

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP - Universidade Estadual Paulista
UNESP - São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Pasqual Barretti

Vice-Reitor

Profa. Dra. Maysa Furlan

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretora

Profa. Dra. Fernanda Mello Sant'Anna

Vice-Diretor

Prof. Dr. Murilo Gaspardo

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Profa. Dra. Elisabete Maniglia

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. José Duarte Neto

Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Doutoranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

UNESP - Universidade Estadual Paulista
UNESP - São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 26, n.44.	287p.	2022.
-------------------------------------	---------	--------------	-------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Conselho Editorial

- Alcir Gursen de Miranda (UFRR)
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)
Alejandra Leonor Pascual (UNB)
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)
Antônio Alberto Machado (Unesp)
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)
Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)
Débora Regina Pastana (UFU)
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)
Eduardo Pordeus (UFCCG)
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)
Elisabete Maniglia (Unesp)
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)
Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén)
Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG)
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)
Gilberto Bercovici (USP)
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)
Guilherme Gouveia (UFJF)
Jete Jane Fiorati (Unesp)
João Paulo Capelotti (ISHS)
José Duarte Neto (Unesp)
José Luiz Borges Horta (UFMG)
José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)
Kelly Cristina Canela (Unesp)
Lucas Abreu Barroso (UFES)
Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)
Luisa I. Borgarello (UNC - Argentina)
Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)
Luiz Fernando Coelho (UFPR)
Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)
Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)
Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III - Madrid)
Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III - Madrid)
Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)
Pedro Sérgio dos Santos (UFG)
Paulo César Corrêa Borges (Unesp)
Renato de A. O. Muçouçah (UFU)
Ricardo Prestes Pazello (UFPR)
Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)
Rodrigo Reis Mazzei (UFES)
Sérgio Salomão Shecaira (USP)
Vânia B. Rey Paz (UFISM)
Vera Regina P. de Andrade (UFSC)
Victor Hugo de Almeida (Unesp)

Corpo Editorial

- Diretor Científico e Editorial
Prof. Dr. José Duarte Neto (UNESP)
Editor-chefe
Victor Luiz Pereira de Andrade (UNESP)
Editora Adjunta
Eduarda Camargo Sansão (UNESP)
Editores Gerentes
Ana Clara Tristão (UNESP)
Matheus Conde Pires (UNESP)
Maiara Motta (UNESP)
Leonardo Eiji Kawamoto (UNESP)
Editores Associados
Guilherme Burzynski Dienes (UNESP)
Kaique Souza Pedaes (UNESP)
Maria Laura Bolonha Moscardini (UNESP)
Marina Bonissato Frattari (UNESP)
Editores Aprendizizes
Mariana Pereira Siqueira (UNESP)
Raquel Colózio Zanardi (UNESP)
Theodoro Antonio de Arruda Mazzotti Busulin (UNESP)
Comissão de Editoração (STAEPE/UNESP/Franca)
Carlos Alberto Bernardes (UNESP)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (UNESP)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 - Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca -SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais - Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2022, 26-44
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, classificando-se no estrato Qualis Periódicos A2.

Neste número 44, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP de Franca. Quanto à distribuição dos 10 (dez) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 3 (três) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 3 (três) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 4 (quatro) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA”.

A edição conta com contribuições de altíssima relevância no debate nacional, incluindo os trabalhos: “A ‘vítima perfeita’ para o Direito Penal brasileiro”, da professora doutora Carolina Costa Ferreira; “Duas tradições jurídicas, uma só ciência: as teorias positivistas como elo entre o common law e o civil law”, dos pesquisadores William Soares Pugliese e Darlan Agomar Minosso; e “Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: repercussões da superação do sigilo como único instrumento de tutela da dignidade humana nas exceções do art. 4º da LGPD”, do pesquisador Dhiego Melo Job de Almeida.

Dedicamos nossos mais sinceros agradecimentos a todos os colaboradores da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

Prof. Ms. Victor Luiz Pereira de Andrade

Editor-Chefe da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP
Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP

Prof. Dr. José Duarte Neto

Diretor Científico e Editorial da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP
Membro do Conselho do Programa de Pós-graduação em Direito da
UNESP

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

NEM CONTRA NEM A FAVOR DE CARL SCHMITT: A PROPOSTA DE DEMOCRACIA AGONÍSTICA DE CHANTAL MOUFFE

Luana Renostro Heinen

Marcel Mangili Laurindo 11

A “VÍTIMA PERFEITA” PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Carolina Costa Ferreira

Kelly Brito de Sousa29

O PROGRAMA “UEMS ACOLHE”: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MIGRANTES E REFUGIADOS EM MATO GROSSO DO SUL

Waldemir de Souza Junior

Cesar Augusto Silva da Silva

Joaquim Carlos Klein de Alencar49

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS

DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS, UMA SÓ CIÊNCIA: AS TEORIAS POSITIVISTAS COMO ELO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW

William Soares Pugliese

Darlan Agomar Minosso81

**O DIREITO À PROTEÇÃO DA CULTURA LINGUÍSTICA NA
EDUCAÇÃO BÁSICA NAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

André Viana Custódio

Celiena Santos Mânica.....107

**INSIDER TRADING NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA A
PARTIR DO CASO JBS**

Júlia Martins Amaral

João Cenamo Baldi de Freitas

Victor Luiz Pereira de Andrade.....127

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E SUA INTERLOCUÇÃO
COM A TEORIA DO DIREITO ENTRE DESLOCADOS E (RE)
CONSTRUÇÕES**

Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa

Fernando Armando José Ribeiro

Valquiria Almeida159

**O HUMOR COMO FONTE DE DANO MORAL COLETIVO: O
ABUSO DE DIREITO NO CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO**

Driane Fiorentin de Moraes

Iuri Bolesina.....195

**DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS: REPERCUSSÕES DA SUPERACÃO DO SIGILO
COMO ÚNICO INSTRUMENTO DE TUTELA DA DIGNIDADE
HUMANA NAS EXCEÇÕES DO ART. 4º DA LGPD**

Dhiego Melo Job de Almeida221

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

NEM CONTRA NEM A FAVOR DE CARL SCHMITT: A PROPOSTA DE DEMOCRACIA AGONÍSTICA DE CHANTAL MOUFFE

NEITHER AGAINST NOR FOR CARL SCHMITT: CHANTAL MOUFFE'S PROPOSAL OF AGONISTIC DEMOCRACY

Luana Renostro Heinen*

Marcel Mangili Laurindo**

SUMÁRIO: 1 Introdução: uma teoria política para a democracia liberal ainda está por ser erigida. 2 O político como uma disputa existencial: Carl Schmitt entre a amizade e a inimizade. 3 Inimigo ou adversário? Ou de como Chantal Mouffe transmuta o conceito de Carl Schmitt a respeito do político. 4 Uma coisa é uma coisa; outra coisa é outra coisa: democracia e liberalismo em Carl Schmitt. 5 A democracia agonística de Mouffe: um novo modelo para a democracia. 6 Conclusão: ainda que ignóbil, que tal ressignificar?

RESUMO: Tratar-se-á, neste artigo, da influência da obra de Carl Schmitt na proposta de democracia agonística de Chantal Mouffe. A metodologia adotada coloca em diálogo as obras de Schmitt e Mouffe de modo a demonstrar como a autora ultrapassa os conceitos do jurista alemão ao ressignificá-los. Ver-se-á que, apesar de partir de certas premissas estabelecidas pelo autor alemão, a teórica belga não concorda de todo com suas conclusões: a buscar uma nova significação para alguns de seus conceitos, procura ela contribuir para a construção de uma filosofia política que radicalize a democracia liberal.

Palavras-chave: conceito do político; democracia agonística; liberalismo.

ABSTRACT: *The article discusses the influence of Carl Schmitt's work on Chantal Mouffe's proposal of agonistic democracy. The adopted methodology puts the works of Schmitt and Mouffe in dialogue in order to demonstrate how the Belgian author goes beyond the concepts of the German jurist by re-signifying them. It is verified that Mouffe starts from certain premises established by the German author; however, the Belgian theoretician does not agree at all with its conclusions: in seeking a new meaning for some of its concepts, it seeks to contribute to the construction of a political philosophy that radicalize liberal democracy.*

Keywords: *concept of the politician; agonistic democracy; liberalism.*

* Doutora em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Professora Adjunta na UFSC.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Sociologia Política pela UFSC e Defensor Público do Estado de Santa Catarina.

Artigo recebido em 30/11/2021 e aceito em 06/02/2023.

Como citar: HEINEN, Luana Renostro; LAURINDO, Marcel Mangili. Nem contra nem a favor de Carl Schmitt: a proposta de democracia agonística de Chantal Mouffe. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 26, n. 44, p. 11, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO: UMA TEORIA POLÍTICA PARA A DEMOCRACIA LIBERAL AINDA ESTÁ POR SER ERIGIDA

“A democracia liberal parece ser reconhecida como a única forma legítima de governo” (MOUFFE, 2006, p. 165). Eis o diagnóstico de Chantal Mouffe a respeito do panorama político vislumbrado ao fim do século XX.

Mas não é possível saber quão forte é tal consenso - tampouco se ele perdurará por longo tempo: sinais de desapareço pairam sobre as instituições da democracia liberal (inclusive sobre os partidos políticos, que teriam deixado de atender os interesses dos cidadãos). Nos termos da própria Mouffe, “há, claramente, uma força negativa em funcionamento na maioria das sociedades liberal-democráticas, a qual contradiz o triunfalismo que testemunhamos desde o colapso do comunismo soviético” (MOUFFE, 2006, p. 165). O clima político atual deixa ainda mais clara a crise da democracia liberal, com a ascensão de governantes autoritários, eleitos pelas urnas e a sua insistência em contestar as instituições que embasam esse modelo de democracia, sejam os tribunais ou o próprio processo eleitoral.

A ter em conta tudo isso, Mouffe é uma autora importante a ser retomada, pois se propõe a contribuir para a construção de um modelo que radicalize a democracia liberal: o modelo de democracia agonística, cujo principal papel não é senão o de canalizar o antagonismo que, ontologicamente, marca as relações humanas. Nele, longe de ser antolhada como um defeito, a tensão existente entre as tradições democrática e liberal é vista com bons olhos: a igualdade e a liberdade não devem ser tidas por incompatíveis.

As próximas laudas tratarão justamente da proposta de democracia agonística medrada por Mouffe, este artigo tem por objetivo retomar a proposta da autora belga como uma possibilidade de fortalecimento para as democracias liberais tão vilipendiadas ultimamente. Tendo em conta este objetivo, a metodologia adotada parte da análise da obra de Carl Schmitt cujo pensamento antiliberal seria uma das bases da obra de Mouffe, de modo a demonstrar que a autora ultrapassa as críticas do pensador alemão de modo a fortalecer a democracia agonística como um modelo que radicaliza a democracia liberal. Coloca-se em diálogo, portanto, a obra de Schmitt e Mouffe. Assim, em um primeiro momento, terá lugar uma análise a propósito tanto do conceito do político quanto do pensamento sobre a democracia de Carl Schmitt. Ao fim, concluir-se-á que, muito embora tenha esposado certos conceitos medrados pelo autor de Teologia Política, Mouffe não concorda integralmente com suas conclusões e acaba por lhes dar uma nova significação. No sentido proposto por Michael Hardt (2010), ao invés de simplesmente abandonar certos conceitos porque teriam sido corrompidos, o que Mouffe realiza é uma operação de ressignificar a democracia de modo

a apontar suas limitações e fazer reais suas potencialidades, finalmente, implementando as promessas de liberdade e igualdade.

1 O POLÍTICO COMO UMA DISPUTA EXISTENCIAL: CARL SCHMITT ENTRE A AMIZADE E A INIMIZADE

Carl Schmitt enceta seu opúsculo *O Conceito do Político* a asseverar que é assaz raro encontrar a definição de político: ou ele é tido por o que não é (ele não é a economia; não é a moral; tampouco é o direito...) ou é circularmente equiparado a estatal (o Estado é algo político e o político é algo estatal...) (SCHMITT, 1992, p. 43-44).

Umas tais definições, afirma o jurista alemão, não são nada satisfatórias. É que “uma determinação conceitual do político só pode ser obtida mediante a descoberta e identificação das categorias especificamente políticas” - que não é senão, no caso, a discriminação entre amigo e inimigo (SCHMITT, 1992, p. 51).

Trata-se unicamente de um “critério” independente de contraposições várias: no âmbito da moralidade, bom e mau; na estética, belo e feio e por aí vai. Com ele, Schmitt não intenta conferir ao político uma “definição exaustiva” ou uma “especificação de conteúdos” (SCHMITT, 1992, p. 51)¹. Nos termos do jurista alemão:

a diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode, teórica ou praticamente, subsistir, sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, estéticas, econômicas, ou outras (SCHMITT, 1992, p. 52).

O inimigo político é o outro ou o estrangeiro. Normas previamente estipuladas e juízes desinteressados a aplicá-las não dão conta de resolver conflitos com ele estabelecidos: em casos extremos, só os próprios interessados podem decidir se “(...) a alteridade do estrangeiro (...) representa a negação da sua própria forma de existência, devendo, portanto, ser repellido e combatido,

¹ Pode até não parecer, mas o “critério” de Schmitt parte do pressuposto positivo de que o homem é “mau”. Eis o que Jean-François Kervégan diz a tal propósito: “à primeira vista, esse critério [aquele que pretende dar conta do que é político] não é muito discriminante: ele se limita a afirmar como verdade geral a não-impossibilidade do conflito, a fim de rejeitar as apreensões limitativas ou subtrativas da questão. No entanto, na realidade, é o correlato de uma tese positiva implícita: a dimensão política ou polêmica está inscrita na natureza humana. (...). Assim, o critério do político, longe de ser puramente descritivo, como pretende Schmitt, envolve uma escolha antropológica e filosófica fundada (...) sobre uma antropologia pessimista” (KERVÉGAN, 2006, p. 56-57).

para a preservação da própria forma de vida, segundo sua modalidade de ser” (SCHMITT, 1992, p. 52)².

A definição de Schmitt ganha, aí, contornos existenciais. Amigo e inimigo não são metáforas ou símbolos, mas entes concretos. Não são, ademais, como o querem os acólitos do liberalismo, um concorrente na seara da economia ou um oponente de discussão (SCHMITT, 1992, p. 54):

o inimigo, portanto, não é o concorrente ou o adversário em geral. O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimentos de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, combatente, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, público (SCHMITT, 1992, p. 55).

Apropriada existência política de um povo depende, necessariamente, da afirmação de um inimigo. Conforme Schmitt, “se ele não tem mais a capacidade ou a vontade para esta diferenciação, ele cessa de existir politicamente” (SCHMITT, 1992, p. 76).

De acordo com o autor de Teologia Política, “o antagonismo político é a mais intensa e extrema contraposição e qualquer antagonismo concreto é tanto mais político, quanto mais se aproximar do ponto extremo, do agrupamento amigo-inimigo” (1992, p. 55-56)³. Tanto que os conceitos de amigo e inimigo guardam relação, inclusive, “(...) com a possibilidade real de aniquilamento físico” (SCHMITT, 1992, p. 59).

Entra em cena, aí, o entendimento de Schmitt de que a guerra constitui “(...) o único requisito para a distinção entre amigo e inimigo e para o reconhecimento do político” (1992, p. 62). É justamente dela “(...) que a vida das pessoas adquire uma tensão especificamente política” (SCHMITT, 1992, p. 61). Daí a assertiva de que “um mundo no qual estivesse completamente afastada e desaparecida a possibilidade de tal confronto, um globo terrestre

² Em verdade, tese bastante semelhante já havia sido enunciada por Hegel - advertência feita pelo próprio Schmitt: “(...) Hegel estabeleceu também uma definição do inimigo, aliás geralmente evitada pelos demais filósofos modernos: ele é a diferença ética (não no sentido moral, e sim pensada no sentido da ‘vida absoluta’ no ‘eterno do povo’) como um estranho que deve ser negado em sua totalidade viva” (SCHMITT, 1992, p. 89).

³ Segundo Norberto Bobbio, em Schmitt, “(...) o campo de origem e de aplicação da Política seria o antagonismo e a sua função consistiria na atividade de associar e defender os amigos e de desagregar e combater os inimigos” (BOBBIO, 1993, Volume II, p. 959).

finalmente pacificado, seria um mundo sem distinção entre amigo e inimigo e, conseqüentemente, um mundo sem política” (SCHMITT, 1992, p. 61)⁴.

A arrematar sua exposição - isso já em seu Corolário de número 2 -, Schmitt é enfático:

inimigo, hoje em dia, é o conceito primário em relação com guerra. Isto não vale, aliás, para guerra de torneios, guerras de gabinetes ministeriais, guerras de duelo e semelhantes espécies de guerras apenas ‘agonísticas’. Lutas agonísticas evocam mais a representação de uma ação do que de um estado de coisas (SCHMITT, 1992, p. 129).

Mouffe fez ouvidos moucos a tal conclusão e, arrimada em Schmitt, transmuta, de modo a lançar as bases teóricas para aquilo que usou designar democracia agonística, o inimigo em adversário.

2 INIMIGO OU ADVERSÁRIO? OU DE COMO CHANTAL MOUFFE TRANSMUTA O CONCEITO DE CARL SCHMITT A RESPEITO DO POLÍTICO

Ao contrário de Schmitt, Mouffe abroquelou que, em uma democracia de jaez pluralista, não se há de ver no oponente um inimigo a ser abatido, mas sim um adversário a ser tolerado. Ela assevera que “*se combatirán con vigor sus ideas, pero jamás se cuestionará su derecho a defenderlas*” (MOUFFE, 1999, p. 12).

De todo modo, o inimigo a que se refere Schmitt não se esvai: será aquele que, ao deixar de ser um igual, questiona as próprias bases da democracia plural (MOUFFE, 1999, p. 12).

⁴ Assim é que, uma vez mais de acordo com Norberto Bobbio, para Schmitt e Julien Freund - que retoma e medra as teses do jurista alemão a respeito do conceito do político -, “(...) existem conflitos entre os homens e entre os grupos sociais, e (...) entre esses conflitos há alguns diferentes de todos os outros pela sua particular intensidade; é a esses que eles dão o nome de conflitos políticos. Mas, quando se procura compreender em que é que consiste essa particular intensidade e, por conseguinte, em que é que a relação amigo-inimigo se distingue de todas as outras relações conflitantes de intensidade não igual, logo se nota que o elemento distintivo está em que se trata de conflitos que, em última instância, só podem ser resolvidos pela força ou justificam, pelo menos, o uso da força pelos contendores para pôr fim à luta. O conflito por excelência de que tanto Schmitt como Freund extrapolaram sua definição de Política, é a guerra, cujo conceito compreende tanto a guerra externa quanto a interna” (BOBBIO, 1993, p. 959).

