em meio a uma acirrada disputa de interesses, dado

que, por sua abrangência, essas políticas se revelam como grandes instrumentos de poder.

Por fim, abordou-se o posicionamento dos Estados perante a multiplicidade de outros agentes no âmbito das políticas públicas internacionais. Foram apresentadas as potencialidades dos Estados, tanto no momento de tomada de decisões na esfera internacional, quanto no momento de implementação dessas decisões nas esferas nacionais e locais, destacando-se que os entes estatais protagonizam esse segundo momento de concretização das ações internacionalmente concebidas, em uma dinâmica que conecta a política internacional e a política doméstica. Nesse ponto, conforme ressaltado, é preciso reconhecer que os desafios derivados da multiplicidade de agentes envolvidos na ação pública internacional não implicam uma crise do Estado, mas, pelo contrário, estimulam sua capacidade de adaptação e adequação à realidade internacional na qual estão inseridos e sobre a qual exercem sua influência.

Vislumbra-se, portanto, que os Estados se revelam como unidades essenciais em meio à multiplicidade de outros agentes que influenciam as políticas públicas internacionais, em que pese sua progressiva perda de centralidade. Sendo assim, cabe reconhecer que a cooperação entre os Estados e os demais agentes na busca pela solução de questões internacionais não se revela apenas benéfica, mas também necessária para a consecução de objetivos compartilhados globalmente.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor. Direitos humanos no marco do processo de integração regional no Mercosul. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Buenos Aires, v. 1, n. 2, p. 351-361, 2013.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL JUNIOR, Alberto. Relações internacionais, o Direito Internacional e a mudança do Estado. In: BUCCI, M.P.D; GASPARDO; M. **Teoria do Estado: sentidos contemporâneos**. 1. ed. Saraiva Educação, 2018, p. 319-324.

BOUSSAGUET, L.; JACQUOT, S. **Os usos do supranacional**: dinâmicas de integração regional e o papel dos atores nacionais. In: OLIVEIRA, Osmany Porto de; HASSENTEUFEL, Patrick (Orgs). **Sociologia política da ação pública**: teorias, abordagens e conceitos. Tradução de Escola Nacional de Administração Pública. Brasília: Enap, 2021, p. 335-352. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6338>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 791- 832, set./dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

CASSESE, Sabino. Reestruturando o Estado: do Estado-Nação à comunidade política global. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (org.). **Teoria do Estado**: sentidos contemporâneos. 1. ed. Saraiva Educação, 2018, p. 251-266.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (eds.). **A Política Pública como Campo Multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp, 2013, p. 181-200.

DALLARI, Pedro. Algumas notas sobre as perspectivas para o mundo depois da crise do novo coronavírus. **Fórum Demos**, [S. l.], mai., 2020. Disponível em: <https://forumdemosnet.wordpress.com/2020/05/09/algumas-notas-sobre-as-perspectivas-para-o-mundo-depois-da-crise-do-novo-coronavirus-por-pedro-dallari/>. Acesso em: 6 out. de 2020

FARIA, Carlos A. P. **Políticas Públicas e Relações Internacionais**. Brasília: Enap, 2018.

FIGUEIRA, Ariane R. **Introdução à análise de política externa**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUILLEUX, Ève. **A construção das políticas públicas globais**. In: OLIVEIRA, Osmany

Porto de; HASSENTEUFEL, Patrick (org.). **Sociologia política da ação pública**: teorias, abordagens e conceitos. Tradução de Escola Nacional de Administração Pública. Brasília: Enap, 2021, p. 292-314. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6338>. Acesso em 17 jul. 2021.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior**. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2017.

GORDENKER, Leon; WEISS, Thomas G. Nongovernmental Organisations, the United Nations and Global Governance. **Third World Quarterly**, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 543-555, 1995. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3992892>. Acesso em 17 jul. 2021.

HAAS, Peter M. Introduction: epistemic communities and international policy coordination. **International Organization**, [S. l.], v. 46, n. 1, p. 1-35, 1992.

HILL, Christopher. **Foreign Policy in the Twenty-First Century**. 2. ed. Londres: Palgrave MacMillan, 2016.

JUBILUT, Liliana. Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da Coexistência aos Valores Compartilhados. **V Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, [S. l.], v. 2, n. 9, p. 203-219, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27213.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

LASSWELL, Harold. **Politics: Who Gets What, When, How**. Nova York: Whittlesey House, 1936.

LASSWELL, Harold. The Policy Orientation. In: LASSWELL, Harold; LERNER, Daniel (eds.). **The policy sciences: recent developments in scope and method**. Stanford: Stanford University Press, 1951, p. 3-15.

LIMA, Léa; STEFFEN, Monika. Comparaisons internationales en politiques publiques : stratégies de recherche, méthodes et interprétation. **Revue internationale de politique comparée**, [S. l.], v. 11, p. 339 -348, 2004/3. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-politique-comparee-2004-3-page-339.htm>. Acesso em: 24 mar. de 2021

LIMA, Maria R. S. Instituições Democráticas e Política Exterior. **Contexto Internacional**, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 265-303, 2000.

LISBOA, Marcelino; POZO, Karen. Política Externa, Relações Internacionais e Políticas Públicas: Uma discussão conceitual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 75-101, dez/2021.

MULLER, Pierre. **Les Politiques publiques**. 10. ed. França: PUF, 2013.

OLIVEIRA, Osmany Porto de; PAL, Leslie A. Novas fronteiras e direções na pesquisa sobre transferência, difusão e circulação de políticas públicas: agentes, espaços, resistências e traduções. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, p. 199-220, abr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122018000200199&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 out. 2020.

PETITEVILLE, Franck; SMITH, Andy. Analyser les politiques publiques internationales. **Revue Française de Science Politique**, Fondation Nationale des Sciences Politiques, [S. l.], v. 56, n. 3, p. 357-366, 2006. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique-2006-3-page-357.htm>. Acesso em: 23 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019.

SALOMÓN, Mônica; PINHEIRO, Letícia. Análise de Política Externa e Política Externa Brasileira: trajetória, desafios e possibilidades de um campo de estudos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 40-59, 2013.

SECCHI, Leonardo. **Análise de Políticas Públicas: Diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**.

São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando; PIRES, Vlademir. **Políticas públicas**: conceitos, casos práticos, questões de concursos. 3 ed. São Paulo: Cengage, 2019.

SRINIVAS, Nidhi. Against NGOs? A Critical Perspective on Nongovernmental Action. **Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly**, [S. l.], v. 38, n. 4, p. 614-626, 2009. Disponível em: HeinOnline. Acesso em: 20 out. 2020.

THOENIG, Jean-Claude. Politiques publiques et cycles de vie.: Le bébé et l'eau du bain. **Politiques et Management public**, Institut de management public, [S. l.], v. 26, n. 3, p. 57-76, 2008. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00638194>. Acesso em: 20 out. 2020.

PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO MODERNO¹⁸⁴

CONSTITUTIONAL PATRIOTISM: AN ANALYSIS OF THE MODERN LAW LEGITIMATION

Gianluca Nicochelli¹⁸⁵

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a teoria do Poder Constituinte como legitimação do direito moderno, baseado na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. Discutiremos a construção da legitimidade da ordem política na perspectiva do autor, adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, sendo este o objetivo do trabalho. Assim, tratamos sobre o papel da esfera pública onde se forja a participação social deliberativa e a legitimação da ordem vigente. Não estando o poder constituinte fixado somente em um ato inicial, impositivo, mas transformativo, relacionando-se ao que Habermas chama de patriotismo constitucional, uma forma de legitimação do *rule of law* e que configura um constitucionalismo intercultural. Concluímos que o processo de legitimação do poder constituinte para Habermas reflete-se, principalmente, ao longo do tempo, ao contrário das teorias clássicas do poder constituinte.

Palavras-chave: Habermas; legitimidade; poder constituinte; patriotismo constitucional

¹⁸⁴Submetido em 10 jun. 2021. Aprovado em 27 jan. 2022.

¹⁸⁵Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Monitor da disciplina (PVA) de "Direito Constitucional A" (2019), bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq (2019/2020). Pesquisador associado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR) e membro do grupo de Direito Constitucional Avançado (DCA) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) (2021). E-mail: gian.ops@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0962-3936>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5547405649253786>.

ABSTRACT

This work has as its theme the theory of the Constituent Power as the legitimation of modern law, based on the discursive law theory of Jürgen Habermas. We will discuss the legitimacy development of the political order in the author's perspective, adequate to the proceduralist paradigm of the Rule of Law, as the aim of this paper. Thus, the public sphere role will be considered as the development place of the social participation and the current order's legitimacy. Perceiving, also, that the constituent power is not locked only in an initial, commanding act, but as a transformative act, idea which is related to what Habermas named constitutional patriotism, a way of legitimizing the rule of law which also set up the intercultural constitutionalism. Therefore, we conclude that the legitimation process of the Constituent Power for Habermas reflects, mainly, across the time, on the contrary of the classical theories of the Constituent Power.

Keywords: Habermas; legitimacy; constituent power; constitutional patriotism.

1. INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas em um debate ocorrido com Frank Michelman pretendia demonstrar que a relação supostamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, soberania popular e constitucionalismo, resolve-se na dimensão do tempo histórico. Tais paradoxos, assim como o próprio ato fundador de uma comunidade política, se acomodam e resolvem-se a partir de um processo de aprendizado social capaz de se autocorrigir. Segundo Michelman:

A teoria constitucional americana é eternamente perseguida (...) pela busca de harmonia entre (...) dois compromissos conflitantes: um, o ideal de governo como restringido pela lei ("constitucionalismo"), o outro, o ideal de governo por ato do povo ("democracia") (Michelman, 1999, p. 4, tradução nossa).¹⁸⁶

¹⁸⁶No original: "American constitutional theory is eternally hounded (...) by a search of harmony between (...) two clashing commitments: one the ideal of government as constrained by the law ('constitutionalism'), the other to the ideal of government by act of the people ('democracy')".

Nesse sentido, as reservas de Michelman seguiriam no caminho de que a política deliberativa proposta por Habermas não teria sido capaz de solucionar esses paradoxos, ressurgindo toda vez que se tentasse identificar o poder constituinte como um processo democrático (Oliveira, 2006, p. 36). A questão que embasa esse artigo, portanto, é a mesma feita por Habermas (2003, p. 162) em sua resposta a Michelman: “que direito temos que nos atribuir reciprocamente caso queiramos regular legitimamente nossa convivência com os meios do direito positivo?”.

Disso partem algumas reflexões, como o papel do poder constituinte, não apenas como um ato fixo ao fazer de uma nova ordem, mas transformativo, ao qual analisaremos sob a perspectiva clássica do poder constituinte e a transformação do Estado-nação para o Estado Democrático de Direito, em contraponto com a filosofia de Habermas.

Da mesma maneira, levaremos em conta na filosofia habermasiana (i) o papel da autonomia privada, o que Habermas conceitua também como direitos fundamentais de conteúdo variável (*Ibidem*, p. 169); e (ii) o papel da autonomia pública como: (a) detentora da esfera do jogo político, (b) instrumento de transformação e também de contínua consolidação para um espaço de deliberação que conta com participantes plurais que reflitam a diversidade cultural do campo social, (c) meio inicial da legitimação do poder constituído, estando de acordo com os princípios do constitucionalismo moderno. Dessa maneira, a equiprimordialidade e a cooriginariedade atuam como elementos legitimadores de um processo constituinte. Esse processo não é fixo a um determinado tempo. A cada geração, ele também se reflete no que o filósofo alemão conceituou de patriotismo constitucional.

2. DE SIEYÉS A NEGRI

Como um inspirador da Revolução Francesa, o abade Emmanuel Joseph Sieyès compilou as reivindicações do chamado terceiro Estado, ou seja, o Povo, em um livro tido como manifesto da revolução – “Que é o terceiro Estado?” – e instaurador da doutrina do poder constituinte. Todavia, é preciso reconhecer que a intenção principal da publicação de tal livro está mais ligada ao fato de ser um meio da revolução, um

manifesto desta. Não objetivou Sieyès, portanto, a criação de uma nova doutrina seguindo o rigor científico da época, mas acabou por se consolidar como um texto primário para entender o surgimento do conceito de poder constituinte.