É dessa forma que Mouffe transmuta o inimigo usual⁵ de Schmitt em adversário. O antagonismo (“*relación con el enemigo*”) do jurista alemão é, então, por ela apropriado como agonismo (“*relación con el adversario*”) (MOUFFE, 1999, p. 12).

É sobre relações de cunho agonístico que uma democracia plural há de se sustentar: sua existência mesma depende de enfrentamentos dessa espécie, já que, em um contexto democrático, os conflitos devem sempre ser expressos (MOUFFE, 1999, p. 12). Mas é preciso, outrossim, respeitar certos limites: não se pode abrir mão de certos valores ético-políticos e de certo consenso sobre determinadas instituições fundamentais. Só assim se instaurarão “*las condiciones de um ‘pluralismo agonístico’*” (MOUFFE, 1999, p. 14).

Para Mouffe, a divisão e o conflito têm papel constitutivo em uma democracia. Mas tais dissonâncias não podem abalar o consenso sobre os princípios da igualdade e da liberdade, bem como sobre os direitos humanos (MOUFFE, 1999, p. 20).

O consenso em torno de certas premissas não impede, contudo, que diversas interpretações surjam a seu respeito. Nenhuma delas pode ser tida como a correta:

precisamente, la confrontación sobre las diferentes significaciones que se ha de atribuir a los principios democráticos y a las instituciones y las prácticas en las que se concreten es lo que constituye el eje central del combate político entre adversarios, en el que cada uno reconoce la imposibilidad de que el proceso agonístico llegue alguna vez a su fin, pues eso equivaldría a alcanzar la solución definitiva y racional (MOUFFE, 1999, p. 15).

A democracia pressupõe, assevera Mouffe, que agente social nenhum seja dono do fundamento da sociedade ou representante da totalidade (1999, p. 20), já que não há, em última instância, qualquer fundamento absoluto ou qualquer totalidade fechada: está-se, sempre, diante de construções

⁵ Repita-se: a figura do inimigo não desaparece no pensamento de Mouffe. Ele - o inimigo - apenas será tratado como tal em casos realmente extremos.

hegemônicas passíveis de superação (MOUFFE, 2005, p. 18)⁶. A discussão democrática não aceita a univocidade (MOUFFE, 1999, p. 20)⁷.

Longe de serem obstáculos à sua realização, o conflito e o antagonismo integram uma sociedade plural e democrática. Crer em uma solução final - um consenso racional ou uma harmonia perfeita nas relações sociais que, nos moldes das teorias propostas por John Rawls ou Jürgen Habermas, tudo abarque - atenta contra o ideal da democracia pluralista (MOUFFE, 1999, p. 19-20).

É que a sociedade humana é ontologicamente marcada pelo antagonismo - que a constitui e que jamais será erradicado (MOUFFE, 2005, p. 9 e 15)⁸. Há sempre, no campo de identidades coletivas, um nós oposto a um eles. Um só existe em função do outro: nós não somos eles. Com base em tais argumentos, Mouffe conceitua o político - que, afirma, não é senão “(...) dimensão do antagonismo inerente às relações humanas, um antagonismo que pode tomar muitas formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais” (MOUFFE, 2006, p. 174).

Mas nem toda relação redundará, necessariamente, em uma disposição antagonista de amigos frente a inimigos. Isso só se dá quando, em casos extremos, um dos grupos põem em dúvida a própria existência do outro (MOUFFE, 2005, p. 15). No mundo ôntico, caberia à política - “o conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre conflituais porque são sempre afetadas pela dimensão do ‘político’” - “(...) domesticar a hostilidade e tentar conter o potencial antagonismo que existe nas relações humanas (...)” (MOUFFE, 2006, p. 174).

Eis, pois, conforme Mouffe, a questão central para a política democrática: a busca pela criação de uma “(...) unidade em um contexto de conflitos e diversidade (...)”. Não se trata da eliminação da oposição entre “nós” e “eles”, mas de tornar tal discriminação compatível com a democracia (MOUFFE, 2006, p. 174).

⁶ A lançar glosas sobre o pensamento de Mouffe, Daniel de Mendonça afirma que “o antagonismo, tomado em seu sentido mais estrito, resulta na própria impossibilidade da constituição objetiva e necessária de uma totalidade discursiva, em razão da presença de um discurso antagônico que impede essa constituição plena” (MENDONÇA, 2003, p. 138).

⁷ De acordo com Daniel de Mendonça, “em linhas gerais, conforme essa proposta teórica o antagonismo é a impossibilidade da constituição de um sentido objetivo, ou positivo, a toda formação discursiva. Sabemos, a partir dos pressupostos da Teoria do Discurso, que a produção de sentidos por um sistema discursivo é sempre precária, contingente e limitada pelo seu corte antagônico” (MENDONÇA, 2003, p. 138).

⁸ Para Mouffe, o “político” é isso: uma essência. Por outro lado, as práticas diárias e as instituições que constituem certa ordem são o que a autora designa por “política” (MOUFFE, 2005, p. 9).

O antagonismo de Schmitt dá lugar, aqui, ao agonismo. Neste, as partes em conflito reconhecem a legitimidade de seu oponente e o espaço comum por elas compartilhado:

while antagonism is a we/they relation in which the two sides are enemies who do not share any common ground, agonism is a we/they relation where the conflicting parties, although acknowledging that there is no rational solution to their conflict, nevertheless recognize the legitimacy of their opponents. They are “adversaries” not enemies. This means that, while in conflict, they see themselves as belonging to the same political association, as sharing a common symbolic space within which the conflict takes place (MOUFFE, 2005, p. 20)⁹.

O inimigo de Schmitt é substituído¹⁰, portanto, na perspectiva de Mouffe, pelo adversário - que está sempre a lutar por seu próprio projeto hegemônico.

3 UMA COISA É UMA COISA; OUTRA COISA É OUTRA COISA: DEMOCRACIA E LIBERALISMO EM CARL SCHMITT

Apesar de que, “devido ao significado decisivo atribuído à publicidade, principalmente ao poder da opinião pública no pensamento liberal, o liberalismo e a democracia pareçam idênticos”, Schmitt é incisivo: democracia e liberalismo não pertencem ao mesmo mundo intelectual: “o liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a

⁹“O ponto fundamental da noção filosófica de agonismo - que a diferencia radicalmente da de antagonismo - não é a competição, ou a disputa (que o antagonismo apropriado pela Teoria Política também supõe), mas a existência de regras que fazem com que os adversários partam para sua luta de um ponto comum, de modo que a disputa não ocorra com o fim de destruir o oponente, mas pela legitimidade de um discurso em detrimento de outro” (MENDONÇA, 2003, p. 138).

¹⁰ Segundo Daniel de Mendonça, “além disso, em termos políticos, na relação agônica a categoria de inimigo é substituída pela de adversário, uma vez que o espaço comum entre adversários reside justamente na aceitação da disputa política em um espaço discursivo democrático pluralista” (MENDONÇA, 2003, p. 139).

imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas”¹¹ (SCHMITT, 1996, p. 10, 36).

Nas verdadeiras democracias, assevera Schmitt, o igual é tratado igualmente, mas o não igual é, em consequência, inevitavelmente tratado de modo diferente. Daí que “(...) a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, - se for preciso - eliminar ou aniquilar o heterogêneo” (SCHMITT, 1996, p. 10).

Schmitt leva a necessidade de homogeneidade em uma democracia a sério:

a força política de uma democracia se evidencia quando mantém à distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade. Não se trata, no caso da igualdade, de uma brincadeira abstrata, lógica-aritmética, mas sim da própria substância da igualdade (...) (SCHMITT, 1996, p. 10).

É que, em uma democracia, “(...) uma igualdade sempre pressupõe também uma desigualdade (...)”, podendo, pois, “(...) excluir uma parte da população dominada pelo Estado, sem deixar de ser democracia” (SCHMITT, 1996, p. 11).

A ideia de uma humanidade repleta de seres iguais não é senão uma invenção do liberalismo. A democracia sempre teve por estribo a igualdade e a homogeneidade substanciais (1996, p. 12). Fiel ao seu conceito do político, Schmitt afirma que “na esfera da política não se pode abstrair o fato político e considerar só a igualdade geral das pessoas (...)” e que “uma igualdade absoluta dos seres humanos seria, portanto, uma igualdade compreendida sem riscos, sem a correlação necessária da desigualdade e, portanto, uma igualdade indiferente, prática e conceitualmente sem significado” (SCHMITT, 1996, p. 12-13).

Para o autor de Teologia Política, a interligação entre liberalismo e democracia já se encontra no Do Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau: ao mesmo tempo que um contrato confere legitimidade ao Estado - uma

¹¹ “Enquanto foi um conceito essencialmente polêmico, isto é, foi a negação da monarquia existente, a convicção democrática pôde ser conjugada e associada a muitos outros movimentos políticos. Mas, na medida em que se tornou uma realidade concreta, ela passou a servir a muitos donos e não ter uma meta de conteúdo definido. Quando desapareceu o seu rival mais importante, a monarquia, a própria democracia perdeu algo da precisão de seu conteúdo e teve o mesmo destino de todo o conceito polêmico. Inicialmente apresentou-se numa associação natural e até numa identidade com o liberalismo e a liberdade. Na social-democracia, juntou-se ao socialismo. No governo bem-sucedido de Napoleão III e em referências suíças constatou-se que ela também podia ser conservadora e reacionária, o que aliás já havia sido profetizado por Proudhon” (SCHMITT, 1996, p. 24-25).

“fachada liberal” -, uma vontade geral homogênea denota que a unanimidade passa a predominar - o elemento democrático (SCHMITT, 1996, p. 14).

Schmitt não se entusiasma com a “fachada liberal” do pensamento de Rousseau: afinal, pondera, não há qualquer sentido em firmar ou construir um contrato quando já reina a unanimidade e a concordância (SCHMITT, 1996, p. 14). Por outro lado, faz suas as palavras do filósofo francês ao afirmar que, em uma verdadeira democracia, “a unanimidade deve (...) chegar ao ponto de possibilitar a criação de leis *sans discussion*” (SCHMITT, 1996, p. 14) e que “a *volonté générale*, como Rousseau a concebeu, é na verdade a homogeneidade, a democracia consequente” (SCHMITT, 1996, p. 15).

Coerente, Schmitt afirma, depois de expor tudo o que aqui foi bosquejado, que “o bolchevismo e o fascismo são antiliberais, mas não necessariamente antidemocráticos”, já que “a ditadura não é o oposto da democracia” (SCHMITT, 1996, p. 16, 29).

Fica evidente, portanto, que, para Schmitt, o pluralismo usualmente advogado pelos liberais é incompatível com a democracia: se não existe homogeneidade - o que pressupõe a existência de um inimigo -, não há democracia. A existência de grupos diversos em uma suposta democracia levaria, inevitavelmente, segundo o pensador tedesco, a uma guerra civil.

Enfim, segundo Mouffe,

para Schmitt, la democracia pluralista es una combinación contradictoria de principios irreconciliables, mientras que la democracia es una lógica de identidad y equivalencia cuya plena realización se ve entorpecida por la lógica del pluralismo, verdadero obstáculo a un sistema total de identificación (MOUFFE, 1999, p. 181).

Mas a autora de *The Democratic Paradox* não concorda, em tal ponto, com o jurista alemão. Para ela,

estas dos lógicas son incompatibles en última instancia, pero esto no significa en absoluto que la democracia liberal sea una forma inviable de gobierno, como declara Schmitt. Por el contrario, creo que precisamente la existencia de esta tensión entre la lógica de la identidad y la lógica de la diferencia es lo que define la esencia de la democracia pluralista y hace de ella una forma de gobierno particularmente bien adaptada al carácter indecible de la política moderna. Lejos de lamentar esta tensión, debiéramos agradecerla y considerarla como algo a defender, no a eliminar (MOUFFE, 1999, p. 181).

É justamente o aspecto inacabado e incompleto da democracia liberal que interessa a Mouffe, que pretende contribuir para a construção de uma filosofia política para tal regime (MOUFFE, 1999, p. 153).

4 A DEMOCRACIA AGONÍSTICA DE MOUFFE: UM NOVO MODELO PARA A DEMOCRACIA

Para Mouffe, o conflito é inerradicável. Isso não significa, contudo, que uma democracia pluralista não se mostre de todo possível. Ali, um inimigo é, já se disse, transformado em um adversário.

A teoria democrática erigida por Mouffe parte do conceito de político do autor de Teologia Política: “então (...) um pouco do desafio (“challenge”) de Schmitt era que eu estava de acordo com seu ponto de partida, de que existe esta dimensão do político, do antagonismo; mas, por outro lado, eu também quero defender a ideia de uma democracia pluralista” (MOUFFE, 2010, p. 241).

Mas isso seria inconcebível para Schmitt, já que a ideia de pluralismo, afirma a própria Mouffe, “vem da tradição liberal” (MOUFFE, 2010, p. 247). E, bem se sabe, o jurista alemão defende que liberalismo e democracia são inconciliáveis.

A advertir que “(...) sería necesario que la gente de izquierda que busca la homogeneidad democrática perfecta y no ve en el liberalismo nada más que un obstáculo comprendiera las consecuencias del rechazo del pluralismo liberal” (MOUFFE, 1999, p. 153), a autora de *The Democratic Paradox* assevera que a homogeneidade preconizada por Schmitt como fundamento de uma verdadeira democracia já não faz mais sentido. Longe de ser algo ruim, o dissenso é importante no seio de uma sociedade democrática.

Hoje, segundo Mouffe, “*las condiciones ya no permiten referirse al pueblo como una entidad unificada y homogénea con una voluntad general única*”, razão pela qual “*la lógica de la soberanía popular sólo le queda un camino para evitar caer en la tiranía: articularse con el liberalismo político*” (MOUFFE, 1999, p. 167). De um tal modo, “(...) todo el problema de la democracia moderna gira en torno al pluralismo” (MOUFFE, 1999, p. 178) - que, repita-se, remonta à tradição liberal.

Com a dissolução, nos tempos coevos, de todas as marcas de certeza a que se refere Claude Lefort, é preciso “*repensar la política democrática de tal manera que deje espacio para el pluralismo y la libertad individual*” (MOUFFE, 1999, p. 167). Para Mouffe, “*Bobbio tiene razón en afirmar que la democracia moderna debe ser pluralista*” (MOUFFE, 1999, p. 147).

De acordo com a teórica belga, portanto, a oposição entre nós e eles é plenamente compatível com a democracia - desde que seja ela de

cunho liberal. Uma guerra civil não há, necessariamente, de se estabelecer em uma democracia que se pretenda plural.

Mouffe conhece o vespeiro em que, para quem tem origens na esquerda, está a se meter¹². É possível ilustrá-lo com um excerto de A Cerimônia do Adeus - livro que, redigido por Simone de Beauvoir, reúne uma série de entrevistas por ela feitas com Jean-Paul Sartre nos idos de 1974. A certa altura, a autora de O Segundo Sexo faz a seguinte pergunta ao existencialista: “Terá sido o amor pela liberdade que o levou a tentar fazer um determinado trabalho com os escritores, os intelectuais do Leste? Refiro-me às viagens que fez à Rússia, durante os anos 1962-1966: teriam elas o objetivo de tentar ajudar os intelectuais liberais a se liberalizarem?”. Ele, então, de chofre, riposta: “Liberal é uma palavra ignóbil” (BEAUVOIR, 2012, p. 483).

De todo modo, Mouffe assevera que democracia e liberalismo são, sim, compatíveis: apesar da tensão fundamental vislumbrada nessa recente articulação de duas distintas tradições, é possível, segundo seu entendimento, negociá-la de diferentes formas (MOUFFE, 2006, p. 170).

Nos termos da própria Mouffe,

(...) estas dos lógicas [as lógicas liberal e democrática] son incompatibles en última instancia, pero esto no significa en absoluto que la democracia liberal sea una forma inviable de gobierno, como declara Schmitt. Por el contrario, creo que precisamente la existencia de esta tensión entre la lógica de la identidad y la lógica de la diferencia es lo que define la esencia de la democracia pluralista y hace de ella una forma de gobierno particularmente bien adaptada al carácter indecible de la política moderna. Lejos de lamentar esta tensión, debiéramos agradecerla y considerarla como algo a defender, no a eliminar (MOUFFE, 1999, p 162).

É possível, pois, de acordo com a autora de The Democratic Paradox, em uma democracia liberal estribada em um pluralismo de valores, domesticar o antagonismo. Para tanto, é preciso “construir o ‘eles’ de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão” (MOUFFE, 1999, p. 174).

¹² O artigo de Atilio Boron e Sabrina González a respeito da retomada do pensamento de Carl Schmitt por supostos (são eles quem falam em “supostos”...) pensadores de esquerda é bem representativo a esse respeito: lá, em uma crítica contundente, asseveram ser incompreensível que se tomem os escritos do jurista alemão (que, além de não ter uma teoria política, esteve vinculado ao governo de Adolf Hitler) como uma lufada de novos ares sobre o marxismo (2006).

A medrar seu argumento, Mouffe assevera que “esse é o verdadeiro sentido da tolerância liberal-democrática, a qual não requer a condescendência para com ideias que opomos, ou indiferença diante de pontos de vista com os quais discordamos, mas requer, sim, que tratemos aqueles que os defendem como opositores legítimos” (MOUFFE, 1999, p. 174).

Assim, ouve-se o outro - o adversário - e se reconhece sua legitimidade. Isso, claro, desde que tudo se dê dentro das regras do jogo: certos princípios ético-políticos haverão de ser compartilhados por tais oponentes, já que não se pode “aceitar um pluralismo total” (MOUFFE, 1999, p. 171). É que, afirma Mouffe, “um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal (...)” (MOUFFE, 1999, p. 174).

Em uma democracia liberal, esses princípios não são senão a igualdade e a liberdade. Sobre eles, esclarece Mouffe, sempre haverá discordâncias em relação ao seu sentido e implementação¹³, vez que “dado o pluralismo inerradicável de valores, não há solução racional para o conflito - daí a sua dimensão antagonística”¹⁴ (MOUFFE, 1999, p. 174).