Para o abade, todo estado tem uma constituição e essa constituição é resultado do poder constituinte, anterior a esta, gerador dos poderes do Estado, superior a esses e de titularidade da nação (Sieyès, 2007, p. 13). Nação assim entendida como a “expressão dos interesses permanentes de uma comunidade” (Ferreira Filho, 2007, p. 13), sendo o poder constituinte uma manifestação da vontade dela, que não fica submetida aos resultados desse poder fundacional. No momento em que Sieyès vive e pensa o poder constituinte e o relaciona à ideia de nação, esta é independente de qualquer forma, ela é antes vontade, de cuja potência a Constituição será originária.

Na visão de Sieyès sempre é possível fazer uma nova Constituição, pois a nação não fica submissa à Lei Superior por ela posta, pois antes desta, a nação existe como vontade, como potência. A titularidade do poder constituinte, então, se liga intimamente com esta potência e, assim, a com a ideia de soberania, porque quem pode estabelecer uma nova ordem é aquele que detém o poder absoluto, é o soberano, seja ele a nação ou, mais contemporaneamente, o povo.

Nesse liame, a nação é soberana. É a instauradora do poder constituinte, não sendo limitada pelos resultados dele. Isso significa que o poder constituinte é incondicionado, pois a nação não está sujeita a qualquer predisposição para manifestar sua vontade. A relação entre nação e povo decorre da substituição teórica e prática que este último operou, um século mais tarde, ao tempo em que pensou e viveu Sieyès. A noção de poder soberano passa a estar mais ligada à ideia de povo (soberania popular) e a ela a de poder constituinte. Daí afirmar que é necessária uma identidade entre o povo e seus representantes reunidos em uma convenção, justamente, para ser feita a redação de um novo texto constitucional (Cruz, 2006, p. 49).

Assim, a partir da teoria de Sieyès, convencionou-se entender o poder constituinte como o instaurador de uma nova ordem constitucional, visto como um momento de ruptura na qual as forças sociais apresentam sua potência para constituição do Estado.

Antonio Negri, inspirado em Marx, Espinosa e Maquiavel, segue neste entendimento sobre o poder constituinte, de forma bastante radical.

Para o autor italiano, o poder constituinte acabou sendo entendido como sujeito da produção da Constituição, e não apenas como a fonte de produção de normas (Negri, 2002, p. 7). Para ele, poder constituinte “tende a se identificar com o próprio conceito de política” (*Ibidem*, p. 7), pois regula essa de maneira democrática e é assim compreendido em uma sociedade moderna (*Ibidem*, p. 8). Destarte, ao contrário da visão tradicional, Negri acrescenta ao conceito de poder constituinte o caráter democrático, da multidão. Esta que é entendida como a titular do poder constituinte. Para Sieyès, a nação. Para Negri – e Michael Hardt – a multidão.

A partir desse conceito espinosano, Negri afasta a perspectiva autoritária do uno, em que somente um pode governar, seja monarca, Estado, nação, povo ou partido. Ficando claro que “este princípio do pensamento político segundo o qual só o uno pode governar solapa e nega o conceito de democracia” (Hardt; Negri, 2005, p. 412). Ainda, afasta também a possibilidade de uma produção comunicativa, ao contrário da perspectiva habermasiana. Isso pois, a democracia é encarada como uma “distopia como forma política de poder constituinte”, na qual seria o grande problema da contemporaneidade, justamente o fato da multidão, configurar-se em um telos, ou seja, como as instâncias concretas de luta de classe podem surgir e como “(...) podem formar um programa coerente de luta, um poder constituinte adequado à destruição do inimigo e à construção de uma nova sociedade” (*Ibidem*, p. 427-428).

O autor italiano, então, entende o poder constituinte como a própria revolução se manifestando enquanto fonte onipotente e expansiva. Isto é, Negri vê em tal conceito a possibilidade de mudança da ordem vigente, estando no centro da ontologia política, viabilizando a potência dos sujeitos contemporâneos. Ainda, como um processo revolucionário, autônomo e que causa imediatamente o rompimento de uma ordem antepassada a uma nova, o poder constituinte nada tem dessa antiga ordem: a autonomia jurídica do novo ordenamento é colocada como absoluta. Nesse sentido, a conceituação de poder constituinte está intrinsecamente ligada ao fato de que o

passado não explica mais o presente, isto é, o poder constituinte – e consequentemente seu produto –, são vistos como algo próprio e fixo ao momento revolucionário e não tem relação tanto com o passado, quanto com o futuro. Apenas se limita ao momento revolucionário.

Nesse contexto, a cada passo do poder constituinte surgem mecanismos que o limitam, subordinando-o ao poder constituído. Ele é autônomo em relação ao passado, mas encontra barreiras por conta de sua aplicação através do poder constituído, havendo limites à sua insuficiência, por conta do esvaziamento através do constitucionalismo, dada a sua natureza híbrida: um poder que funda o direito, mas é estranho a ele.

Dessa forma, o próprio poder fundador se vê limitado em relação à sua soberania, considerando-se que “(...) a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada” (Chueiri; Godoy, 2010, p. 162). Como se a criatura se voltasse contra seu criador, a Constituição, feita pelo poder constituinte, acaba se mostrando como um obstáculo a ele e à própria democracia: é visto pelo direito, inicialmente, como ilimitado, onipotente, e após a sua concretização, através de seu estabelecimento em poderes constituídos, o direito o limita, negando a sua essência (Negri, 2002, p. 7-24).

Do aprisionamento do poder constituinte no tempo e no espaço do constitucionalismo, garantidor da constituição, surge uma desafiadora e paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia, poder constituinte e soberania. Dessa condição, pode-se afirmar que o poder constituinte acaba se limitando ao seu tempo o que, para Negri, significa certa capitulação daquele em relação aos poderes constituídos.

Ao nosso ver, a tensão entre o poder constituinte e os poderes constituídos é altamente produtiva e, em outra perspectiva, como a que neste artigo se trabalhará, a habermasiana, os frutos do poder constituinte acabam atuando como um aprendizado que se corrige ao longo tempo, não estando fixo ao fazer de uma nova constituição ou enterrado nas leis que prosperamente surgem após a sua instauração.