Nos termos da própria Mouffe,

concordo com aqueles que afirmam que uma democracia pluralista exige um certo volume de consenso e que ela requer a lealdade aos valores que constituem seus “princípios ético-políticos”. Entretanto, dado que tais princípios ético-políticos só podem existir por meio de muitas interpretações diferentes e conflitantes, esse consenso está fadado a ser um “consenso conflituoso”.

¹³ O seguinte excerto é assaz elucidativo a tal propósito: “*lo que propongo es que la adhesión a los principios políticos del régimen democrático liberal sean la base de la homogeneidad que la igualdad democrática requiere. Los principios en cuestión son los de libertad e igualdad y es evidente que pueden dar origen a múltiples interpretaciones y que nadie puede pretender poseer la interpretación «correcta». En consecuencia, es esencial establecer cierto número de mecanismos y de procedimientos para tomar las decisiones y para determinar la voluntad del Estado en el marco de un debate sobre la interpretación de estos principios*” (MOUFFE, 1999, p. 177).

¹⁴ Conquanto não seja possível uma solução racional final para o conflito, é possível que a discordância cesse. Eis o que Mouffe afirma a respeito da questão: “isso não significa, obviamente, que adversários não possam cessar de discordar, mas isso não prova que o antagonismo foi erradicado. Aceitar a visão do adversário significa passar por uma mudança radical de identidades políticas. É mais uma espécie de conversão do que um processo de persuasão racional (do mesmo modo que Thomas Kuhn argumentou que a adesão a um novo paradigma científico é uma conversão). Pactos [compromises] certamente são também possíveis; eles são parte integrante do cotidiano da política, mas deveriam ser vistos como interrupções temporárias de uma confrontação contínua” (2006, p. 174).

Esse é, com efeito, o terreno privilegiado de confrontação agonística entre adversários (MOUFFE, 1999, p. 175).

Em um mundo ontologicamente marcado pelo conflito, diz Mouffe, todos os entendimentos são parciais, já que o consenso racional e absoluto é impossível. Ela convida a levar o pluralismo a sério, o que implica “que se abra mão do sonho de um consenso racional que acarreta a fantasia de que poderíamos escapar de nossa forma de vida humana” - que, por necessitar de fricção, anda, invariavelmente, sobre um terreno tosco (MOUFFE, 1999, p. 172).

Em um conflito agonista, o que se vislumbra, portanto, é “(...) uma luta entre dois projetos hegemônicos que não vão se reconciliar”, mas que reconhecem, ambos, sua legitimidade mútua (MOUFFE, 2010, p. 241).

Caso, no entanto, algum dos adversários (que, repise-se, têm projetos hegemônicos diversos...) venha a discordar dos princípios mesmos (e não de seu sentido ou implementação...) da igualdade e da liberdade, um entendimento parcial não será possível. E aí que um adversário pode, em um momento extremo, vir a se tornar um inimigo.

O propósito da democracia não é senão o de evitar uma tal radicalização:

penso que o antagonismo não pode ser eliminado, pode apenas ser pacificado temporariamente. Esta é, para mim, uma das tarefas da democracia: encontrar as instituições que permitem ao conflito expressar-se, de forma que não coloque em questão a própria existência da comunidade política e não leve à guerra civil. Meu modelo poderia se chamar modelo de deliberação agonística. Evidentemente, não elimino o elemento de deliberação, não existem só as paixões, mas há que se reconhecer que o antagonismo é ineliminável; que sempre haverá dois projetos hegemônicos que não podem se conciliar; que haverá sempre um caráter *partisan* na política (MOUFFE, 2010, p. 242).

E é justamente em uma democracia liberal de jaez pluralista que há a possibilidade de criação de instituições que canalizem as divergências entre os mais diversos grupos hegemônicos que integram determinada sociedade: nela, conformadores, os princípios da igualdade e da liberdade servirão de moldura para as interpretações sobre determinados conceitos ou instituições; nela, o antagonismo é domesticado.

Mouffe defende, assim, um “(...) modelo democrático capaz de apreender a natureza do político” - uma radicalização da democracia liberal

que resultará em um modelo de pluralismo agonístico (MOUFFE, 2006, p. 173).

Não se há de, abandonando-o de modo a criar algo de todo novo, jogar fora as conquistas do modelo clássico de democracia liberal¹⁵. Mas, problemáticas, as atuais democracias liberais, aduz Mouffe, não colocam em prática seus postulados de liberdade e igualdade. Daí sua proposta de radicalização (MOUFFE, 2010, p. 246).

A tensão (e não a incompatibilidade) existente entre democracia e liberalismo há de servir para promover a discussão - o que, ao contrário de ser negativo, é muito bom:

uma democracia em bom funcionamento demanda um embate intenso de posições políticas. Se faltar isso, há o perigo de que a confrontação democrática seja substituída por uma confrontação dentre outras formas de identificação coletiva, como é o caso da política da identidade. Muita ênfase no consenso e a recusa de confrontação levam à apatia e ao desapeço pela participação política. Ainda pior, o resultado pode ser a cristalização de paixões coletivas em torno de questões que não podem ser manejadas [*managed*] pelo processo democrático e uma explosão de antagonismo que pode desfiar os próprios fundamentos da civilidade (MOUFFE, 2006, p. 175).

Mouffe assevera que não se deve “(...) buscar as instituições que vão permitir chegar a um acordo, mas as instituições que permitirão o dissenso” e que, “desde o princípio, trata-se de pensar como se pode multiplicar as posições e não de encontrar como elas poderão permitir a reconciliação” (MOUFFE, 2010, p. 240).

Em uma democracia liberal pautada pelo pluralismo agonístico, portanto,

a tarefa primordial da política democrática não é eliminar as paixões da esfera do público, de modo a tornar possível um consenso racional, mas mobilizar tais paixões em prol de desígnios democráticos. Uma das chaves para a tese do pluralismo agonístico é que, longe de pôr em risco a democracia, a confrontação agonística é, de fato, sua condição de existência. A especificidade da democracia

¹⁵ Para Mouffe, “*Bobbio tiene básicamente razón cuando advierte que no debemos esperar el surgimiento de un tipo completamente nuevo de democracia y que las instituciones liberales han de permanecer*” (MOUFFE, 1999, p. 145).

moderna reside no reconhecimento e na legitimação do conflito e na recusa de suprimi-lo pela imposição de uma ordem autoritária. Rompendo com a representação simbólica da sociedade como um corpo orgânico - que era característica do modo holístico de organização social -, uma sociedade democrática reconhece o pluralismo de valores, o “desencantamento do mundo” diagnosticado por Max Weber e os conflitos inevitáveis que dele decorrem (MOUFFE, 2006, p. 175).

Nem contra e nem a favor de Schmitt. Nem contra e nem a favor do liberalismo político. Eis, aí, complexa e polêmica, a Mouffe da democracia agonística.

CONCLUSÃO: AINDA QUE IGNÓBIL, QUE TAL RESSIGNIFICAR?

Em *The Common in Communism*, Michael Hardt afirma que nosso vocabulário político - democracia, liberdade, comunismo... - foi, ao longo do tempo, corrompido.

Diante disso, seria possível abandonar tais termos e substituí-los por outros, mas isso equivaleria a deixar para trás longas histórias de lutas, sonhos e aspirações pretéritas (HARDT, 2010, p. 131-132).

O co-autor de Império crê, então, que, antes, melhor seria conferir novo significado a uns tais termos. No caso do comunismo, por exemplo, isso demandaria uma análise das possíveis formas de organização política plausíveis nos dias de hoje: nossas únicas possibilidades não são apenas o capitalismo ou o socialismo - como se a panaceia fosse simplesmente privatizar ou estatizar. Seria preciso explorar alternativas: nem a propriedade privada do capitalismo nem a propriedade pública do socialismo - mas, no caso tratado por Hardt, os common no comunismo (HARDT, 2010, p. 139).

Mouffe parece, em termos, concordar com Hardt: ao afirmar que “*lo esencial no es ya producir una apología de la democracia, sino analizar sus principios, examinar su operación, descubrir sus limitaciones y hacer reales sus potencialidades*” (HARDT, 1999, p. 161), ela procura, ao abroquelar um novo modelo de democracia - a democracia agonística -, conferir-lhe um novo significado - ainda que tal ressignificação nada exija senão a aplicação de princípios de antanho.

Se as vetustas promessas de igualdade e liberdade não foram, até hoje, postas em prática, faz-se necessário, radicalizando-as (voltando à raiz...), implementá-las. Não faz sentido lançar no lixo todas as conquistas até aqui amealhadas: para Mouffe, há muito que se aproveitar no liberalismo político.

É preciso, então, de modo a construir um novo modelo de democracia, explorar suas potencialidades. Mesmo que certos setores do espectro político desconsiderem tal projeto e se proponham a levar adiante a transformação de seus adversários em inimigos políticos.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, S. **A Cerimônia do Adeus**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política** - Volume II. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

BORON, A. A.; GONZÁLEZ, S. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia. In: BORON, A. A. **Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania**. 1. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, abr. 2006.

HARDT, M. The Common in Communism. In DOUZINAS, Costas; ZIZEK, Slavoj. **The Idea of Communism**. London: Verso, 2010.

KERVÉGAN, J. **Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade**. Barueri: Editora Manole, 2006.

MENDONÇA, D. **A noção de antagonismo na ciência política contemporânea: uma análise a partir da perspectiva da teoria do discurso**. Curitiba: Revista de Sociologia Política, 2003.

MOUFFE, C. **El retorno de lo político**. Comunidad, Ciudadanía, Pluralismo, Democracia Radical. Barcelona: Paidós, 1999.

MOUFFE, C. **On the political**. London and New York: Routledge, 2005.

MOUFFE, C. **Por um modelo agonístico de democracia**. Curitiba: Revista de Sociologia Política, 2006.

MOUFFE, C. **Entrevista**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito, 2010.

SCHMITT, C. A Situação Intelectual do Sistema Parlamentar Atual. In: SCHMITT, C. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, C. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

A “VÍTIMA PERFEITA” PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

THE “PERFECT VICTIM” FOR BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Carolina Costa Ferreira*

Kelly Brito de Sousa**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A violência sexual contra as mulheres e o seu sentido de adequação social. 3 A “vítima ideal”. 4 Contribuições do Estado à condição de não reconhecimento como vítima. 5 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo se propôs a analisar e compreender de que modo a representação de uma “vítima perfeita” inculcada no imaginário social brasileiro pode ser construída pelo próprio Estado que, por sua vez, influencia a construção de uma cultura da violência contra a mulher. O objetivo central do trabalho foi o de responder à seguinte pergunta: em que medida a ausência de perspectiva de gênero no sistema de justiça reforça a visão da “vítima perfeita” nos crimes cometidos com violência (sexual ou não) contra a mulher? Foi adotada como metodologia de pesquisa a análise bibliográfica, com o levantamento e a análise de doutrina e produções acadêmicas existentes acerca das questões suscitadas. As conclusões alcançadas indicam que, no combate à violência contra a mulher, uma atuação estatal sem perspectiva de gênero fica vulnerável a reproduzir as violações já sofridas pela vítima, acabando, em verdade, por insuflar a violência contra a mulher e inculcar no imaginário social a mensagem de que mulheres são categorizáveis e, a depender do contexto, seus corpos são passíveis de violência legítima.

Palavras-chave: violência contra as mulheres; crimes sexuais; vítima; perspectiva de gênero; doutrina penal.

ABSTRACT: *This article aims to analyze and understand how the representation of an “ideal victim” instilled in the Brazilian social imaginary can be constructed by the State itself, which, in turn, influences the construction of a culture of violence against women. The main objective was to answer “to what extent does the absence of a gender perspective in the justice system reinforce the vision of the “ideal victim” in crimes committed with violence (sexual or not) against women?”. As research methodology, bibliographic analysis, survey and analysis of doctrine and existing academic productions on the issues raised were adopted. The conclusions reached reflect that, in the fighting against violence towards women, state action without a gender perspective is vulnerable to the reproduction*

* Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Pesquisadora do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim/UnB). Professora de Direito Penal e Processual Penal (UniCEUB e UDF). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5101049656368655>.

** Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduada em Letras/Português/Inglês pela Universidade Estadual de Goiás (UEG). Policial Penal do Distrito Federal.

Artigo recebido em 01/06/2022 e aceito em 06/02/2023. Como citar: FERREIRA, Carolina Costa. A “vítima perfeita” para o direito penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 29, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

of the violations suffered by the victim, ending up, in fact, instilling violence against women and instilling in the social imagination the message that women are categorizable and, depending on the context, their bodies are subject to legitimate violence.

Keywords: *violence towards women; sexual crimes; victim; gender perspective; criminal knowledge.*

INTRODUÇÃO

Este estudo se propôs a investigar os motivos pelos quais, em determinados crimes sexuais, as circunstâncias do crime e as condições da vítima modulam o grau de reprovabilidade da conduta delituosa, fazendo com que características da vítima, como idade, ocupação, vestimentas, bem como circunstâncias de lugar, hora, dentre outras, sejam preponderantes para que haja menor ou maior reprovação da conduta, mesmo que esta conduta já esteja devidamente tipificada na própria lei.

Para que uma conduta seja suficientemente reprovável no âmbito dos crimes sexuais, parece nascer um modelo de “vítima perfeita”, a qual deverá se enquadrar em quesitos pré-estabelecidos no imaginário coletivo para que a conduta delituosa seja passível de reprovação. Dessa forma, o presente artigo pretende questionar os possíveis elementos ensejadores desse fenômeno, inclusive no sistema de justiça criminal, já que a mencionada modulação de reprovabilidade não se detém apenas no campo do senso comum, mas também é perceptível por meio dos modos de agir de atores do sistema de justiça criminal em determinados casos¹.

O problema de pesquisa poderia ser discutido sob as mais diferentes abordagens: desde a fundamentação criminológica, passando pelos modelos político-criminais adotados para a investigação, o processamento e o julgamento de crimes sexuais até a criminalização das condutas, com a discussão a respeito dos processos de criminalização primária, secundária

¹ Por exemplo, em casos como a batalha de duas mulheres para condenar o pai por estupro, por abusos iniciados na infância, em 2005, mantidos por 6 anos, denunciados a primeira vez em 2011 e a segunda vez em 2017 (BBC BRASIL, 2022). Também merece destaque o caso de Mariana Ferrer, jovem catarinense que, além de ter sido fortemente destrutada, humilhada, em uma sessão de julgamento no Tribunal de Santa Catarina, viu seu agressor sexual ser absolvido por não possuir o dolo de a estuprar, o que rendeu jocosamente na imprensa a tese do Estupro Culposo (BOUJIKIAN, 2020).

e terciária². A opção do presente artigo é desenvolver a argumentação no sentido de se reforçar, teoricamente, que o conceito de “vítima ideal” ou “vítima perfeita” precisa ser contextualizado com um olhar que permita a perspectiva de gênero.

Para um maior aprofundamento, o presente trabalho se desenvolverá a partir da seguinte pergunta: de que modo a representação da “vítima perfeita” incutida no imaginário social é construída pelo próprio Estado, o qual, por sua vez, acaba influenciando na construção e na reprodução de uma cultura de violência contra a mulher?

A hipótese de pesquisa se orienta a partir de casos - judiciais e midiáticos - em que mulheres vítimas de violência sexual são tratadas de forma diferente pelo sistema de justiça, garantindo a determinadas vítimas uma “confiabilidade maior” aos seus relatos do que a outras. Impossível, aqui, não discutir o famigerado conceito de “mulher honesta”, presente no Código Penal brasileiro de 1940 a 2005, com a revogação do crime de rapto pela Lei nº 11.106/2005³ e duas recentes alterações legislativas: a primeira, a Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, também conhecida por “Lei Mariana Ferrer”, que prevê a necessidade de zelo à integridade física e psicológica da vítima de violência sexual, “sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa” dos integrantes do sistema de justiça criminal presentes à audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 2021); a segunda alteração foi promovida pela Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022, que inseriu o tipo de violência institucional à Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), numa tentativa de se evitar que o sistema de justiça reproduza cenários de revitimização (BRASIL, 2022).

Assim, considerando-se todas essas mudanças legislativas, a pergunta em torno de uma “vítima ideal” precisa ser enfrentada, utilizando-se os métodos feministas no Direito propostos por Katherine Bartlett (2011),

² A criminalização primária consiste na seleção dos bens jurídicos considerados relevantes para a tutela penal, seleção esta que passa pelo crivo do Parlamento federal e, assim, submetida à chamada “Política Criminal Legislativa” (FERREIRA, 2016). A criminalização secundária é permeada pela seleção das pessoas que se submeterão ao sistema de justiça, na condição de investigadas/os ou réis/réus; assim, pesquisas sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal, desde sua fase preliminar de investigação até o processamento de recursos no processo penal, importem à criminalização secundária. A criminalização terciária, finalmente, consiste na execução da pena - uma dupla seleção, uma vez que a/o condenada/o já foi selecionada/o pelo sistema de justiça e, nesse momento, galga a posição de “condenada/o”, para depois figurar como “egressa/o” do sistema penitenciário. Importam, aqui, os estudos sobre prisionização e os efeitos do cárcere às trajetórias de vida. Para mais discussões sobre os processos de criminalização, ver BARATTA, 2003.

³ A redação do tipo penal era a seguinte: “Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos” (BRASIL, 1940).

para que possamos ampliar os olhares sobre a atuação do sistema de justiça em contextos em que as mulheres deveriam ser protegidas, já que são vítimas de crimes cujos bens jurídicos são considerados relevantes. A metodologia da pesquisa, nesse sentido, fundamentar-se-á na chamada “pergunta pela mulher” de Bartlett (2011), que nos provoca a perguntar “onde estão as mulheres”, quando observamos a forma de legislar - nesse caso, em matéria penal ou processual penal - , a forma de aplicar a lei - e, mais especificamente, o tema deste artigo: quem é a “vítima ideal” no processo penal brasileiro, quando os crimes investigados se referem à violência sexual. Para tanto, o presente texto apresentará os conceitos fundamentais sobre as violências sexuais praticadas contra as mulheres; desenvolver-se-á o conceito de “vítima ideal”, de acordo com doutrina e estudos empíricos e, ao final do desenvolvimento, levantamos hipóteses em que o próprio Estado contribui à condição de não reconhecimento de mulheres como vítimas, reproduzindo a revitimização.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo colaborar com as produções sobre a necessidade da inclusão da perspectiva de gênero no Direito (BRASIL, 2021) e da necessidade de aplicação dos métodos feministas em Direito (BARTLETT, 2011; SEVERI; LAURIS, 2022).