3. DO ESTADO-NAÇÃO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Justificado pelas premissas da tradição, religião e da autoridade, o regime absolutista não mais conseguiria se manter frente às transformações ocorridas na sociedade durante a transição do medievo à modernidade. O liberalismo crescente trouxe consigo valores e dogmas ávidos por reconhecimento, como liberdade e igualdade, que estariam no centro da Revolução Francesa.

Com a queda do absolutismo, surge uma nova situação, a de “como fundar um novo início que, não podendo apoiar-se em nada que lhe antecederia, fosse capaz de justificar a si mesmo” (Arendt, 1996 apud Neto; Meyer, 2016, p. 156)¹⁸⁷. A elite revolucionária intelectual da época voltou-se à produção de uma filosofia que justificasse as novas transformações, com a ascensão da burguesia e do próprio indivíduo, trazendo a lume, novamente nesse estudo, o pensamento de Sieyès.

Na estrutura do panfleto da revolução, logo seu título se refere a uma indagação que remonta mais três questionamentos. Primeiro, “Que tem sido o terceiro Estado?”, e a resposta é nada, pois não conta com privilégios. Segundo, “Que é?”, e a resposta é tudo, pois é o terceiro Estado que desempenha a grande parte das funções necessárias para a convivência em uma sociedade. Terceiro, “Que pretende ser?”, e a resposta é alguma coisa e nisso vem as reivindicações da revolução, como que os representantes sejam provenientes da própria classe e os votos sejam apreciados não pela ordem, mas por cada indivíduo, sendo um governo baseado na vontade comum representativa (Sieyès, 1997, p. 108), reivindicando ainda “substituir o monarca absoluto por um ente de igual caráter: a Nação, entendida como um macro-sujeito, formado pela multidão do povo, desprovido de qualquer organização legal acima de qualquer lei” (Neto; Meyer, 2016, p. 156).

Desta forma, percebe-se que o abade concebe um poder imanente à nação que, anterior à própria ideia de governo, seria impossível de ser modificado pelos poderes constituídos por ser superior a estes, sendo aquele, o próprio poder constituinte (Chueiri; Godoy, 2010, p. 162). Esse poder constituinte, ligando-se a ideia de soberania,

¹⁸⁷ARENDR, Hannah. **Da Revolução**. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1996.

estaria vinculado não pela soberania popular, mas, conforme exposto na seção de texto anterior, pela soberania da nação, pois a ideia de povo estaria subjugada nesta última, que estaria ligada à imagem do Terceiro Estado que se sobressaía ao Clero e à Nobreza (Sieyès, 1997, p. 118).

Das reivindicações e, posteriormente à sua materialização, o Estado-Nação passa a ser a realidade política por excelência do mundo ocidental. Adentrar a diferentes vertentes sobre o conceito de nação não é o intuito desta seção do texto, mas, na perspectiva de Habermas, essa conceituação de nação foi concebida inicialmente visando uma cultura identitária (Bunchaft, 2015, p. 33-41).

Identitária pois, seguindo o raciocínio de Habermas em uma conferência pronunciada em 1986 na Dinamarca (Consciência Histórica e Identidade Pós-Tradiciona), a experiência totalitária alemã permitiu "(...) questionar a relação natural entre identidade cultural e modelo de Estado (...)” (Bunchaft, 2015, p. 34), dado que para o filósofo, haveria uma "(...) certa disposição da comunidade política a identificar-se com o ordenamento político e com os princípios da Constituição” (*Ibidem*, p. 34).

Assim, uma Constituição e um governo nacionalista que exprimem uma visão de nação que tem como consequência a exclusão e até mesmo o extermínio de grupos – no caso da Alemanha nazista os judeus –, não poderiam ser considerados legítimos sob os princípios do *rule of law*. Contudo, foi a partir destas experiências políticas totalitárias¹⁸⁸, que foi colocada a questão acerca de como a comunidade sociopolítica

¹⁸⁸ Para além desta superação, Habermas elenca que o paradigma jurídico liberal também foi superado. Com as bases pautadas no direito privado clássico, o paradigma jurídico liberal teve maior influência até o fim da Segunda Guerra Mundial e tinha como principal característica a tendência à ação mecânica do mercado (Habermas, 1997, p. 146), o qual veio a ser substituído pela concepção do Estado de Bem-Estar Social. Esta concepção daria nascimento ao paradigma jurídico social, em que o objetivo pode ser considerado uma contraprestação à livre iniciativa do mercado, isto é, modular a prática social para diminuir as diversidades, demandando do Estado uma expectativa de que as diversidades ou "(...) contingências venham a ser controladas normativamente através de operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo” (*Ibidem*, p. 142). Apesar deste caráter mais social, Habermas tece críticas aos dois paradigmas, pois ambos se preocupariam com a autonomia privada, de modos distintos. Seja mediante a previsão genérica de direitos de liberdade ou mediante prestações sociais (*Ibidem*, p. 145). Como uma alternativa à falta de legitimidade que estas percepções oferecem, dada a não preocupação com o plano público da autonomia (*Ibidem*, p. 146), Habermas argumenta que a chave à legitimação de um Estado Democrático, conforme veremos adiante, está na compreensão de que para a ordem jurídica, a autonomia privada e pública são dependentes entre si, havendo assim a equiprimordialidade e cooriginalidade entre ambas, o que fundaria assim o paradigma procedimentalista de direito (*Ibidem*, p. 147).

alemã poderia se reconciliar com a sua própria história.

A resposta de Habermas a essa indagação traz consigo o fato de que as democracias necessitam cultivar uma forma de identificação política, mas desvinculadas de elementos como o nacionalismo, pois este abre espaço para posturas discriminatórias em relação a outras nações¹⁸⁹. Essa forma de identificação, portanto, seria baseada em um comprometimento com o constitucionalismo democrático, possibilitando uma integração política e não ética-cultural ou até mesmo em um pertencimento à humanidade e não a um Estado nacional (Cruz, 2006, p. 69). Isso significa que, refletindo o patriotismo constitucional a comunidade conseguiria, de uma maneira neutra, abarcar as diferenças que o pluralismo da modernidade intrinsecamente propõe, ao qual cada cidadão se enxergaria como integrante da comunidade na medida em que houvesse uma "(...) grandeza de fluxos em um processo circular que só se põem em movimento por meio da institucionalização jurídica de uma comunicação entre cidadãos do mesmo Estado" (Habermas, 2002, p. 183).

Dessa forma, como não há mais uma totalidade de sentimentos universais para se ter um sentido de nação, ligada a fixação por determinada bandeira, a nação de cultura é substituída por uma nação de cidadãos. Isto é, "o Estado-nação é substituído por um Estado Democrático de Direito que encontra sua identidade não em características etnoculturais, mas na prática dos cidadãos que exercitam seus direitos de participação" (Bunchaft, 2015, p. 36). Essa concepção de uma nação integradora encontra suas razões no argumento de que "se a vontade racional, só pode formar-se no sujeito singular, então a autonomia moral dos sujeitos singulares deve passar através da autonomia política da vontade unida de todos" (Habermas, 1997, p. 137-138), garantindo assim a autonomia privada de cada um.

Na mesma medida em que se, por um lado a autonomia racional só pode ser formada no sujeito coletivo, no povo, na nação, a autonomia política é entendida como a

¹⁸⁹Habermas cita dois sentidos para a conceituação de nação: republicanismo e nacionalismo. O primeiro leva em conta a participação dos cidadãos no processo político, com a defesa do patriotismo constitucional. Enquanto o segundo pode ser exemplificado com a experiência do nazismo na Alemanha, um conceito pré-político que "possui um conteúdo discriminatório em relação a minorias nacionais, étnicas ou religiosas, [em] especial judeus" (Bunchaft, 2015, p. 37).

essência ética de uma comunidade, tendo como consequência que “a autonomia privada só é protegida contra o poder subjugadora da autonomia política através da forma não-discriminadora de leis gerais” (*Ibidem*, p. 137-138). Essa concepção visa justamente à integração dessas duas autonomias, fundando o princípio democrático que, noutros termos, visa à “prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente” (*Ibidem*, p. 145). Isso não seria possível sem o patriotismo constitucional e, conseqüentemente, a equiprimordialidade e a cooriginalidade das autonomias pública e privada, conforme veremos adiante ao longo deste estudo.

4. PODER CONSTITUINTE E PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Ao contrário das teorias clássicas abordadas anteriormente, como dito, para Habermas, o poder constituinte é entendido não apenas como um corte na sociedade política, em um único momento. O poder constituinte acontece ao longo do tempo, através do que ele chama de patriotismo constitucional, o qual refletiria um universalismo dos princípios jurídicos, tratados como consenso procedimental pela comunidade, mesmo e principalmente em um contexto de uma cultura política historicamente determinada (Habermas, 2002, p. 255). Esse conceito surge no contexto da controvérsia dos historiadores, em que se propagava a ideia de um revisionismo histórico sobre o período nazista seguindo o ideal conservador de alguns historiadores.

Destaca-se Ernst Nolte, que propagava a ideia de que o período nazista e o extermínio em massa dos judeus, foram resultados de uma suposta “guerra civil mundial”, entre comunismo e capitalismo (Oliveira, 2006, p. 67). Essa forma de revisionismo histórico, sob as lentes do conservadorismo, visava mitigar as atrocidades ocorridas durante o período, principalmente, da Segunda Guerra Mundial. Dessa maneira, para o filósofo da Escola de Frankfurt, o que estava em xeque, nessa controvérsia era conseguir dar uma resposta satisfatória ao problema da identidade alemã após a experiência totalitária do nazismo.

Habermas, então, coloca um fim a essa discussão de revisionismo histórico a partir do conceito de patriotismo constitucional. Esse revisionismo, conforme citado acima, se

pauta justamente na tentativa de uma nova versão dos acontecimentos históricos da Segunda Guerra sob as lentes do conservadorismo, na tentativa de reduzir a responsabilidade alemã sobre seu passado obscuro, nazista. A convergência desse revisionismo com o patriotismo constitucional tem como base justamente a possibilidade de não tirar a responsabilidade alemã em relação ao passado, mas assumi-lo reflexiva e criticamente, possibilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado nos direitos constitucionais garantidores das autonomias públicas e privadas, superando o nacionalismo (Oliveira, 2006, p. 67).

Nesse liame, o direito atua como a única forma de auto-organização político-social, abrangendo legitimamente sua pluralidade através do *médium* do direito moderno (Habermas, 2003, p. 162). Segundo Marcelo Cattoni (2006, p. 62), trata-se de um “*pro-jecto*” sempre carente de legitimidade, ausente, justamente por ser moderno. Assim, há a necessidade de uma construção permanente da própria legitimidade do movimento revolucionário, delineando o poder constituinte como um processo de aprendizado social ao longo do tempo.

Remetendo-se a ideia de abertura à identidade constitucional, caso contrário, o próprio constitucionalismo estaria sendo traído (Carvalho Netto, 2003, p. 154 apud Oliveira, 2006, p. 63)¹⁹⁰ Traído, pois, é necessária a participação do cidadão ao longo do tempo no processo de construção de sua identidade constitucional, atuando tanto no passado, presente e futuro, através de procedimentos que fazem desse sujeito – não corporificado em uma única figura e formado por todos os envolvidos em uma identidade declarada as normas constitucionais, seja o responsável pela tarefa de criar uma nova ordem desvinculada da antepassada – o titular do poder constituinte (Neto; Meyer, 2016, p. 162).

A construção da legitimidade ao longo do tempo – e até mesmo da identidade do sujeito constitucional –, permite ainda anotar que não somos escravos dos valores sob os quais nascemos, justamente pelo fato do aprendizado social contínuo e as

¹⁹⁰CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

sociedades contemporâneas possuem uma identidade pós-convencional. Isso significa que mesmo havendo uma herança cultural, os indivíduos conseguem identificar princípios, valores que formam a comunidade como um todo, conseguindo criticá-los (Cruz, 2006, p. 73).