1 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER E O SEU SENTIDO DE ADEQUAÇÃO SOCIAL

Uma primeira premissa para a abordagem do objeto pesquisado, no presente trabalho, é a discussão sobre a legalidade penal, que direciona e delimita condutas e comportamentos - mais especificamente, para os fins deste trabalho, na esfera penal. Ao mesmo tempo, ele também os norteia sobre expectativas de ser numa vida em sociedade. Por causa dele, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II da Constituição) (BRASIL, 1988). Esse princípio na esfera do Direito Penal traduz-se em “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, segundo o art. 5º, XXXIX da Constituição (BRASIL, 1988). Assim, nenhum fato pode ser considerado crime sem que tenha sido definido como tipo penal (tipificado), por meio de uma lei.

Francisco de Assis Toledo (2014) explica que o princípio da legalidade é composto por quatro características: a primeira é a *Lex praevia*, que consiste na proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; a segunda é a *Lex scripta*, fundada na proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. A terceira é a *Lex stricta*, que representa a proibição da fundamentação ou do

agravamento da punibilidade pela analogia (analogia in malam partem) e a quarta é a Lex certa, que estabelece a proibição de leis penais indeterminadas.

Desse modo, modelos abstratos de conduta são inseridos em normas, aos quais condutas de agentes podem ou não vir a se amoldarem, subsumindo-se umas aos outros, coincidindo-se como em um encaixe de uma forma, desde que tais previsões legais sejam estritas, prévias, escritas e certas. Nasce aí o fato típico, e esta tipicidade é um dos elementos do crime, o qual ainda é constituído por mais duas outras partes, a antijuridicidade e a culpabilidade. Para Nereu Giacomolli e Pablo Alflen Silva (2010), o princípio da legalidade possui significância bem mais ampla do que a simples literalidade do nullum crimen, nulla poena, sine lege, uma vez que a essência do princípio está na garantia da proteção dos cidadãos em resguardo contra a soberania do estado. (GIACOMOLLI; SILVA, 2010, p. 566).

Do princípio da legalidade decorrem quatro garantias básicas de direito material e uma processual aos cidadãos: criminal (tipicidade), penal (sanções) e penitenciária (execução penal) e (processual) jurisdição. (GIACOMOLLI E SILVA, 2010, p. 566). Assim, antes de mais nada, o princípio da legalidade serve mais como freios do controle punitivo estatal do que como limitador dos direitos e garantia dos cidadãos.

Enquanto a tipicidade material considera o grau de lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado, a formal considera apenas a subsunção formal do fato a norma (SALVADOR, 2009). Essa dupla natureza da tipicidade faz com que certas condutas, embora típicas, sejam excluídas e/ou desnaturalizadas em virtude da presença de alguma circunstância que as tornem insignificantes ou adequadas socialmente. Em outras palavras, podem excluir a tipicidade a insignificância e a adequação social (SALVADOR, 2009).

Assim, o princípio da adequação social tem peso relevante na criação e na interpretação da lei penal. Se um fato é adequado socialmente, ele não pode, ao mesmo tempo, ser considerado como injusto (por exemplo, as lesões corporais sofridas/infligidas na prática de pugilismo, embora lesões corporais, são fatos atípicos, porque o princípio da adequação social exclui a tipicidade da conduta) (SALVADOR, 2009).

Nesse sentido, percebe-se que o grau de reprovabilidade de uma conduta delituosa pode ser modulado e incutido no imaginário social por influências do próprio Estado, por meio de seus modos e meios de atuação, seja por políticas públicas, seja por meio do sistema de justiça criminal, que, por sua vez, influencia a construção de uma cultura da violência contra a mulher.

Dessa forma, nasce um questionamento acerca de possíveis elementos ensejadores desse fenômeno, inclusive no sistema de justiça criminal, já que a mencionada modulação de reprovabilidade não se detém

apenas no campo do senso comum, mas também é perceptível por meio dos modos de agir de atores do sistema de justiça criminal em determinados casos.

2 A VÍTIMA IDEAL

Inaugurando o conceito de “vítima ideal”, Nils Christie (2020) reflexiona acerca de que, socialmente, o conceito de ser vítima não é algo objetivo, permitindo flutuações de percepção pessoal a respeito. Assim, o conceito de vítima não será o mesmo para todas as pessoas, mesmo que em situações identicamente descritas. Ele relaciona-se mais com a autopercepção da definição dos eventos pelos participantes desses eventos. Por exemplo, enquanto algumas pessoas têm personalidades que as fazem se enxergarem como vítimas na maioria das situações da vida, outras tendem a definir a vida por outros ângulos de percepção. Anthony Duff e Sandra Marshall (2004) também entendem a necessidade de se analisar o processo comunicativo que permeia vítimas e agressores, sem o emprego de argumentos reducionistas. O conceito de “vítima ideal” não se trata de pessoa ou categoria que mais se percebe como vítima, ou de pessoas que correm maior perigo de serem vitimizadas. Para Christie (2020), “vítima ideal” consiste numa categoria de indivíduos que, quando atingidos pelo crime, recebem mais completa, legítima e prontamente o status de serem vítima.

Tal relativização do significado de vítima se dá porque, segundo ele, o termo vítima recebe a mesma carga semântica com o mesmo tipo e nível de abstração que, por exemplo, as palavras “herói” ou “traidor”.

By “ideal victim” I have instead in mind a person or a category of individuals who - when hit by crime - most readily are given the complete and legitimate status of being a victim. The ideal victim is, in my use of the term, a sort of public status of the same type and level of abstraction as that for example of a “hero” or a “traitor” (CHRISTIE, 2020, p. 12)⁴.

Assim, não se trata de pessoa ou categoria que corre maior perigo de ser vitimizada: a vítima ideal decorre de evento que reúne determinados atributos, que culminam no reconhecimento da pessoa como tal. Em linhas gerais, os atributos consistem em: 1) A vítima ser/estar fraca: é o caso de pessoas doentes, idosas ou muito jovens; 2) A vítima estar em contexto de

⁴Por vítima ideal, tenho em mente, ao invés de uma pessoa ou uma categoria de indivíduos que - quando impactadas por um crime - mais prontamente recebem o completo e legitimado status de vítima. A vítima ideal é, no meu uso do termo, uma espécie de status público do mesmo tipo e nível de abstração a de, por exemplo, um ‘herói’ ou um ‘traidor’ (Tradução livre).

realização de um projeto respeitável; 3) Estar onde ela não poderia ser culpada por estar; 4) O agressor ser grande e mau; 5) O agressor ser desconhecido e não possuir relação pessoal com a vítima.

Para ilustrar, damos um exemplo de vítima ideal: uma idosa (1), a caminho de volta para casa no meio do dia (3), depois de ter saído para cuidar de sua irmã doente (2), atingida na cabeça por um homem desconhecido (5), grande e forte (4), que leva sua bolsa e usa seu dinheiro para a aquisição de drogas.

Um exemplo contrastante e oposto seria homem jovem / se divertindo num bar / atingido na cabeça por um conhecido, que rouba seu dinheiro. É possível que o homem tenha sofrido danos mais severos em sua cabeça e seu dinheiro seja mais necessário para si em comparação com a senhora do primeiro exemplo, porém este homem não consegue competir com o primeiro exemplo para assumir o status de vítima ideal, porque, ao contrário, 1) ele é forte, 2) ele não estava cuidando de um projeto respeitável, 3) ele poderia ter evitado e se protegido de estar naquele lugar, 4) ele era tão grande e forte quanto o seu ofensor e 5) seu ofensor era uma pessoa conhecida. Fazendo-se uma projeção das diferenças dos dois exemplos para eventos da vida real vemos o peso dessas diferenças em casos de crimes de estupro.

É por isso que, em contexto de crimes de estupro, há uma tendência à relativização da violência se forem verificados aspectos, como: a vítima se encontrava em local em que poderia ter-se evitado de estar (boates, bailes funk, festas); o agressor era conhecido da vítima (amigo, participante da mesma festa, namorado, esposo, familiar, etc.), a vítima não estava cuidando de um projeto respeitável (divertia-se, não se encontrava retornando da igreja ou do trabalho, etc.), a vítima era jovem e saudável.

Tais aspectos interditam o reconhecimento dessas mulheres como vítimas (FLAUZINA; FREITAS, 2017), sempre buscando relativizar a violência praticada sob argumentos como “se apanhou, não foi à toa”, “se não queria ser estuprada, era só não ir lá”, “mas, também, olha só a roupa que ela estava usando”, etc. (MAYORA; GARCIA, 2020). Perspectivas de gênero, classe e raça, especialmente em países colonizados como o Brasil, permeiam as representações sociais sobre vítimas. Dessa forma, as mulheres vítimas ficam reduzidas a uma narrativa dualista de bem e mal, e categorizadas em “boas” e “más”, merecedoras ou não merecedoras da violência recebida (MAYORA; GARCIA, 2020).

Ao valorar a reprovabilidade de condutas delituosas contra mulheres, a sociedade evoca ferramentas internas já contaminadas por discursos patriarcais historicamente enredados na coletividade. As estruturas que estão nas próprias matrizes da colonização fizeram da violência contra a mulher uma condição naturalizada. (FLAUZINA; FREITAS, 2017)

Importante contribuição acadêmica, o trabalho de Mayora e Garcia (2020) destrincha manuais de Direito Penal das décadas de 1960 e 1970, analisando “a contribuição dos penalistas na construção social da moral sexual feminina e dos papéis sexuais”. O trabalho assume a premissa de que os penalistas exercem importante parcela do poder simbólico de construção social da realidade:

Os penalistas podem ser considerados “empreendedores morais” (BECKER, 2008, p. 153), que participam ativamente da luta simbólica que resulta na construção do código moral de dada sociedade, ou seja, das visões sobre o certo e o errado, sobre o normal e o desviante (MAYORA, GARCIA. 2020, p. 2).

Da extensa análise dos manuais, fica evidenciado um uso do Direito Penal para defender “os bons costumes” o que, por sua vez, desemboca numa tradição de decisões/sentenças moralistas (ALVES; GARCIA, 2020).

Desde a sacralização da virgindade, construída como a principal virtude feminina, passando pelo estabelecimento da “mulher honesta” e sua diferenciação da “mulher pública”, a legitimação do estupro da meretriz, a desqualificação da amásia e da atriz de cabaré até a legitimação do estupro marital, os penalistas da época prestaram um verdadeiro serviço de produção de estigmas e de regramento sobre os corpos femininos.

Em trabalho anterior, Kelly Brito de Sousa (2019) evidencia que já nas Ordenações Filipinas a relação entre o feminino e o masculino se dava de forma hierarquizada, revelando uma manifesta premissa de que a mulher deveria ser tutelada pela “fraqueza de seu entender”, a qual seria eliminada pelo cônjuge (BRASIL, 1595/1603 apud SOUSA, 2019, p. 146).

O Código Filipino também isentava de pena quem ferisse ou castigasse as suas mulheres, contanto que moderadamente, de pau ou pedra, e permitia aos homens matá-las por motivo de cometimento de adultério (SOUSA, 2019, p. 147).

Livro V, Título XXXVI, parágrafo 1º

[...] E estas penas não haverão lugar no que tirar arma, ou ferir em defesa de seu corpo e vida, nem nos scravos captivos, que com pao, ou pedra ferirem, nem na pessoa, que fôr de menos idade de quinze anos, que com qualquer arma ferir, ou matar, ora seja captivo, ora fôrro, nem nas mulheres, que com páo ou pedra ferirem, nem nas pessoas, que tirarem armas para estremar, e não ferirem acintemente, nem em quem castigar criado, ou discipulo, ou sua mulher, ou seu filho, ou seu scravo, nem em Mestre, ou Piloto, que castigar marinheiro, ou servidor do

Navio, em quanto stiverem sob seu mandado. (BRASIL, 1595/1603 apud SOUSA, 2019, p. 147)

Nesse contexto, o reconhecimento como vítima soa, paradoxalmente, como um privilégio, fenômeno semelhante ao que Ana Luiza Flauzina e Felipe Freitas (2017) revelam ocorrer com pessoas negras quando de sua invisibilidade perante o sistema de justiça criminal, ao serem vítimas:

O descarte da humanidade de pessoas negras, que viabilizou a exploração dos corpos, teve consequência direta a construção de um imaginário em que opera de forma coordenada a imagem de negros e negras como seres fundamentalmente associados à reprodução da violência, mas alijados do direito de reclamar o sofrimento dela derivado. (FLAUZINA; FREITAS, 2017)

Entre os cinco atributos que levam ao reconhecimento de uma pessoa como vítima existe, ainda, um sexto atributo que Nils Christie (2020, p. 14) caracteriza como “(6) ser alguém com poderes ou influência social suficiente para dar publicidade ao ocorrido”. Ter força o suficiente para se fazer ouvir e ousar falar pode ajudar mulheres na reivindicação de serem reconhecidas como vítima, mas disso decorre outro problema: a mulher precisa ser, ao mesmo tempo, fraca o suficiente para não se tornar uma ameaça a importantes interesses alheios.

Mulheres muito fortes e materialmente independentes passam a imagem de que podem se proteger indo embora e rompendo a relação, nos contextos de violência doméstica, por exemplo. Dessa forma, o atributo 3 da vítima ideal (“estar onde ela não poderia ser culpada por estar”) fica prejudicado, já que, no imaginário social, ela simplesmente deveria deixar o lar, uma vez que é independente. Quanto mais materialmente independentes, menos credibilidade é dada ao status de serem vítimas.

Esse dilema também é retratado por Maria Eugenia Bunchaft, Leonardo Rabelo de Matos Silva e Gustavo Proença da Silva Mendonça (2020), em pesquisa realizada sobre violência praticada contra mulheres quilombolas, no Brasil, no lapso temporal de 2008 a 2017, no Nordeste. Dentre as conclusões da pesquisa, verifica-se que o reconhecimento, a assunção de poder e a ocupação de espaços sociais por mulheres resultam noutro paradoxo: à medida que assumem papéis de liderança política, estão expostas a um maior nível de risco, o que, como constatado no presente trabalho, a afasta do modelo de vítima ideal:

A maioria das mulheres assassinadas possuíam (sic) liderança política e constatou-se que os métodos empregados possuíam forte aspecto patriarcal. Portanto,

torna-se fundamental compreender que essas estatísticas revelam uma relação profunda desses assassinatos com o empoderamento político de mulheres quilombolas de determinadas comunidades no Brasil e de inserção no mercado de trabalho (BUNCHAFT et al, 2020, p. 328).

Em análises de crimes e questões de gênero não é incomum o cruzamento e relevância da dimensão patrimonial dos indivíduos com essas questões. Mayora e Garcia (2020), ao abordarem a criminalização do adultério nos manuais penais da década de 70, também identificam que o cerne dessa criminalização era, em verdade, a proteção da transmissão do patrimônio a apenas herdeiros legítimos (2020, p. 9).

De igual modo, Lemos (2020, p. 1), abordando a seletividade do sistema de justiça criminal, constata o quão é mais difícil criminalizar pessoas poderosas, enquanto que as desprovidas de poder estão sempre mais suscetíveis ao poder punitivo do estado.

Mas, sobre este ponto, importante trazer as concepções de Divan e Ferreira (et. Al., 2021) que, em recente trabalho inovador, conclamam à necessidade de olhar a problemática para além apenas do critério econômico e da questão de classe recorrentemente denunciadas pela criminologia crítica ao longo de sua história, oportunidade em que evidenciam necessária atualização de conceitos para fazer constar nas discussões da criminologia crítica o conceito de vulnerabilidade ligado inevitavelmente aos conceitos de necropolítica de Achille Mbembe e precariedade de Judith Butler (DIVAN; FERREIRA; CHINI, 2021).

Não se pode permanecer procurando ou apostando na existência de pontos de subsunção das questões e efeitos da atuação do poder punitivo em suas esferas, como se houvesse uma chave ou elo que retoma sempre o ponto da questão de classe como sobrepujante. A questão perpassa esses fatores que se evidenciam quando apontada outra banda ou dimensão do poder: não se trata (apenas) de câmaras sub-reptícias da política, mas de todo um contexto que vai desvelado a partir da noção de biopolítica. (DIVAN; FERREIRA; CHINI, 2021, p. 254).

A naturalização da violência contra as mulheres e o alijamento do direito de reclamar o sofrimento provocado por ela desencadeia processos institucionais que tornam inviável a ocupação desse segmento social como vítima. Nesse sentido, o papel do Estado deveria ser o oposto: não de reprodutor desta ou de mais violências, e, sim, de limitador de injustiças.

3 CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO À CONDIÇÃO DE NÃO RECONHECIMENTO COMO VÍTIMA

Como contribuição do Estado para tal fenômeno, pelos seus modos e meios de atuação, esses processos são materializados, seja em forma de políticas públicas que resultam numa insistente ratificação de atributos femininos como mães, esposas, cuidadoras etc., seja por meio do sistema de justiça criminal, que, por sua vez, influencia a construção de uma cultura da violência contra a mulher.

A “produção” de quem é a vítima é também realizada pela lei, pela doutrina e pelas práticas jurídicas. A legislação controla a sexualidade feminina vinculando o exercício da sexualidade à reprodução e punindo as “desviantes” (criminalizando o aborto, por exemplo). Pela doutrina, validando questionamentos sobre o comportamento da vítima, a insuficiência de seus relatos, o consentimento ou justificando o estupro marital. E pelas práticas jurídicas, obrigando as mulheres a recontarem o fato à polícia, ao ministério público, ao Poder Judiciário; questionando se houve violência ou por que não reagiram; pelos argumentos da defesa, que desqualificam moralmente as mulheres e, por fim, com a sentença absolutória que desacreditou a palavra da vítima. (CAMPOS et al, 2017, p. 986).

O enfrentamento dos crimes sexuais, bem como da violência geral contra a mulher, é imbuído de complexidades. Tal enfrentamento demanda uma atuação estatal que considere, dentre outros fatores, uma perspectiva de gênero, porque esta perspectiva considera a existência de desigualdades de poder que aumentam a vulnerabilidade das mulheres. (ONU MULHERES, 2016).