Esse sentido, relacionado aos estudos de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg¹⁹¹, liga-se intrinsecamente com o viver das democracias contemporâneas. Não ligadas a sentimentos universais, nacionalistas, e sim à contínua solidariedade entre os próprios indivíduos, estranhos entre si, de culturas diversas (Bunchaft, 2015, p.40). Nesse sentido, o que uniria uma nação constituída de cidadãos, considerando estrangeiros como seus integrantes, não seria um substrato preexistente, e sim o patriotismo constitucional, em um contexto de intersubjetividade partilhada de entendimentos possíveis relacionadas ao Estado Democrático de Direito (Habermas, 2002, p. 181). Isso também nos remete a ideia de, fazendo analogia ao título do livro de Habermas, incluir o outro no campo social, na medida em que esta ideia de intersubjetividade partilhada teria conexão com o próprio direito positivo.

Reconhecendo e fundamentando essas relações intersubjetivas de reconhecimento, o direito positivo atuaria como uma forma de assegurar a integridade de grupos potencialmente violáveis. Atuaria como espécie de "(...) defesa dessas pessoas individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no Direito, seja na moral – dependa da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo" (*Ibidem*, p. 237). Essa atuação significaria justamente a inclusão dado que, para Habermas, a "inclusão do outro", também como forma de legitimação do direito, diz respeito aos significados que as fronteiras das comunidades exprimem no campo especial, necessitando que estejam sempre abertas para que os indivíduos,

¹⁹¹Kohlberg estabelece uma perspectiva evolutiva do homem a partir da filogenética, tendo em vista a formação de culturas e sociedades e o modelo ontogenético de desenvolvimento do Eu (Bunchaft, 2015, p. 38). Com base nisso, Habermas acentua o processo de aprendizado, no qual nenhum nível pode ser pulado. Basicamente, vai de "uma sociedade primitiva na qual as ações humanas eram avaliadas estritamente do ângulo de sua consequência (moralidade pré-convencional), passando por uma sociedade antiga/medieval, na qual essas ações tinham por balizamento sua conformidade com um sistema de regras previamente instituído pela autoridade da tradição (moralidade convencional) e chegando finalmente, em uma sociedade moderna, em que não só as ações mas, principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencionais)" (Cruz, 2016, p. 72-73).

principalmente os diferentes aos olhos dos outros, continuem sendo diferentes (*Ibidem*, p. 7-8).

Assim, a moralidade pós-convencional e o nacionalismo são antagônicos, excludentes entre si: não há como ter uma sociedade pós-convencional, integradora, com base em sentimentos nacionalistas que excluem o diferente, ou uma sociedade nacionalista que acaba por integrar em seu conceito de nação todos, inclusive os diferentes. É a partir, sobretudo, da fonte pós-metafísica da evolução das sociedades acima discutida, alinhada com a proposta de Habermas, que a presente seção de texto busca revelar que não só essa fonte reside no processo democrático de criação do direito, mas também, a ideia de que o poder constituinte, no marco da teoria do discurso, não se restringe ao problema do seu início. O poder constituinte deve ser compreendido como um fenômeno perene, vinculado a um exercício de patriotismo constitucional, aberto a futuras gerações capazes de criticar o que for necessário relacionado aos sentidos das comunidades em que vivem.

Essa ideia reflete justamente o conceito de patriotismo constitucional proposto por Habermas, na medida em que o processo constituinte, como veremos na próxima seção do texto, ao abarcar direitos fundamentais que possibilitam os sujeitos do campo social se enxergarem como autores e destinatários, acaba por refletir, conforme exposto no início desta seção, um "(...) consenso procedimental que certamente precisa estar circunscrito por um patriotismo constitucional – por assim dizer – no contexto de uma respectiva cultura política historicamente determinada" (Habermas, 2002, p. 255).

Assim, atua também como uma espécie de defesa do procedimento democrático em conflitos de dominação fundamentados por uma perspectiva de poder ilegítimo, ao qual resulta na utilização do poderio administrativo em favor do interesse de todos (*Ibidem*, p. 255). Isto significa, em outros termos, a equiprimordialidade e a cooriginalidade das autonomias pública e privada, consideradas pelo filósofo alemão como interdependentes à legitimação do direito, enquanto tanto uma quanto a outra "(...) deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se" (Habermas, 1997, p. 147), como trataremos a seguir.

5. PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frank Michelman, em suas objeções à teoria do discurso de Habermas, propôs que as práticas estabelecidas não poderiam ser reconstruídas a partir da prática constituinte ao longo do tempo, ocasionada pela coesão interna entre democracia, direitos humanos, Estado de Direito e soberania popular, pois os critérios não explicariam as formas de comunicação necessária à própria conceituação de Estado Democrático de Direito. Surgiria toda vez um paradoxo quando se tentasse identificar o momento inicial da nova Constituição, alinhada com o processo democrático, caindo-se em um regresso *ad infinitum*. Como exemplo, a Assembleia Constituinte não poderia garantir a legitimidade das regras segundo ela mesma foi constituída, “uma vez que, nesse caso, a série não se fecharia e o processo democrático enredar-se-ia num regresso *ad infinitum* pelo caminho de uma autoconstituição circular” (Habermas, 2003, p. 165).

Em sua resposta, Habermas propõe que o regresso seja uma forma de expressão compreensível do personagem orientada ao futuro, ou a abertura da Constituição democrática. Com isso, evita a regressão infinita arguida por Michelman, pois é um processo entendido a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se autocorrigue sendo reconhecido pelos participantes da comunidade política como sendo o mesmo desde o seu ato de fundação. O próprio professor de Harvard concorda com Habermas nesse ponto:

Formadores da constituição podem ser nossos formadores – sua história pode ser nossa história, sua palavra pode comandar a nossa observância agora, sobre fundamentos de soberania popular – somente porque e na medida em que eles hoje, aos nossos olhos, já se encontram naquilo que julgamos ser a pista de uma razão constitucional verdadeira... Na atual produção de autoridade legal, os formadores constitucionais têm que ser figuras para nós, antes de poderem ser figuras da história (Michelman, 1999 apud Habermas, 2003, p. 166).

Assim, as sociedades modernas se autorregulam através do médium do direito. Isso implica em necessidades internas para o direito constituído/direito moderno. Este

direito moderno, constituído, reconhece, portanto, cada pessoa como componente do campo social enquanto portadora de direitos subjetivos e assim estes direitos podem tutelar judicialmente, contra particulares ou até o Estado.

Por conta disso, Habermas identifica o direito moderno como um direito coercivo dado a possibilidade de sancionamento estatal, previsão de normas sem a necessidade de uma consciência moral; e um direito positivo, pois retroage às decisões de um legislador político e; um direito escrito, dado o procedimento democrático e procedimento nele inserido (Habermas, 2002, p. 251). Ainda, as necessidades internas seriam justamente as garantias dos direitos da própria forma do constitucionalismo: direito a iguais liberdades, direitos de nacionalidade e à tutela jurisdicional (Lopes; Oliveira, 2006, p. 168). Sendo necessária, para tanto, uma comunidade política que proteja o *status* de sujeitos de direito daqueles que a compõem, sempre tendo como base direitos fundamentais.

Dessa maneira, Habermas (2003, p. 169) cita três formas de direitos fundamentais de conteúdo concreto variável: a) aqueles que resultam da autonomia da configuração do direito, prevendo maiores liberdades subjetivas de ação aos sujeitos; b) aqueles que resultam da autonomia dos *status* dos membros, relacionados ao sentimento de pertencimento de uma dada comunidade política ou direitos de nacionalidade; c) aqueles que resultam da autonomia de configuração do igual direito de proteção, relacionado a tutela jurisdicional. Tais direitos asseguram que os indivíduos se vejam como destinatários do mesmo, estabelecendo o núcleo da autonomia privada do sujeito.

Não obstante, ao se fundar uma nova comunidade, os sujeitos se deparam com uma quarta categoria necessária, a que possibilita com que se vejam como autores do direito em geral (Lopes; Oliveira, 2006, p. 168). Como resultado, o surgimento das três primeiras categorias de direitos possibilita a criação do direito em si, sem isso, não existiria direito. Agora, sem a criação dessa quarta categoria, o direito não adquiriria conteúdo concreto (Habermas, 2003, p. 169), por não haver uma autonomia pública dos sujeitos. Essa autonomia é dada pelos direitos fundamentais políticos, sendo a

última categoria, possibilitando a liberdade e igualdade através da participação nos processos de formação de opinião e da vontade (Lopes; Oliveira, 2006, p. 168). Restando que, para o filósofo alemão, sem os direitos fundamentais que assegurassem a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os sujeitos do campo social pudessem fazer o uso de sua autonomia pública (Habermas, 2002, p. 293).

Na mesma linha, sem o exercício da autonomia pública, os cidadãos não poderiam chegar a uma regulamentação, atividade, capaz de gerar o consenso acerca de suas necessidades também de concepções de bem (Habermas, 2002, p. 293). Nesse raciocínio, ignorar uma parcela da autonomia, seja pública ou privada, comprometeria a estrutura basilar do paradigma habermasiano, dado que os sujeitos do campo não conseguiriam se ver como autores e destinatários de seus direitos (*Ibidem*, p. 234).

Na teoria do paradigma procedimentalista de direito, o filósofo alemão reconhece esta identidade comum entre os integrantes, caracterizada por um paradigma social “não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior” (Habermas, 1997, p. 147-148). Com este paradigma, a visão liberal de que os sujeitos de direito são apenas destinatários da norma se altera, na medida em que os cidadãos são protegidos pela sua autonomia privada e exercendo sua autonomia pública têm de “decidir (em última instância e enquanto autores da ordem jurídica, iguais em direito, sobre os critérios da igualdade de tratamento” (*Ibidem*, p. 154).

Assim, percebe-se que a autonomia – pública e privada – é interdependente à legitimidade do direito, uma serve para outra. Somente pela autonomia pública é garantido o gozo das liberdades subjetivas e somente pela autonomia privada é que se tem sujeitos de direito (Habermas, 2003, p. 173). Isso esboça a teoria procedimentalista do direito de Habermas: não basta apenas a garantia da autonomia pública e privada; são necessárias institucionalizações devidamente procedimentais que asseguram a garantia das mesmas, feita pela própria Jurisdição Constitucional na visão de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2006, p. 85), a qual estaria acompanhada no exercício de

sua função, de ser um filtro de legitimação do direito procedimental, das ouvidorias, consultas e audiências públicas e outras tantas formas a serem pensadas e colocadas em prática (Habermas, 1997, p. 184). Em outras palavras, essa relação das autonomias, que teriam como base a equiprimordialidade e a cooriginariedade, é que o legitimaria o processo constituinte.

Focaremos agora na continuidade ao longo do tempo do poder constituinte originário. Haja vista que tratamos dos direitos, dos requisitos de legitimação da Constituição em seu ato fundacional. Essa continuidade ao longo do tempo é justamente o fundamento da legitimidade do poder constituinte. Um projeto aberto ao futuro (Oliveira, 2004, p.15). Sendo da própria demanda do constitucionalismo olhar para o mesmo, principalmente em períodos históricos de crise, de protestos da comunidade. Pode-se dizer que o poder constituinte então se reafirma quando posto em xeque, protegendo os compromissos sociais, históricos que de antemão assumiu (Chueiri; Godoy, 2010, p. 164).

A teoria de Habermas sobre o poder constituinte, portanto, desconsidera a ideia de um movimento fixo a um determinado tempo, não sendo os "indivíduos escravos dos valores sob os quais nasceram". Pelo contrário, leva em conta uma análise crítica dos valores e tradições regados na sociedade política, possibilitando superá-las a partir disso (Cruz, 2006, p. 71). Ao contrário da visão de Negri sobre o poder constituinte, os obstáculos, exigências do ato fundacional, atuam como uma forma de explicitação do processo constituinte (Habermas apud Oliveira, 2006, p. 63), interligando-se com a autonomia privada, com o princípio democrático e a autonomia pública com o Estado de Direito (Habermas, 2003, p. 171).

Assim, o poder constituinte atua como um projeto aberto ao futuro e o resultado, inicialmente uma constituição democrática, também em seus procedimentos, possibilita que gerações posteriores atualizem a substância normativa de seu texto, com as demandas que anseiam mudanças ao passar do tempo, adaptando-se às circunstâncias atuais. Essa atualização não está imune a tropeços, mas a longo prazo, esse processo de renovação do poder constituinte atua como um processo de

aprendizagem que se autocorrige (*Ibidem*, p. 165).

Essa adesão específica com base em sentimentos universais, e não com base em valores de determinados grupos, é que se denomina de patriotismo constitucional:

(...) uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática (Oliveira, 2006, p. 68).