Por isso, políticas públicas que apenas reforcem a imagem da mulher-família (que detém a responsabilidade pela educação dos filhos, pela reprodução social, pela manutenção da família, etc.), sem conferir maior importância ao desenvolvimento da sua autonomia, podem levar a uma visão idealizada de mulher perfeita. Indício desse molde de enfrentamento foi a atuação do Conselho de Justiça Nacional por meio da “Semana Nacional Justiça Pela Paz em Casa”, ocorrida em agosto de 2017, e atualmente em sua 19ª edição, como parte da Política Judiciária de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres no Poder Judiciário. Santos e Machado (2018) noticiaram que, há época, o slogan da campanha disponível no sítio eletrônico do CNJ consistia em

uma foto do símbolo ostentando a palavra “PAZ”, sob o traçado de um telhado. A letra “a”, por sua vez, é o esboço de duas pessoas se abraçando, com uma criança entre elas, como a representação de uma família feliz que habita grande parte do imaginário coletivo brasileiro (SANTOS; MACHADO, 2018, p. 242).

Percebe-se uma clara priorização de uma justiça restaurativa em detrimento de uma justiça punitiva para o enfrentamento do conflito com vistas ao atingimento da harmonia doméstica, que não deixa de ser, em certo ponto, louvável. A Justiça Restaurativa, como indica Fernanda Fonseca Rosenblatt (UNICAP, 2018), consiste em uma potencial aliada à atuação do sistema de justiça criminal em conflitos relacionados à violência doméstica, especialmente em casos em que a resposta punitiva não é adequada, esperada ou suficiente; no entanto, por outro lado, a Justiça Restaurativa não pode ser obrigatória ou induzida pelo próprio sistema de justiça. Por isso, para tais casos, os objetivos da Lei Maria da Penha, que incluem medidas não só punitivas, mas também protetivas e preventivas, não devem ser perdidos de vista.

Assim, ao priorizar práticas conciliatórias em prol da família em detrimento dos direitos das mulheres, o Estado claramente contribui para a construção da imagem de uma mulher-família, cuidadora do lar, e reduz toda a problemática da violência contra as mulheres a simples suposta falta de harmonia conjugal, facilmente resolvida com a justiça restaurativa.

Este ideal de mulher-mãe, geradora, responsável pela creche e educação dos filhos, garantidora da manutenção e permanência da família pode gerar no imaginário coletivo um outro modelo de mulher ideal e, por sua vez, o modelo da “vítima ideal”.

Pelo âmbito da justiça criminal, a atuação estatal para a construção de uma cultura de violência contra a mulher pode ser identificada desde os primeiros passos de um processo, ainda na delegacia de polícia. Levada a ocorrência de um conflito às autoridades, inicia-se uma operação de classificação das situações, dos seus protagonistas, dos cenários, das decisões tomadas etc., havendo a redução de um evento complexo a uma narrativa específica, formalizada e simplificada. Exatamente por esta razão que a Lei Maria da Penha foi alterada pela Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017, que especifica que “é direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado”. Tal atendimento deve ser realizado por pessoas que, preferencialmente, se identifiquem como mulheres e que tenham tido formação especializada para evitar a revitimização (BRASIL, 2017). A própria lei indica que “não revitimização” implica em evitar sucessivas inquirições sobre os mesmos

fatos nas esferas cível, criminal e/ou administrativa, incentivando-se o uso da prova emprestada. Também é vedada a aplicação de questionamentos sobre a vida privada das vítimas (BRASIL, 2017).

Assim, deve-se atentar ao que Daniella Colouris (2010) nomeia de “construção da verdade”, em que os fatos são traduzidos pelo filtro dos agentes de justiça e enquadrados em modelos argumentativos da defesa e da acusação. Passa a ser do Estado o monopólio de dizer o direito. No caso Mariana Ferrer⁵, amplamente discutido pela mídia, o País pode acompanhar toda a sorte de atos discriminatórios e julgamentos direcionados a vítima.

Com a divulgação de trechos da audiência de instrução e julgamento, foi possível assistir a passividade com que o juiz da 3ª Vara Criminal de Florianópolis e o promotor de justiça conduziram a audiência face a constantes provocações do advogado direcionadas a vítima (ALMEIDA, 2022). A todo o momento, o advogado coloca em julgamento a conduta da vítima até mesmo em fatos de sua vida pessoal e questiona a sua moralidade. A postura do órgão jurisdicional denota a existência de uma violência institucionalizada e total ausência de uma perspectiva de gênero no trato dos crimes sexuais contra mulheres. Violência esta que revitimiza mulheres, coloca em xeque sua moralidade, e não leva em conta as especiais características da vítima de violência. No referido julgamento, sem entrarmos no mérito da sentença, foi promovido um verdadeiro linchamento moral da vítima, ao que permaneceram indiferentes as figuras representativas do sistema de justiça criminal presentes. Não houve qualquer cuidado com a vítima - que deveria ser a principal usuária do sistema de justiça, visto que, contra ela, teria sido praticado crime contra a dignidade sexual. Ainda que fosse o caso de absolvição, ou que houvesse dúvida em relação ao crime praticado, a vítima, como cidadã, não poderia ser desrespeitada em um ambiente em que se deveria produzir justiça.

Essa indiferença transmite impressões de ausência de real comprometimento com o combate da violência contra a mulher por parte

⁵ Segundo Jéssica Grisa de Almeida, “o processo de revitimização [do caso Mariana Ferrer] ganhou foco nacional em 03 de novembro de 2020. Nesta data, o portal de notícias The Intercept Brasil divulgou imagens da audiência de instrução e julgamento, realizada por videoconferência, do processo em que Mariana Ferrer figurava como vítima do crime de estupro de vulnerável, tendo como réu o empresário André Aranha. Em tais imagens, a vítima é vista chorando e implorando por respeito ao ser humilhada pelo advogado de defesa Gastão Filho, que se utilizava de informações e imagens privadas, alheias aos fatos do processo, em uma tentativa de desqualificar Mariana. No mesmo dia de sua divulgação, as cenas da revitimização suportada por Mariana Ferrer tornam-se virais nas redes sociais, marcando o estopim para a ocorrência de diversas manifestações nas ruas por todo o território nacional, realizadas com a forte presença de grupos dos movimentos feministas, que há décadas denunciam a problemática da vitimização secundária de vítimas de violência sexual” (ALMEIDA, 2022, p. 12).

do Estado no âmbito do Poder Judiciário e incute no imaginário social a mensagem de que mulheres têm corpos estupráveis.

O caso Mariana Ferrer se tornou tão emblemático que gerou a aplicação da Lei nº 14.245/2021, conhecida como “Lei Mariana Ferrer”, que prevê a necessidade de comprometimento, de todos os integrantes do sistema de justiça criminal, com a manutenção da integridade física e psíquica da vítima, “sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa”. Em dezembro de 2021, um mês após a publicação da lei, o Conselho Nacional de Justiça publicou o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (BRASIL, CNJ, 2021), em que se reconhece que

[...] o giro valorativo também interfere na caracterização da ausência de consentimento quando a vítima não tiver capacidade para compreender e aceitar conscientemente o ato sexual. Assim, demonstrado que a parte não é capaz de consentir – inclusive em hipótese de embriaguez, voluntária ou involuntária –, não é cabível qualquer inquirição que deprecie a vítima ou a torne corresponsável pelo ato. Em relação à violência sexual, não raras vezes há demora na denúncia, sendo prudente a reflexão sobre o nível de exigência esperado para a coerência de relatos sobre datas ou fatos que ocorreram há muito tempo, cumprindo anotar que a acusação tardia e/ou a não acusação rápida aparecem como fruto de desigualdades (como o silenciamento de menores, o medo da culpabilização e a dificuldade de enfrentar o assunto, por questões sociais, econômicas e religiosas), e não implicam presunção de acusação falsa (BRASIL, 2021, p. 91)

Interessante notar que o protocolo menciona, em suas diretrizes a qualquer tipo de atuação no campo judicial, cuidados que magistrados e magistradas devem tomar para não propagar a revitimização - como, por exemplo, evitar “perguntas que exponham a intimidade da vítima, perguntas que façam a mulher revisitar situações traumáticas” (BRASIL, CNJ, 2021, p. 48). Assim, com os instrumentos legislativos e instrutivos à disposição, cabe ao Estado brasileiro propor ações de formação a todos os componentes do sistema de justiça, para que possam indicar as situações de revitimização, a fim de evitá-las e enfrentá-las adequadamente.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, buscou-se constatar quais elementos, no contexto do combate à violência contra as mulheres, ensejam a normalização da violência em determinados casos, ao passo que ensejam a reprovação da mesma conduta em outros casos, a depender do contexto da violência.

Num primeiro momento, constatou-se a relevância do princípio da adequação social na interpretação da lei penal, uma vez que um fato considerado adequado socialmente não pode, ao mesmo tempo, ser considerado como um injusto. Também disso é que decorre a flutuabilidade do grau de reprovabilidade de determinadas condutas, o qual pode ser modulado e inculcado no imaginário social pelo próprio Estado por meio de seus modos de atuação, o que, por sua vez, acaba construindo uma cultura de violência contra a mulher.

Até porque o crime e a criminalidade não existem em si mesmos, já que constituem uma realidade socialmente construída pelo sistema penal, o qual se inscreve num sistema social mais amplo (FREITAS, 2017).

Isso leva à existente relativização da violência em contexto de crimes de estupro contra mulheres em que há uma categorização das mulheres e uma tendência a relativizar a violência a depender de aspectos do contexto (roupa, locais, horário, profissão, proximidade com o agressor etc.), o que leva ao conceito de “vítima ideal”. Apenas se se encaixar em tais e tais aspectos, a mulher vítima de violência será considerada uma vítima real.

Nesse sentido, por fim, verificou-se que determinadas condutas do Estados no combate a violência podem, na verdade, influenciar tal violência, seja em forma de políticas públicas que resultam numa insistente ratificação de atributos femininos como mães, esposas, cuidadoras etc., seja pelas práticas jurídicas, que ora obrigam as mulheres a recontarem o fato inúmeras e recorrentes vezes, ora legitimam a violência institucional por atos da defesa que desqualificam a vítima, sem mencionar as sentenças absolutórias que desacreditam de vez a palavra da vítima.

Por isso, como dito, considerando a complexidade de que é imbuído o enfrentamento das violências em geral contra a mulher, tal enfrentamento demanda uma atuação estatal que considere uma perspectiva de gênero, porque esta perspectiva considera a existência de desigualdades de poder que aumentam a vulnerabilidade das mulheres. Adotando uma metodologia feminista para analisar a atuação do sistema de justiça criminal brasileiro, percebe-se que a vítima que não reúne os requisitos de “vítima ideal” pode não receber a devida proteção ou, até mesmo, sequer o reconhecimento de vítima.

O objetivo do presente trabalho não foi o de esgotar o tema, mas o de trazer novas ideias e agendas de pesquisa ao campo, possibilitando um amplo e aberto debate sobre as assertivas aqui trazidas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. G. **Lei Mariana Ferrer: entre demandas feministas e concretizações legislativas**. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233066/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2022.

ALVES, M. M. GARCIA, M. D. O. As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 173, p. 467-486, nov. 2020.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

BARTLETT, K. T. Métodos jurídicos feministas. *In*: FERNÁNDEZ, M.; MORALES, F. **Métodos feministas en el Derecho**: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Lima: Palestra Editores, p. 19-116, 2011.

BBC NEWS BRASIL. **A longa batalha legal para condenar nosso pai por estupro**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-60925197> Acesso em: 20 abr. 2022.

BOUJIKIAN, K. **Justiça brasileira viola direitos de mulheres e outras minorias**. Associação Juízes para a Democracia. Disponível em: <https://www.ajd.org.br/artigos/2800-justica-brasileira-viola-direitos-de-mulheres-e-outras-minorias> Acesso em: 4 fev. 2023.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Livro V. Título XXXVI: Das penas pecuniárias dos que matam, ferem, ou tiram arma na Corte. Ano 1505/1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13. 505, de 8 de novembro de 2017**. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113505.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Altera os Decretos-Leis nºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BUNCHAFT, M. E.; SILVA, L. R. M.; MENDONÇA, G. P. S. Violência contra mulheres quilombolas: uma reflexão sobre a aplicação de uma perspectiva interseccional à luz da ideia de contrapúblicos subalternos delineada por Fraser. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 351-374, 2020.

CAMPOS, C. H.; MACHADO, L. Z.; NUNES, J. K.; SILVA, A. R. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 981-1006, set./dez. 2017.

CHRISTIE, N. The ideal victim. **Revisiting the ‘ideal victim’**: developments in critical victimology, Bristol, v. 1, n. 1, p. 11-23, jul. 2020.

CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito Penal**: Parte Geral, 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

COULOURIS, D. G. **A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-20092010-155706/pt-br.php>. Acesso em: 4 fev. 2023.

DIVAN, G. A.; FERREIRA, C. C.; CHINI, M. Dimensões do (bio) poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 180, n. 29, p. 235-263. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. Communicative Punishment and the Role of the Victim. **Criminal Justice Ethics**, v. 23, n. 2, p. 39-50, jun./nov. 2004.

FERREIRA, C. C. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FLAUZINA, A. L. P. ; FREITAS, F. S. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 25, 135. p. 49, set. 2017.

GIACOMOLLI, N. J.; SILVA, P. R. A. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul./dez. 2010.

ONU MULHERES. **Diretrizes Nacionais Femicídio**: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero a morte violenta de mulheres. 2016. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf Acesso em: 4 fev. 2023.

SALVADOR, A. V. S. Reflexões dogmáticas sobre a teoria da tipicidade conglobante. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 36, 2010. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18443> Acesso em: 4 fev. 2023.

SANTOS, C. M.; MACHADO, I. V. Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 146, a. 26, p. 241-271, ago. 2018.

SEVERI, F.; LAURIS, E. E se os métodos feministas falassem: um debate epistemológico e metodológico sobre a pesquisa feminista no Brasil. In: BRAGA, A. G. M.; IGREJA, R. L.; CAPPI, R. (Orgs.). **Pesquisar empiricamente o direito II**: percursos metodológicos e horizontes de análise. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2022. p. 49-80. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2022/12/BRAGA-A.G.M.-IGREJA-R.-CAPPI-R.-Org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito-II.pdf> Acesso em: 4 fev. 2023.

SOUSA, K. B. A aplicação do sursis nos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher e a realidade prática do juizado do núcleo bandeirante. **Caderno Virtual** (Instituto Brasiliense de Direito Público), v. 2, p. 144, 2019.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (Brasil). Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2018. 300 p. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/283>. Acesso em: 22 abr. 2022.

O PROGRAMA “UEMS ACOLHE”: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MIGRANTES E REFUGIADOS EM MATO GROSSO DO SUL

“UEMS WELCOMES” PROGRAM: INSTRUMENT FOR WELCOME, INTEGRATION AND RECOGNITION OF THE RIGHTS OF MIGRANTS AND REFUGEES IN MATO GROSSO DO SUL IN PANDEMIC TIMES

Waldemir de Souza Junior*
Cesar Augusto Silva da Silva**
Joaquim Carlos Klein de Alencar***

* Possui Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS. Pós-graduado em Direito Administrativo Lato Sensu pela Universidade Cândido Mendes - UCAM, e, em Direitos Difusos e Coletivos Lato Sensu da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul - UEMS. Hodiernamente mestrando no Programa de Pós-graduação, em Stricto Sensu de Fronteiras e Direitos Humanos na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD e bolsista da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento de Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul - FUNDECT.

** Formado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1995), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998) e Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013). Possui a Certificação Acadêmica do Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San Jose da Costa Rica (2006), é vice-líder do grupo de pesquisa vinculado ao CNPQ “Ecofenomenologia, Ciência da Sustentabilidade e Direito”. Atualmente é Professor Adjunto da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS), e coordenador da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (Acordo Acadêmico com o ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) na mesma universidade, em Campo Grande.

*** Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (1998). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2014). Doutorando no Programa de Pós Graduação em História/PPGH na Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD (2020...). Professor de Ensino Superior efetivo na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2006) nas disciplinas História do Direito, Linguagem Forense e Direito Administrativo. Pesquisa na área de Sociedade, Estado, Direito, Educação, História, nos seguintes temas: Administração Pública, Instituições, Política, Justiça, Formação de Professores, Avaliação da Aprendizagem, Direito na História. Além da graduação, atua como professor no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos vinculado ao Curso de Direito de Dourados na disciplina Improbidade Administrativa. Atualmente (2020/2021) exerce a função de Coordenador do Curso de Direito da UEMS de Dourados.

Artigo recebido em 19/04/2022 e aceito em 02/03/2023.

Como citar: SOUZA JUNIOR, Waldemir de; SILVA, Cesar Augusto Silva da; ALENCAR, Joaquim Carlos Klein de. O programa “UEMS Acolhe”: instrumento de efetivação de direitos fundamentais de migrantes e refugiados em Mato Grosso do Sul. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 26, n. 44, p. 49, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Retrato do deslocamento migratório no Brasil e em Mato Grosso do Sul. 3 Principais grupos migratórios em Mato Grosso do Sul. 4 Educação como direito humano fundamental a migrantes e refugiados. 5 Reconhecimento da função social das universidades por meio de projetos de extensão. 6 Programa UEMS Acolhe: acolhimento, integração por meio do ensino linguístico. 6.1 Apoio no processo de integração local. 6.2 Acolhimento na Pandemia. 7 Conclusão.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo investigar a atuação das instituições de ensino, que por meio de projetos extensivos, simbolizam instrumentos de boas práticas para uma educação inclusiva e sociolinguística, alicerçado nos direitos humanos e fundamentais e, que acolhe e integra grupos migratórios como no Programa UEMS Acolhe da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul-UEMS. Para tanto, empregou-se uma investigação hipotético-dedutivo, com metodologias descritiva e exploratória, aplicadas através do método bibliográfico e documental, para comprovar e observar o direito do acesso à educação, acolhimento e integração de migrantes e refugiados no Estado de Mato Grosso do Sul. Por fim, concluiu-se que no atual contexto dos movimentos migratórios, pandêmico e de exclusão social, o papel das universidades dentro do estado tornam-se cada vez mais essenciais para reinserção dessas pessoas, face às comunidades acolhedoras por meio do ensino da língua portuguesa.

Palavras-chave: movimentos migratórios. Programa UEMS Acolhe. universidade. acolhimento. integração. direito humano.

ABSTRACT: *This paper has the aims to investigate the performance of educational institutions, which through extensive projects, symbolize good practices instruments for an inclusive and sociolinguistic education, based on human and fundamental rights and, which welcomes and integrates migratory groups as in the UEMS Welcomes Program of the State University of Mato Grosso do Sul-UEMS. For that, a hypothetical-deductive investigation was used, with descriptive and exploratory methodologies, applied through the bibliographic and documental method, to prove and observe the right of access to education, reception and integration of migrants and refugees in the State of Mato Grosso do Sul. Finally, it was concluded that in the current context of movements migratory, pandemic and social exclusion, the role of universities within the state becomes increasingly essential for the reintegration of these people, in the face of welcoming communities through the teaching of the Portuguese language.*

Keywords: *migratory movements. UEMS Welcomes Program. university. reception. integration. human right.*

INTRODUÇÃO

Carregando sonhos e histórias de vida, migrantes¹ e refugiados² migram e refugiam entre espaços internacionais a fim de se livrarem da pobreza, do desemprego, fugir de perseguições, de desastres naturais, das guerras e conflitos que ameaçam as suas vidas. A caminho não está meramente uma quantidade de seres humanos, mas sim sujeitos de direitos e deveres, capazes de despertar propostas humanitárias de recepção, acolhimento, e integração por parte dos governos locais e da sociedade civil.

No decorrer dos anos, a temática dos deslocamentos migratórios³, espontâneo e forçado, tornou-se de grande relevância nos debates de âmbito acadêmico e civil, em consequência do exponencial aumento de pessoas deslocadas de seu país de origem. Atualmente, observa-se a existência crescente e progressiva de migrantes e refugiados pelo mundo, seja pela cifra aproximada de 281 milhões⁴ migrantes em 2020, ou seja, 3,6% da população mundial, (IMDH, 2021), seja pela cifra estimada de 100 milhões de refugiados pelo mundo de diversas nacionalidades⁵ (OIM, 2020; ACNUR, 2022).

Mesmo não sendo um dos principais países no mundo que mais recebem refugiados e migrantes (ACNUR, 2022; OIM, 2019), o Brasil, neste novo século, se inseriu na rota desses deslocamentos, principalmente da nacionalidade venezuelana e haitiana. Seja no reconhecimento em bloco de nacionais venezuelanos como refugiados pelo procedimento facilitado

¹ Pessoa nacional, de outro país, ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporariamente ou, definitivamente, no Brasil dispõe o art. 1º da lei de migração nº 13.445/2017. Terminologia empregada pela OIM - Organização Internacional para as Migrações, para designar as pessoas provenientes da migração voluntária

² Todo o indivíduo que, por fundados temores de raça, religião, nacionalidade, grupo social, opinião política, e/ou por meio de grave e generalizada violação de direitos humanos, encontra-se fora do país de origem e não queira, ou não possa voltar por esses motivos, dispõe o art. 1º I, II, III, lei do Refúgio nº 9.474/1997 (BRASIL, 1997). Terminologia empregada pela Convenção de Genebra de 1951 (Estatuto dos Refugiados) para designar as pessoas provenientes da migração forçada e utilizada pelo ACNUR.

³ Lembra-se, que o uso dessa e de outras terminologias semântica não é pacificado pela doutrina.

⁴ Dado retratado pelo relatório “*International Migration 2020 Highlights*” (Destaques da Migração Internacional em 2020) da *United Nations Department of Economic and Social Affairs* (UN/DESA- Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas-DAES/ONU)

⁵ Dado retratado pelo Relatório de Deslocamento Forçado de Tendências Globais do ACNUR de 2022, que além disso retrata que as principais nacionalidades consideradas refugiadas são: ucranianos, sírios, venezuelanos e afegãos.

do CONARE (ACNUR, 2020), como também no movimento migratório de haitianos nas regiões fronteiriças do Brasil, aduz Vinícius Lemos (2018).

E claro, incluiu neste fenômeno todos os seus entes federativos, como o Mato Grosso do Sul, que atualmente concentra uma expressiva densidade populacional de migrantes e refugiados em seu território e, conseqüentemente, desafia a capacidade dos poderes locais e da sociedade civil em absorver estas pessoas através do acolhimento e integração.

Assim, a compreensão do assunto exige esforços abrangentes e uma análise multidisciplinar envolvendo diversas áreas, dada a complexidade e dimensão da crise humanitária. E o Brasil como Estado Democrático de Direito, miscigenado, pautado no fundamento da cidadania e na dignidade da pessoa humana, deve fomentar, e o próprio, garantir a efetivação de direitos básicos, e a integração social de migrantes e refugiados em diferentes áreas, como: saúde, trabalho e educação, sendo este último, principal foco do trabalho.

Neste complexo cenário sobre assunto que, além disso, impõe barreiras de distanciamento social causadas pela pandemia, o texto traz um recorte focado para apenas um dos problemas estruturais encontrados por grupos migratórios recém-chegados no estado, isto é, a falta da fluência do idioma português. Com esta problematização, objetiva-se investigar a atuação das instituições de ensino, que por meio de projetos extensivos, simbolizam instrumentos de boas práticas para uma educação inclusiva, alicerçado nos direitos humanos e fundamentais e, que acolhe e integra grupos minoritários, como o Programa UEMS Acolhe.

Apoiado na justificativa de Boaventura Souza Santos, de que é preciso incessantemente criar “[...] um vínculo político orgânico entre a universidade e a sociedade que ponha fim ao isolamento da universidade que nos últimos anos se tornou anátema, considerado manifestação de elitismo” (2004, p. 74), objetiva-se especificamente analisar o retrato e perfil desses grupos no Brasil e no estado sul-mato-grossense. Provocar também, reflexão a respeito da educação e função social das universidades como agentes da emancipação e do reconhecimento de direitos e, por fim explorar a experiência do Programa UEMS Acolhe que mediante uma abordagem sociolinguística, que ministra aulas de português para grupos migratórios dentro do estado, a fim de acolhê-los e integrá-los no estado.

Para este estudo, por fim utilizou-se uma pesquisa de natureza hipotético-dedutiva e qualitativa, uma vez que partindo de um problema não totalmente explicado de regras gerais, as quais são indiscutivelmente verdadeiras, exemplifica-se uma premissa particular. Nesta lógica, primeiro observa-se os atuais movimentos migratórios para, após perquirir a iniciativa da UEMS que resulta no ensino da língua portuguesa para pessoas inseridas

nesses movimentos. Assim, será descritivo e exploratório sob análise documental, de estatísticas populacionais, relatórios, informativos, e demais bibliografias físicas e digitais.

1 RETRATO DO DESLOCAMENTO MIGRATÓRIO NO BRASIL E EM MATO GROSSO DO SUL

No Brasil, o aumento populacional de migrantes e refugiados não é diferente do panorama internacional mencionado. Em relação a imigração, esta demonstra-se tímida em comparação com outros países desenvolvidos do Norte Global, asiáticos, em desenvolvimento da América Latina e/ou até mesmo face à emigração de brasileiros. Os números são considerados de acordo com a quantidade de registros migratórios no país, realizado pelo SISMIGRA (Sistema de Registro Nacional Migratório), por meio das várias modalidades de vistos e autorizações de residência aduzidos na lei da migração 13.445/2017. (CAVALCANTI; MACEDO; OLIVEIRA, 2021)

A média total desses registros em 2020 totalizou em 80 mil, ao contrário de 2019, quando aproximadamente 160 mil pessoas foram registradas, isto é, uma redução de 50% dos registros comparados com o ano anterior, sendo a Pandemia da COVID-19 responsável pela queda dos números. Outrossim, a proporção de registros de 2018 a 2020 relacionados à concessão de registros residenciais foram aqueles direcionados a receber a migração venezuelana e a acolhida humanitária. Esses amparos corresponderam a cerca de 57% das autorizações de residência no território brasileiro (CAVALCANTI; MACEDO; OLIVEIRA, 2021).

Quanto à densidade de refugiados, o país também mantém a tendência de aumento mundial. De acordo com dados divulgados pelo Observatório das Migrações Internacionais (Obmigra), da 7ª edição do relatório Refúgio em Números, entre 2011 a 2021, 297.712 migrantes solicitaram refúgio no Brasil, sendo que, ao final do ano de 2021, existiam aproximadamente 60 mil⁶ pessoas reconhecidas como refugiadas no Brasil. Somente no ano de 2021, 29.107 migrantes solicitaram refúgio no Brasil, um acréscimo de 208 solicitações se comparado ao ano de 2020, quando o país recebeu 28.899 solicitações; desse total, entre processos de solicitações de refúgio e pedidos extensivos, 3.086 pessoas foram reconhecidas como refugiados no país (CAVALCANTI et al., 2021; JUNGER et al., 2022).

⁶ A quantidade não é exata, em virtude do constante processo de atualização de dados, e também porque muitos reconhecidos reemigraram, alteraram seu status migratório, ou faleceram.

Desta análise temporal apontada pelo relatório, chama-se a atenção para a população venezuelana que representou o maior grupo de reconhecidos como refugiados pelo Comitê Nacional para Refugiado (CONARE) de quase aproximadamente 49 mil venezuelanos, sob a fundamentação de grave e generalizada violação de direitos humanos⁷, seguidos dos sírios e congolezes (CAVALCANTI et al., 2021; JUNGER et al., 2022). Aumento que é explicado porque desde dezembro/2019, o Governo Federal utiliza-se do processo de reconhecimento determinados em grupos, como é o caso por exemplo da abordagem *prima facie*⁸ empregada à comunidade venezuelana (ACNUR, 2022; BRASIL, 2019).

Acompanhando a tendência diversificada dos deslocamentos migratórios, tanto de origem como de status, segundo o SISMIGRA (2020), ao longo da década de 2011 e 2020 dos 1.446.029 migrantes internacionais de mais de 100 nacionalidades que passaram a residir no Brasil, cerca de 1,3% se dirigiram ao Mato Grosso do Sul. Não obstante, o número de migrantes solicitantes de residência em detrimento de outros estados da federação não seja alto, o estado concentra uma parcela significativa de antigos e novos grupos migratórios diversificados que chegam nos municípios em busca de emprego, a citar: haitiana, venezuelana, colombiana, paraguaia, boliviana, entre outros (CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2021; JESUS; MEDEIROS, 2021).

Segundo dados do relatório anual de 2019 do observatório OBMigra (Cavalcanti; MACEDO; OLIVEIRA, 2019) cerca de 1.300 trabalhadores migrantes foram admitidos no mercado de trabalho formal em Mato Grosso do Sul no primeiro semestre de 2019. Deixando o estado naquele ano no 9º lugar dos estados que mais empregaram migrantes internacionais no país, aponta o relatório. De acordo ainda com o relatório, o estado é um dos principais pontos de entrada e saída dos migrantes, assim como São

⁷ Conceito implementado pela Declaração de Cartagena, adotado pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 1 nov. 2021.

⁸ Metodologia de processamento simplificado utilizado pelo CONARE autorizada pela Resolução Normativa nº 29, de 14 de junho de 2019, combinada com o reconhecimento da situação de grave e generalizada violação de direitos humanos na Venezuela. O procedimento de decisão em bloco foi possível por meio do cruzamento de bases de dados atendendo aos seguintes critérios explicitados na Nota Técnica nº 03/2019/CONARE_Administrativo/CONARE/DEMIG/SENAJUS/MJ: existência de documentação venezuelana, a fim de comprovar a nacionalidade; maioria civil; solicitantes cujo último registro migratório fosse de entrada no país; e inexistência de óbices contra si. A Nota Técnica encontra-se disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seusdireitos/refugio/o-que-e-refugio/anexos/sei_mj8757617estudodepaisdeorigemvenezuela.pdf (BRASILc, 2019).

Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul. Cerca de 70 mil pessoas ingressaram no Brasil por Mato Grosso do Sul até julho do ano de 2019.

Além disso, conforme alude o relatório anual entre as décadas de 2011 a 2020 da OBMigra (CAVALCANTI; OLIVEIRA; SILVA, 2021), encontra-se no terceiro lugar do ranking dos estados federados brasileiros que mais receberam solicitantes na condição de refúgio, sendo que, grande parte desses pedidos eram da comunidade venezuelana. Demonstra-se dessa maneira, a dimensão da média de pessoas sob esta condição, no estado sul-mato-grossense, e a importância de políticas e iniciativas públicas voltadas a estes grupos que, exponencialmente, aumentaram na última década dos anos 2000. Portanto, dada a relevância social do tema para a comunidade estadual, é de suma importância analisar estes novos movimentos a partir de iniciativas de acolhimento e integração.

2 PRINCIPAIS GRUPOS MIGRATÓRIOS EM MATO GROSSO DO SUL

O Estado de Mato Grosso do Sul ostenta uma grande faixa de fronteira com outros países latino-americanos, como Paraguai e Bolívia. Essa faixa tem 150 quilômetros de largura e soma 143 mil quilômetros quadrados, ou 40% dos 357,1 mil quilômetros quadrados, que formam o território sul-mato-grossense (IBGE, 2021). Devido a sua localização geográfica, o estado sempre foi um corredor de passagem para imigrantes à centros econômicos como São Paulo, ou nos seus espaços fronteiriços das cidades situadas em faixa de fronteira como Corumbá e Ponta Porã o contexto migratório sempre foi pendular, como por exemplo na entrada e saída de bolivianos e paraguaios respectivamente (IPEA, 2015).

E claro, sempre foi considerado um destino final para as pessoas inseridas nos deslocamentos migratórios. Entretanto, em razão da mudança de perfil da composição dos grupos destes deslocamentos no contexto nacional e regional, atualmente o estado atrai, não só, mas principalmente migrantes e refugiados da nacionalidade haitiana e venezuelana, referidos anteriormente. Assim, como poderemos perceber na última seção deste trabalho, a necessidade da criação e atendimento do Programa UEMS Acolhe, se deu após a intensa chegada destas populações, por isso, insta perquirir alguns aspectos peculiares de ambos os casos.

Num primeiro momento, e praticamente ausentes no estado sul-mato-grossense até 2018, os venezuelanos hoje representam o maior número de migrantes e refugiados no estado (JUNGER et al., 2022). Este cenário recente, foi, e, ainda é consequência, do processo de interiorização de venezuelanos que chegam na fronteira da região norte do país, mais

especificamente no estado de Roraima, onde são acolhidos, abrigados e transferidos para outras regiões do país sob guarda da Operação Acolhida⁹ (BRASIL, 2022a).

Este último pilar da operação, a interiorização, que visa a integração de venezuelanos para outros estados brasileiros por meio de suas modalidades (Institucional, Reunificação Familiar, Reunião Social, e Vaga de Emprego Sinalizada-VES) foi responsável por trazer para as cidades sul-mato-grossenses no ano de 2019, os primeiros grupos de venezuelanos, o que engendrou uma rede de contatos e relações com os demais conterrâneos para região, seja com ajuda do Governo Federal ou não. A vinda dessas pessoas resumia-se, na busca dos mesmos empregos dos que já estavam instalados no estado, ou, para agrupamento familiar. (BRASIL, 2022a; SOUZA JUNIOR, 2022).

Com isso, os venezuelanos estão presentes em mais de uma dezena de municípios sul-mato-grossenses, com destaque para Campo Grande e principalmente Dourados, onde a oferta de postos de trabalho nos frigoríficos locais marcou o início da interiorização. Atualmente a estimativa é que cerca 5.000 mil venezuelanos estejam residindo dentro do estado, o que desafia sobremaneira a comunidade local para a proteção e garantia de direitos destas pessoas (BRASIL, 2022b; SOUZA JUNIOR, 2022).

No segundo momento, tem-se a migração haitiana que teve início em meados de 2010, sendo que os primeiros grupos foram recrutados no Acre por uma empresa têxtil localizada na cidade de Três Lagoas. “Entre os anos de 2013 e 2014, outras empresas utilizaram a mesma estratégia de contratação para suprir a demanda de mão de obra em atividades da construção civil, frigoríficos e indústrias de transformação.” (JESUS; MEDEIROS, 2021, p. 10). Anos depois, essa migração alcançou autonomia e aumentou possibilitado por novas chegadas, também mediante as redes de interações dos recém chegados e aqueles que ainda se encontravam no Haiti (JESUS; MEDEIROS, 2021).

Outro ponto temporal, que demonstra a intensa chegada de haitianos no estado foi em 2018, quando se registrou um elevado contingente de migrantes haitianos na fronteira Brasil-Bolívia, na cidade de Corumbá. Por fatores de alternância política vivida no Chile, e também documentais, migrantes e refugiados haitianos que lá estavam, se viram impelidos a

⁹ Força Tarefa Logística Humanitária, criada em meados de 2018 pela MP nº 820, e posteriormente transformada na lei 13.684/2018, tem natureza multidimensional com o apoio de entes federativos, ministérios, agências da ONU, organismos internacionais, organizações não governamentais, sociedade civil e entidades privadas. Esta rede de parceiros faz atualmente a gestão do complexo e intenso movimento de venezuelanos nas fronteiras norte do território nacional (BRASIL, 2022a).

migrarem por outras rotas alternativas como para o sudoeste brasileiro, isto é, pela região centro-oeste do país (LEMOS, 2018).

Deste modo, a região tornou-se rota constante de muitos haitianos, quase 1,8 mil que lá chegaram entre janeiro e julho de 2018 requereram regularização documental ou solicitaram refúgio (AIZAWA, 2020). “A estimativa atual é de que cheguem a Corumbá, diariamente, de 10 a 15 haitianos (...)”, sendo que “A cidade é considerada transitória para os imigrantes que vêm do Chile” (LEMOS, 2018).

A partir disso, os haitianos estão presentes em mais de uma dezena de municípios sul-mato-grossenses. Menciona ainda SANTOS (2020), que o ACNUR ainda registra que cerca de 4.500 haitianos residem em Mato Grosso do Sul atualmente, conforme informações da Procuradoria da República, sendo que a quantidade de migrantes desta nacionalidade, chega aproximadamente 1.500 migrantes só na capital. Relevante, portanto, a densidade populacional dos principais movimentos migratórios no estado, urge salientar a importância de uma educação inclusiva como direito humano e social a essas pessoas, como forma de propiciar o acolhimento e integração nas comunidades acolhedoras.