Não obstante, a configuração de um reconhecimento do passado atua como ponto de partida para o entendimento do discurso constitucional. Isto é, “a autorreflexão do passado é algo essencial para a construção do futuro” (Cruz, 2006, p. 97), incluindo os demais diferentes em um processo de igualdade coletiva, surgindo somente assim um projeto aberto para o passado, presente e futuro (*Ibidem*, p. 99), bem distinto das teorias clássicas abordadas.

Esses são os requisitos da legitimação do direito, do poder constituinte originário. Atendendo às exigências do constitucionalismo, este que não atua como limitador de sua potência, mas como integrador de sua legitimação, na positivação de direitos primários de antemão exigidos; o reconhecimento da cooriginariedade das autonomias públicas e privadas, assim como sua equiprimordialidade; a instauração de procedimentos que atuem na formação da opinião e da vontade, possibilitando o reconhecimento de autores e destinatários das normas postas; tudo isso, para que se tenha um projeto aberto, integrativo das novas gerações sob um olhar crítico sob aquela visão que fundou a sociedade, dos direitos constitucionais, a partir de um conceito de nação republicano, não excludente, a partir da relação com o patriotismo constitucional (Lopes; Oliveira, 2006, p. 171).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo aqui apresentado pretendeu demonstrar como a teoria clássica de poder constituinte não leva em conta o seu sentido aberto ao futuro e à identidade do sujeito constitucional. Isto é, como ato fundador de uma nova comunidade política, conforme o momento revolucionário, não integra o sentido democrático e participativo como

movimento de legitimação do direito.

Sieyès criou um conceito e uma categoria e a relaciona à figura de nação, que representava a pluralidade do que, contemporaneamente, veio a se identificar como povo. A nação era a titular do poder constituinte, isto é, este se manifestava por meio daquela e sem qualquer forma de condicionamento.

Negri, por outro lado, vincula o poder constituinte à democracia e acusa a limitação que ambos sofrem dos poderes constituídos, assim, o constitucionalismo limita a potência do poder constituinte. Nesse contexto, o autor sublinha a ideia de multidão e a vincula à de poder constituinte. A multidão assume a responsabilidade enquanto sujeito político no processo constituinte.

Já Habermas separou o ideal político da concepção de nação, estabelecendo uma distinção entre integração cultural, assentada em ditames pré-políticos e integração política, assentada em procedimentos. A partir daí, diferenciou a ideia de Estado-nação da ideia de Estado Democrático de Direito e, na origem deste, reconhece um processo constituinte compartilhado, fundado em direitos humanos, fundamentais, participação política, capaz de suscitar a integração social.

Desse modo, a participação do cidadão nos processos políticos, possibilita a construção de sua identidade constitucional tendo em vista uma esfera pública de debate inclusiva na qual haja e se siga o princípio igualitário, ocasionando com que os todos os cidadãos possam se ver como coautores das normas da sociedade (Neto; Meyer, 2016, p. 160).

A discussão de Michelman e Habermas serviu para a renovação da dogmática constitucional do processo constituinte. O paradoxo que Michelman propõe, a difícil convivência de democracia e constitucionalismo, ao ser confrontado com a resposta de Habermas, deixa claro que estas não atuam como barreiras ao processo constituinte. Ao contrário, Habermas procura demonstrar que as práticas estabelecidas pela democracia deliberativa e pela teoria discursiva consideram essas "barreiras" como da própria noção de autonomia que lhe é dada. Realiza-se uma correção interna, pois

assim a legitimidade não seria considerada paradoxal, para o filósofo de Frankfurt, sendo apenas para aquelas concepções que "(...) partem da premissa de que o sistema de direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando a si mesmo" (Habermas, 1997, p. 168).

Podemos concluir, portanto, que esse processo, de formação de uma nova constituição no Estado moderno, é legitimado a partir de uma série de premissas: busca-se a equiprimordialidade e cooriginariedade das autonomias pública e privada, para que os destinatários das normas se vejam como seus coautores, esta que somente é exequível através de um processo democrático (Lopes; Oliveira, 2006, p. 178). Com isso, é possível obter uma concepção procedimental do direito, segundo a qual o processo democrático deve garantir tanto a autonomia pública quanto a autonomia privada e o sistema de direito, querendo ser efetivo pela via democrática, necessita então assegurar a relação das duas autonomias assim como deve considerar as diferenças sociais e culturais relevantes em cada contexto (Habermas, 2002, p. 246). Assim é que o núcleo do paradigma procedimentalista do direito chega a ser atingido, com a "combinação universal e a mediação recíproca entre soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada" (Habermas, 1997, p. 186) que acabam sendo a "(...) chave para se entender a gestão democrática do direito" (*Ibidem*, p. 186).

Nesse sentido, o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito em sociedades complexas é também somente possível através do *médium* do direito moderno, que possibilita a pluralidade da comunidade, não se apoiando em tradições exclusivistas. Trata-se, ainda, do poder constituinte como um processo linguístico de aprendizagem (Cruz, 2006, p. 94), permanentemente aberto a reinterpretações, carecendo de uma legitimidade una e única. Isto é, a legitimidade do poder constituinte para Habermas se constrói também ao longo do tempo, com espaço e procedimentos para abarcar a interculturalidade da sociedade em questão com a possibilidade de interpretações e reinterpretações sobre um determinado assunto. Assim, compete a cada geração a função de atualizar a legitimidade do processo constituinte e do próprio direito constituído e esse direito, sempre atualizado por meio do debate público, o que

envolve a defesa do patriotismo constitucional (Oliveira, 2006, p. 90).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Patriotismo Constitucional:** Jürgen Habermas e a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 159-174, jan. 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder constituinte e Patriotismo constitucional. In: Marcelo Campos Galuppo (org.). **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 47-105.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. O Estado democrático de direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. **Era das transições.** Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro:** Estudos de teoria política. Tradução de Geoge Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy.** Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

NETO, Almir Megali; MEYER, Emilio Peluso Neder. A teoria do poder constituinte a partir da justiça de transição. **Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**, Belo Horizonte, v. 4, p. 151-163, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e Patriotismo Constitucional**: O projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LOPES, David Francisco. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 49, p. 161-180, Jul.– Dez. 2006.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