3 EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL A MIGRANTES E REFUGIADOS

Antes de mais nada, é necessário compreender a educação como um direito humano inerente a todo cidadão independentemente de sua nacionalidade, sexo, idade, raça, posição social. Concebe-la como um direito humano é objetivo integrante da proposta para efetivar a educação em direitos humanos, isto é, o conhecimento, mediante a educação, possibilita aos indivíduos alcançarem um novo patamar de reflexão, qual seja, o do respeito à dignidade humana, bem como da tolerância e da não-discriminação (ANDRADE, 2013).

A partir desta primeira constatação, o direito à educação intrínseco a natureza humana, teve início no contexto internacional a partir da década de 1940, pós Segunda Guerra Mundial, com a Organização das Nações Unidas (ONU) como a principal protetora dos Direitos Humanos e representante dos direitos e dos valores universais por meio da DUDH de 1948, que em seu art. 26º garante a todos o direito à educação (ONU, 1948).

Essa mesma percepção, é reproduzida em outras normas, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual o Brasil e demais Estados-partes reconhecem o direito à educação a toda e qualquer pessoa e ratificam que a prerrogativa deve visar o desenvolvimento humano e fortalecer direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1992). Dito

isto, valores como igualdade e fraternidade são essenciais para a aplicação dos ideários humanistas consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos-DUDH, “segundo a qual todos os seres humanos devem agir reciprocamente com espírito de fraternidade” (LEITE, 2014, p. 52-53).

Desta síntese do plano internacional, o papel da educação para os direitos humanos é de comprometimento com a capacitação do indivíduo para a mudança, por via de suas habilidades, potencialidades e consciência crítica. Em decorrência disto, possibilita a prerrogativa de atuar como condutor de seu conhecimento, fazendo desta educação seu instrumento de luta e superação das injustiças, opressões e exclusões. Em outras palavras “Uma educação, assim concebida, pode produzir sujeitos capazes de reconhecer seus direitos e respeitar os direitos e a cultura do outro.” (VIOLA, 2010, p. 35)

Sendo assim, uma formação neste sentido, orienta uma concepção de sujeitos de direitos e contribui para uma consciência cidadã. Por essa razão, esta educação emancipatória e de empoderamento é tão importante para grupos vulneráveis e minoritários como no caso deste estudo. “O “empoderamento” começa por liberar a possibilidade, o poder, a potência que cada pessoa tem para que ela possa ser sujeito de sua vida e ator social.” (CANDAUI, 2008, p. 81-82). Aliás, esta emancipação tem também uma dimensão coletiva, face a grupos sociais minoritários, discriminados, marginalizados.

Além disso, no plano nacional, a educação é um direito social fundamental que pressupõe uma intervenção ativa estatal para sua asseguarção. A Constituição Federal brasileira de 1988 incorporou a educação como direito social e fundamental do homem, baseando-se na dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito aludidos nos arts. 1º, III; 6º, 205º e ss. da CF, além de avançar sobre o tema em outros dispositivos infraconstitucionais¹⁰.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro ratifica que, ademais a educação seja um direito inerente à natureza humana, é um princípio garantidor da dignidade humana e elemento indispensável da cidadania no território brasileiro. Para que isso ocorra é necessário que sejam disponibilizadas condições mínimas para que cada indivíduo possa usufruir deste direito de forma digna, para que alcance a vivência plena de sua cidadania em sociedade. Dessa maneira, é necessária a atuação do Estado por meio da implementação

¹⁰ Importa saber que a recente Lei Brasileira de Migração destaca a educação como direito social em seus artigos. 3º e 4º, estabelece, entre outros: acesso igualitário e livre do migrante a educação; promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

de políticas públicas que ofereçam oportunidades, principalmente para grupos minoritários como de migrantes e refugiados (TORRES, 2013).

Essa noção de efetivação, que inclusive, foi ainda mais difundida com o advento do Estado Social, propõe Castilho (2013) que a missão do Estado agora, não é mais somente resguardar o cidadão de intervenções desproporcionais advindas dele e de particulares, mas também garantir aos seus nacionais um nível de bem-estar. “Chega-se, assim, a conclusão, já amplamente acolhida em sede de doutrinária, de que o cerne dos problemas envolvendo os direitos sociais não dizem respeito à sua normatividade, mas a sua efetividade.” (CASTILHO, 2013, p. 245-246)

Neste raciocínio, há um paradoxo refletido por Hannah Arendt (1989) encontrada em *Origens do Totalitarismo*, para a aplicação dos direitos humanos decorrente do fato que, embora sejam natos da condição humana, não são aplicados quando as pessoas estão destituídas de cidadania. Essa crítica parte da exclusão do indivíduo da sua comunidade política, não nega os direitos humanos, mas demonstra a necessidade da sua reconstrução, “Arendt não é contrária aos direitos humanos, o que ela faz é um diagnóstico de sua falta de efetividade na modernidade” (TORRES, 2013, p. 121). Assim, Arendt (1989) propõe que os sistemas normativos dos países tenham efetividade em repensar e reconhecer, de maneira geral, os deslocados primeiramente, como sujeitos de direito a ter direitos.

Na esteira do pensamento de Hannah Arendt (1989), de que o primeiro direito é o direito de ter direitos, a imposição constitucional à promoção do Estado Democrático de Direito faz ecoar princípios da igualdade material, solidariedade social, a consagração de direitos sociais, a construção de uma sociedade livre, justa, com a inclusão social dos grupos vulneráveis, por exemplo neste caso particular de migrantes e refugiados, a partir de uma educação inclusiva. Fica claro que os direitos humanos estão intimamente ligados à teoria geral da cidadania, e automaticamente, à preservação da dignidade da pessoa humana.

Desse modo preleciona Castilho:

Pelos mesmos motivos e pela conformação atual do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, a fundamentabilidade material dos direitos sociais é evidente. Com efeito, o valor da dignidade humana não impõe apenas a preservação da esfera jurídica de cada indivíduo, mas, antes, a manutenção, pelo Estado, de condições existenciais condizentes com uma vida boa. O art. 5º, §2, da CF evidencia essa fundamentabilidade material ao criar verdadeira abertura normativa-axiológica para a proteção de direitos sociais, independentemente do

instrumento - nacional ou internacional - em que sejam previstos. (2013, p. 247)

Imbuído nesta perspectiva cidadã, a educação é um processo fundamental para que o ser humano possa obter as condições mínimas de sobrevivência com dignidade em uma sociedade edificada na cultura de exclusão social. Representa tanto um mecanismo de desenvolvimento pessoal do indivíduo, como da própria sociedade em que ele se insere. Ademais, fortalece a democracia e se compromete com o ideal de justiça social para a população de um Estado sem distinção de classes, como salienta Aida Maria Monteiro Silva:

[...] desenvolver uma educação em direitos humanos imbricada no conceito de cultura democrática, fundamentada nos contextos nacional e internacional, nos valores da tolerância em relação às diferenças, na solidariedade, na justiça social, na sustentabilidade, na inclusão e na pluralidade é urgente, imprescindível e essencial. É a educação nessa direção que possibilita avançar no reconhecimento e na defesa intransigente dos direitos fundamentais para todo ser humano, na defesa e fortalecimento da democracia (2010, p. 43).

A efetivação desse ideal, depende de ações concretas, uma vez que o reconhecimento do ensino como um direito humano fundamental perpassa por ambientes escolares e civis da sociedade. Cabe às instituições de ensino o exercício de suas funções sociais em adotar novos métodos e posturas frente a tantos desafios atuais enfrentados pela humanidade, como neste caso, o acolhimento e integração de pessoas provenientes dos deslocamentos migratórios. Diante disso, passemos analisar um dos meios que as instituições de ensino possuem, para resguardar o direito investigado.

4 RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS UNIVERSIDADES POR MEIO DE PROJETOS DE EXTENSÃO

Sob outro prisma, as universidades, as quais destinam ao apoio científico e técnico, desenvolvimento cultural, social e econômico das sociedades, devem promover, e assegurar direitos humanos e garantias fundamentais dispostas no ordenamento pátrio à grupos sociais minoritários, uma vez que, a universidade do futuro “é aquela que tem responsabilidade social, isto é, exerce função social na sociedade, seja por meio do ensino, ou de projetos de pesquisa e extensão.” (PIMENTA et al., 2002, p. 163)

Ora, são aquelas que instrumentalizam projetos por meio de interações que impactam a comunidade local e ambientes universitários.

Na opinião de Marilena Chauí (1999), é necessário pensar nas Instituições de Ensino Superior (IES), sob uma outra perspectiva, cujo ponto central seria o reconhecimento da função social da educação, comprometida com o desenvolvimento social. Sendo assim, os compromissos sociais das IES não poderiam estar voltados para o propósito da exclusão dos cidadãos e para o fortalecimento das relações do mercado, da competitividade somente.

Pensando nas IES sob uma nova perspectiva, a autora afirma que algumas transformações seriam de extrema importância nesse processo. “[...] deveria ser considerada como um direito, e não um serviço; a utilização do fundo público deveria assegurar os direitos sociais; a universidade deveria ter compromisso com democratização do saber, dispondo de autonomia institucional, intelectual e financeira.” (CHAUÍ, 1999, p. 11-12)

De acordo com a Política Nacional de Extensão Universitária, (MEC, 2012) “a extensão universitária é um processo interdisciplinar, educativo, cultural, científico e político que promove a interação transformadora entre universidade e outros setores da sociedade”. E inclusive transformando profissionais em protagonistas de mudanças de comportamento na sociedade.

Neste sentido, a universidade deve ser um espaço público permanente e privilegiado de discussão aberta e crítica, tratando de forma indissociável o ensino, a pesquisa e a extensão, sem deixar de se preocupar com formação de profissionais engajados com a realidade social. Mais que isso, capazes de se constituírem como protagonistas de mudanças. (Jornal UFPel, 2015, p. 2)

O pró-reitor da Universidade de Pernambuco-UPE, Renato Medeiros, ressalta que a função da entidade de ensino superior privado ou público, enquanto agente de transformação social cidadã, não é fazer algo de caráter estatal. Mas pelo contrário, os projetos de extensão dentro das universidades, em âmbito nacional, têm o “[...]objetivo de desenvolvimento da instituição junto à sociedade para melhorar a qualidade de vida dela. A função dessas ações não é substituir o Estado, mas fazer parte desta melhoria ao lado dele.” (ASIS, 2016)

O que ratifica que a principal função das atividades e projetos é mostrar a realidade social e aplicar a prática do conteúdo programático aos discentes extensionistas, com supervisão dos docentes. Logo, as universidades têm como função, o dever de estar comprometida com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A atuação dos extensionistas é sempre adaptada para as realidades vigentes do local em que as IES estão fixadas, e no ano de 2020 essas atividades foram totalmente readaptadas com o início

da Pandemia e com as exigências de isolamento social que afetou o mundo todo. A situação atípica obrigou a reinvenção dos trabalhos, sendo que algumas mudanças foram incorporadas de modo permanente, o que antes era feito na comunidade, hoje é realizado através das telas de smartphones e computadores

A partir desta instrumentalização prática universitária, surgem iniciativas para a promoção e respeito das individualidades humanas, como também para o reconhecimento do outro frente às suas necessidades como no caso do acolhimento e integração de migrantes e refugiados em Mato Grosso do Sul. Nessa perspectiva, buscar-se-á analisar na seção posterior o projeto de extensão concebido pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul-UEMS, chamado Programa UEMS Acolhe, que mediante uma abordagem sociolinguística e inclusiva, ministra aulas da língua portuguesa para grupos migratórios dentro do estado.

5 PROGRAMA UEMS ACOLHE: ACOLHIMENTO E INTEGRAÇÃO POR MEIO DO ENSINO LINGUÍSTICO

Embasado no panorama sem precedentes dos movimentos migratórios em nível nacional e regional, na educação como direito humano fundamental de todos os seres humanos, bem como na importância da função social das universidades como agentes da transformação cívica e social por meio de ações de extensão. E sobretudo, porque vivemos em um mundo despedaçado, onde existe uma multiplicidade de culturas, religiões e línguas, nas quais o reconhecimento-reconciliação “[...]se apoia sobre a existência e portanto, sobre o direito de existir [...] da legitimidade da existência da outra cultura, da outra comunidade ou do outro povo.” aduzido por Yves-Chrales Zarka (2013, p. 212). Surgiu em meados de 2017 o Programa UEMS Acolhe da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul-UEMS.

Com o objetivo de garantir direitos, ensinar, acolher e integrar através da língua portuguesa, o projeto de extensão nasceu na universidade, no campus de Campo Grande em 2017, e já atendeu mais de 300 migrantes de 34 países. As aulas de português para estrangeiros foi fruto, primeiramente, de uma das ações do pós-doutorado do Prof. Dr. João Fábio Sanches em português para estrangeiros na Universidade de Brasília-UNB (UEMS, 2019).

Por isso as aulas seguem o padrão NEPPE (Núcleo de Ensino e Pesquisa em Português para Estrangeiros) de Brasília¹¹.

Uma das propostas do seu pós-doutorado era inaugurar na UEMS, uma nova área de investigação, e, lecionar a língua portuguesa a imigrantes e refugiados residentes no estado. A partir disso, foram identificados em Campo Grande, inúmeros grupos de pessoas nessas condições, e que poderiam ser beneficiados pelas aulas de português no módulo de acolhimento linguístico. Então, com intuito de atender a grande demanda dessa população crescente no estado, desde 2017 o projeto segue na perspectiva inclusiva do ensino da língua portuguesa (UEMS, 2019).

Basicamente o programa oferece um curso sociolinguístico, o qual é programado da seguinte forma:

O programa hoje oferece três módulos de ensino, nos dois primeiros é a fase do ‘Módulo de Acolhimento’, na qual durante seis meses as aulas têm um papel de atendimento emergencial e afetivo do ensino da língua. No terceiro módulo, o objetivo é um atendimento com aspectos mais pontuais da língua portuguesa. A conclusão das três etapas leva 9 meses e os alunos saem das aulas dominando o português. Agora o programa passou por uma readaptação, o projeto foi reescrito e os alunos que concluem todas as etapas do Curso “Português para Estrangeiros” recebem um certificado. O certificado fornecido pela UEMS, de proficiência da língua portuguesa, pode ser usado pelos migrantes para que eles façam o ‘Pedido de Cidadania’ na Polícia Federal, esse é um dos documentos exigidos para o processo de naturalização no Brasil (UEMS, 2019).

Enfatizado pela relevância do tema migratório e dos deslocamentos forçados em ascendente crescimento no mundo, e conseqüentemente no estado sul-mato-grossense, o Programa UEMS Acolhe ajuda a fomentar novas discussões no âmbito institucional, para Políticas Públicas em Mato Grosso do Sul, visando a implantação de “[...]ações efetivas de acolhimento

¹¹ O NEPPE é um Núcleo de Ensino e Pesquisa em Português para Estrangeiros, desse modo, seus objetivos são: coordenar, supervisionar e promover o ensino por meio de oferta de cursos de Português para Estrangeiros; fortalecer e incentivar a pesquisa científica na produção de conhecimentos na área de Português para Estrangeiros; elaborar material didático específico; constituir-se parceiro do estágio curricular, extracurricular e de outras atividades práticas que devem ou podem ser cumpridas por estudantes da Universidade de Brasília ou por grupos de professores em serviço. Para mais informações acesse: <http://www.neppe.unb.br/br/instituicao/sobre-neppe>

linguístico, humanitário e educacional a comunidade migrante e refugiada[...]" (SANTOS, 2020, p. 98)

No esforço de suprir lacunas estatais, cabe destacar os ensinamentos de Paula Coury e Julia Roverly:

Aprender português é um elemento essencial para facilitar a integração local de migrantes e refugiados no Brasil. Diante da falta de políticas públicas sistemáticas nesta área, voluntários, organizações da sociedade civil e universidades se unem para superar as limitações orçamentárias, de pessoal e de logística. Neste contexto, os projetos de extensão de diversas IES tem dado valiosa contribuição, viabilizando, de imediato, a oferta de aulas e outras atividades correlatas. (COURY; ROVERY, 2017, p. 115)

Salienta-se, porém, que o aprendizado da língua portuguesa no programa tem característica sociolinguística. Isto é, um estudo que visa verificar e entender a relação estabelecida entre a língua e determinado grupo social, neste caso à população migratória, por meio do desenvolvimento de competências linguísticas, sociais e interculturais. Fenômenos surgidos dessa relação, colaboram que alunos em situação de imersão linguística e cultural, tenham um planejamento linguístico no ensino do português como língua de acolhimento, expõe Leandro Vieira (2009). Assim, argumenta o autor:

Podemos afirmar que a Sociolinguística, mesmo reconhecendo uma dimensão individual de uso da língua, ou seja, as possibilidades de o falante se expressar, assevera que a variação e a mudança devem revelar-se em sua sistematicidade no contexto social em que a língua é usada, avaliando-se sua estrutura e evolução em interação social, porque deve ter presente a gramática da comunidade e não o sistema específico dos indivíduos, ou melhor, os estudos sociolinguísticos têm como objeto de análise um determinado grupo social, em uma determinada comunidade linguística ou comunidade de fala.(VIEIRA, 2009, p. 42)

No raciocínio de que a sociolinguística tem indicado, cada vez mais, a vinculação dos componentes sociais e culturais, como condicionadores no estudo da língua. O foco principal da iniciativa da UEMS, não é aprender apenas regras ortográficas gramaticais da língua portuguesa, é mais do que isso, proporciona à migrantes e refugiados a comunicação com a população sul-mato-grossense, rompendo dessa maneira, a falta de fluência no idioma. O objetivo é oferecer atividades em língua portuguesa, na sua vertente

formal e informal, uma vez que o programa busca favorecer a aquisição de conhecimentos sobre práticas sociais brasileiras cotidianas a partir da introdução de um repertório gramatical e temático de língua-cultura do português brasileiro (UEMS, 2020b).

5.1 Apoio no Processo de Integração Local

Conforme o ACNUR (2019), a integração local é um processo complexo e gradual, com dimensões legais e econômicas, sociais e culturais que institui demandas consideráveis ao indivíduo e a sociedade que o acolhe. Nesse norte, a reflexão sobre integração pressupõe explorar questões como identidade, pertencimento, reconhecimento e respeito. Assim, vários autores defendem a utilização do conceito de integração de forma genérica, considerando que o processo é permeado por diversas esferas, com velocidades, trajetórias e resultados variáveis. “Ou seja, a própria amplitude do processo de integração faz com que sua definição seja imprecisa.” (SILVA, 2019, p. 181)

Considerando a natureza multidimensional da questão, envolvendo aspectos, políticos, sociais, documentais, trabalhistas e entre outros, a integração dos recém-chegados a uma sociedade ocorre em todos os níveis e em todos os segmentos da sociedade. E que necessita o envolvimento de uma ampla gama de atores sociais, como, funcionários públicos, tomadores de decisão, empregadores, universidades, entre outros, migrantes e os refugiados desempenham um importante papel no processo de integração. (CASTLES, 2002)

Pode-se dizer, que a integração é um processo dúplice, pois exige, ao mesmo tempo, a adaptação do recém-chegado e da sociedade acolhedora. Sendo que, o sucesso da inserção ocorre quando a sociedade de acolhida oferece acesso a empregos e serviços e aceita o imigrante ou refugiado na condição que se encontra. “Sobretudo em uma sociedade democrática, a integração pressupõe a aquisição e o gozo de direitos legais e políticos pelos novos integrantes da sociedade, a fim de que se tornem parceiros em paridade de igualdade.” (CASTLES, 2002, p. 117)

Enfatiza que isso se deve, a justificativa do Programa procurar firmar parcerias com outras entidades públicas ou da sociedade civil do estado, a fim de apoiar e assegurar uma integração mais efetiva para a população migratória em outras esferas da sociedade, uma vez que se trata de um processo multidimensional. Por isso, tem como parceiros institucionais estaduais a Fundação Social do Trabalho (Funsat) e a Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho (Sedhast). Além da

parceria já em andamento com a Igreja Batista Bíblica, onde existe uma turma com 19 migrantes. (UEMS, 2019)

A SEDHAST faz o encaminhamento da relação de migrantes e/ou refugiados atendidos, para que eles possam ser encaminhados aos cursos de português e demais atendimentos. Já a parceria com a FUNSAT tem por objetivo trazer oportunidade de qualificação profissional e empregabilidade, a partir de oficinas realizadas junto aos alunos migrantes e do cadastro deles no banco de oportunidades de emprego. (UEMS, 2020a)

Enfim, a integração, se possível, deve alcançar todas as dimensões da sociedade acolhedora:

Tendo em conta todas estas dimensões, a integração tem como objetivo dar aos migrantes a oportunidade de fazer parte da vida política, social, econômica e cultural do novo país, de modo que, ao fim deste processo, eles possam viver sob as mesmas condições legais, sociais e financeiras que os nacionais daquele país. A aprendizagem do idioma local e, portanto, essencial para a participação, tratando-se de condição necessária, porém não suficiente para se alcançar a participação cidadã plena de refugiados e migrantes na sociedade receptora. (COURY; ROVERY, 2017, p. 106)

É claro que a cidadania ativa, não depende somente das ações de extensão das Universidades, como o Programa UEMS Acolhe, depende muito mais da atuação do Poder Público, ambas iniciativas devem ser integradas em virtude do aspecto multidimensional. Uma das faltas integrativas é defendida por Juliana Aizawa:

O idioma não é um obstáculo tão somente do migrante, mas institucional. O fato de a população brasileira ser monolíngue é a barreira primária institucional para o atendimento e a proteção do migrante, que carece estruturalmente do ponto básico de qualquer atendimento, a comunicação. (2020, p. 97)

Nesse assunto específico, este texto não se aprofundará, devido à exigência de complexidade do mesmo, deixando que futuras pesquisas tratem desse ponto em particular. Contudo, não se deixa olvidar o objetivo principal de programas, como da UEMS, em edificar a cidadania plena e consciente de migrantes e refugiados, mesmo com desafios externos.

Ora, “A habilidade linguística aqui é fundamental por possibilitar o acesso a direitos fundamentais e o conhecimento dos deveres de todo cidadão, bem como a interação em diferentes setores da vida social.” (Corry; Rovey, 2017, p. 108) Diante disso, a noção de ensino sociolinguístico no

modo acolhimento, não só aumenta as chances da integração comunicativa mediante a socialização entre pessoas, como também demonstra sua efetividade em outras esferas de integração, como a laboral e cultural, ou no melhor acesso aos direitos, entretanto, a superação por si só do idioma não garante uma integral integração nas outras áreas, mas melhor contribui para sua conquista.

5.2 Acolhimento na pandemia

Com a chegada da pandemia houve a quebra de perspectivas tanto da ampliação do Programa para outras unidades universitárias da faculdade, bem como a criação ou manutenção de parcerias com outros setores da sociedade. Todavia, a situação atípica de crise sanitária mundial, não prejudicou a continuação do Programa que já acontecia em Campo Grande, Dourados, entre outros campus universitários. Agora se dá em cursos on-line à distância aos alunos matriculados.

Aduz a UEMS que, “No ano de 2020, com a suspensão das atividades presenciais, devido a pandemia do coronavírus (COVID-19), o programa UEMS Acolhe optou por continuar com atividades on-line voltadas ao acolhimento linguístico a partir de práticas de língua portuguesa.” (UEMS, 2020a) Nessas peculiaridades, “[...] iniciou no dia 08 de setembro o curso de extensão “Práticas em Língua Portuguesa para Migrantes Internacionais”, com atividades de compreensão e produção oral e escrita totalmente on-line. Com mais de 180 alunos inscritos residentes em diversos estados do Brasil e também em outros países[...].” (UEMS, 2020c)

O curso de extensão “Práticas em Língua Portuguesa para Migrantes Internacionais” adota aplicações comumente acessíveis aos seus alunos, como o aplicativo WhatsApp, o envio de materiais por e-mail e encontros semanais por videoconferência, com o objetivo de promover uma maior interação entre seus participantes. (UEMS, 2020c)

Por fim, outrossim, outras duas propostas foram adotadas pelo programa na pandemia em 2020 e 2021, e, todas com características sociolinguísticas aos alunos. Uma delas foi a oferta do curso “Aspectos da Cultura Brasileira” (UEMS, 2020d) com intuito de promover e sensibilizar os alunos migrantes para habilidades comunicativas, e comportamentais da cultura brasileira, e que facilitam a inserção laboral e cultural de migrantes e refugiados no estado. E a outra chamada: “Leitura e Produção de Textos em Situação de Imersão” (UEMS, 2021) iniciado em março de 2021, que tem como objetivo oferecer a possibilidade de migrantes e refugiados, maior

participação e recepção em contextos comunicativos a partir da leitura e produção textual.

CONCLUSÃO

Em atenção às concepções apresentadas ao longo do texto, verificou-se que a humanidade hoje passa, por uma das maiores crises humanitárias de sua história, o deslocamento de pessoas. O aumento exponencial e sem precedentes do movimento migratório espontâneo e forçado, demonstrado com auxílio de relatórios de organismos internacionais e de órgãos nacionais, revelou um grande aumento da densidade populacional inseridas nestes movimentos.

E não diferente, causa impacto no Brasil e localmente em Mato Grosso do Sul, como por exemplo, na acolhida de venezuelanos sob os auspícios ou não da Operação Acolhida, ou ainda no recebimento de migrantes e refugiados de outras nacionalidades, como a haitiana, que dia a dia, chegam nas fronteiras sul-mato-grossenses em busca de uma nova oportunidade de vida.

Nessa ideia, verificou-se quão importante é a atuação cívica da sociedade civil, como das universidades para garantir a educação como um direito humano e fundamental às populações minoritárias e vulneráveis, como as provenientes dos movimentos migratórios. Efetivar uma educação comprometida com a inclusão torna-se imprescindível para resguardar a dignidade das pessoas, que automaticamente se veem usurpadas da cidadania e do reconhecimento dos seus direitos.

Além disso, constatou-se, que na ineficiência do suporte estatal, as IES, sejam públicas ou privadas, surgem para garantir a efetividade do acesso à educação para migrantes e refugiados. Assim, depreende-se do texto, a importância do reconhecimento da função social das IES no meio social as quais estão inseridas. Este papel, aliás, se evidencia, através da extensão universitária, alicerçada em projetos sociais para as comunidades locais como o Programa UEMS Acolhe, o qual acolhe e integra grupos migratórios pelo aprendizado sociolinguístico da língua portuguesa.

Neste sentido, percebeu-se que iniciativas da sociedade civil, como da UEMS, ajudam grupos vulneráveis a romper barreiras na órbita individual e coletiva, e assim efetivar a integração nas cidades do Mato Grosso do Sul. E não é só, o domínio linguístico apoia também, a interação e integração dessas pessoas em outras áreas da sociedade, como a laboral e cultural. E por mais que surjam desafios, como a chegada da pandemia da COVID-19 em 2020, o programa não deixou de atender e a realizar aulas, ainda que

de forma remota, a população migratória com auxílio da transmissão de cursos on-line.

No contexto deste estudo, reconheceu-se que o projeto de extensão vai muito além do aspecto pedagógico em ensinar a língua mãe pátria, posto que suscita um engajamento e mudança de comportamento do corpo docente, discente, de outras instituições de ensino, e da própria sociedade sul-matogrossense, em zelar pela inserção social do migrante na comunidade que o acolhe e acessar direitos sociais (educação, saúde e serviços assistenciais). Acredita-se que frente às mais diversas dificuldades, o ensino sociolinguístico do português, é sim uma forte ferramenta e, até mesmo, o primeiro passo para acolher e integrar grupos migratórios como sujeitos de direito.

Enfim, por toda exposição trazida até aqui, demonstrou-se que o Programa UEMS acolhe pode ser considerado um instrumento garantidor da educação no aspecto humano fundamental, e ao mesmo tempo, ser uma iniciativa de acolhimento e integração de migrantes e refugiados residentes em Mato Grosso do Sul, por meio do ensino da língua portuguesa. Cooperações desta natureza, entre instituições de ensino e sociedade civil, tem grande potencial de implementação e replicação, por meio de Políticas Públicas em âmbito nacional, e podem contribuir substancialmente para a integração local em outras regiões do território nacional.

REFERÊNCIAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Integração Local**. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/solucoes-duradouras/integracao-local/>. Acesso em: 18 jan. 2022.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Brasil torna-se o país com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina**. jan. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/01/31/brasil-torna-se-o-pais-com-maior-numero-de-refugiados-venezuelanos-reconhecidos-na-america-latina/>. Acesso em: 2 fev. 2022.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. **Relatório de Deslocamento Forçado de Tendências Globais em 2021**. 16 jun. 2022. Disponível em: https://www.unhcr.org/unhcr-global-trends-2021-mediapage.html#_ga=2.203812761.804938185.1655773990-1433169666.1648599046 Acesso em: 13 fev. 2023.

AIZAWA, J. T. R. **Migrações Contemporâneas: A integração social dos(as) haitianos(as) no estado de Mato Grosso do Sul sob a ótica da Nova Lei da Migração e seu viés humanitário**. 2020. 174f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) - Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Dourados, 2020.

ANDRADE, M. É a educação um direito humano? Em busca de razões suficientes para se justificar o direito de formar-se como humano. **Educação**, [S. l.], v. 36, n. 1, 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/12294>. Acesso: 15 fev. 2023.

ASIS, C. **Projetos de extensão: graduação aliada ao benefício social**. Leia Já Nacional, 10.06.2016. Disponível em: <https://www.leiaja.com/carreiras/2016/06/10/projetos-de-extensao-graduacao-aliada-ao-beneficio-social/> Acesso em: 17 jan. 2021.

ARENDT, H. **Origens do Totalitarismo - Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso: 12 fev. 2023.

BRASIL. Lei do Refúgio nº 9.474 de 22 de Julho de 1997. Implementa o Estatuto dos Refugiados. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei da Migração nº 13.445 de 24 de Maio de 2017. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 Maio. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Nota Técnica n.º3/2019/CONARE_Administravo/CONARE/DEMIG/SENAJUS/MJ. Publicado em 13 Jun/2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. Operação Acolhida. 2022a. **Informativo da Operação Acolhida**, Ministério da Casa Civil Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/acolhida/sobre-a-operacao-acolhida-2> Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL. Informe de Interiorização -Abril 2018 a Abril 2022. Publicado em Maio/2022b. **Informativo**, Ministério da Casa Civil. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/ptbr/acolhida/transparencia/informativos/informe-de-interiorizacao-abril-2022.pdf/view> Acesso em: 11 fev. 2023.

CHAUÍ, M. A Universidade em ruínas. *In*: TRINDADE, Hélgio (org.). **Universidade em Ruínas na república dos professores**. Petrópolis-RJ: ed. Vozes, 1999. p. 9-20.

CASTILHO, R. Perspectiva das Dimensões dos Direitos Humanos. *In*: FERRAZ, A. C. C. (Org.). **Desafios Doutrinários e Éticos dos Direitos Humanos Fundamentais**. Direitos Humanos: doutrina, prática e jurisprudência. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 208.

CASTLES, Stephen et al. *Integration: mapping the field*. **London: Home Office Immigration Research and Statistics Service**, 2002. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110218135832/http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/rdsolr2803.doc>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CAVALCANTI, L.; MACEDO, M.; OLIVEIRA, T. R. **Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2019**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2019. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/relatorio-anual/RELAT%C3%93RIO%20ANUAL%20OBMigra%202019.pdf#page=73> Acesso em: 12 de jan. 2021;

CAVALCANTI, L.; MACEDO, M.; OLIVEIRA, T. R. **Dados Consolidados da Imigração no Brasil 2020**. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Departamento de Migrações, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/> Acesso em: 12 fev. 2023.

CAVALCANTI, L.; OLIVEIRA, T. R.; SILVA, B. G. **Relatório Anual 2021 - 2011-2020: Uma década de desafios para a imigração e o refúgio no Brasil**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a> Acesso em: 25 fev. 2022.

CAVALCANTI, L. *et al.* **Refúgio em Números (6ª Edição)**. Observatório das Migrações Internacionais. Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/refugio-em-numeros> Acesso em: 04 Nov. 2021.

COURY, P. ; ROVERY, J. O idioma como facilitador do processo de integração de refugiados e imigrantes: a experiência do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH). *In: Instituto Migrações e Direitos Humanos (org.). **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania***, Brasília, DF, v.12, n.12, p. 101-116, 2017.

DAES/ONU. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. **Relatório de Destaques da Migração Internacional 2020**. Population Division (2020) (ST/ESA/SER.A/452), 15 jan. 2021. Disponível: <https://www.un.org/development/desa/pd/news/international-migration-2020> Acesso em: 1 maio 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Mato Grosso do Sul. 2021**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ms/panorama>. Acesso em: 15 maio 2022.

IMDH. Instituto Migrações e Direitos Humanos. **Migrantes no mundo chegam aos 281 milhões em ano de pandemia**. 18 de jan. 2021. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/migracoes/migrantes-no-mundo-chegam-aos-281-milhoes-em-anode-pandemia/>. Acesso em: 12 fev. 2022.

IPEA. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil**. Brasília: IPEA, 2015. [Série Pensando o Direito, v. 57].

JESUS, A. D.; MEDEIROS, R. B. Distribuição espacial dos migrantes internacionais no Mato Grosso do Sul (2011-2020). *In: **XIV Encontro Nacional de Pós-graduação e pesquisas em Geografia***. 10-15 out. 2021. Disponível em: https://editorarealize.com.br/editora/anais/enanpege/2021/TRABALHO_COMPLETO_EV154_MD1_SA156_ID149714112021172936.pdf. Acesso: 12 fev. 2023.

JORNAL UFPel. **A Função Social da Universidade**. Coordenação de Comunicação Social da UFPel, a. 7, n. 45, p. 2, maio 2015. Disponível em: <https://ccs2.ufpel.edu.br/wp/wp-content/uploads/2015/06/Jornal-UFPel-45-MAI-2015.pdf>. Acesso em: 17 jan. de 2021.

JUNGER, Gustavo et al. **Refúgio em Números (7ª Edição). Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais**; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a> Acesso em: 14 fev. 2023.

LEITE, C. H. B. **Manual de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMONS, V. BBC News Brasil. **Cidade no Mato Grosso do Sul vira nova porta de entrada para haitianos**. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45278905> Acesso em: 10 jan. 2021.

MEC. **Discussão sobre os caminhos da extensão encerra seminário**. 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/extensao-universitaria#:~:text=A%20proposta%20do%20Proext%20%C3%A9,30%20mil%20para%20os%20projetos>. Acesso em: jan. 2021.

OIM. Organização Internacional para as Migrações. **Migrantes internacionais somam 272 milhões, 3,5% da população global, aponta relatório da OIM**. nov. 2019. Disponível em: <https://brazil.iom.int/news/migrantes-internacionais-somam-272-milh%C3%B5es-35-da-popula%C3%A7%C3%A3o-global-aponta-relat%C3%B3rio-da-oim>. Acesso em: 13 jan. 2021.

OIM. Organização Internacional das Migrações. **World migration report 2020**. Disponível em: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/wmr_2020.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

ONU-Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 11 fev. 2023.

PIMENTA, S. G.; ANASTASIOU, L. G. C. **Docência no ensino superior**. São Paulo: Cortez, 2002. v.1.

SANTOS, K. M. C. **Políticas Públicas para imigrantes: O protagonismo da sociedade civil em Campo Grande/MS, Corumbá/MS e Dourados/MS**. 2020. 120f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) - Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Dourados, 2020.

SILVA, J. L. Z. **A Imigração Venezuelana para o Brasil: do ingresso em Pacaraima - RR ao início da interiorização em Dourados - MS**. 2020. 245f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) - Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Dourados, 2019.

SILVA, A. M. M. Direitos Humanos na Educação Básica: qual o significado? *In*: SILVA, A. M. M.; TAVARES, C. (Orgs.). **Políticas e Fundamentos da Educação para direitos humanos**. São Paulo, Cortez, 2010. p. 41-63.

SISMIGRA. Sistema de Registro Nacional Migratório. **Microdados 2011-2020**. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/microdados/1733obmigra/dados/microdados/401205-sismigra>. Acesso em: 13 fev. 2023.

SOUZA JUNIOR, W. **Diáspora de venezuelanos para Dourados-MS: Análise da Integração Laboral Local**. 2022. 150f. Dissertação (Mestrado Interdisciplinar) - Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos - Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Dourados, 2022.

SOUSA SANTOS, B. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade**. São Paulo: Cortez, 2004.

TORRES, A. P. R. Direito e política em Hannah Arendt. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

UEMS. **Acolhimento pela Língua**. Por Liziane Zarpelon e Eduarda Rosa, Julho/2019. Disponível em: [Acolhimento pela língua \(uems.br\)](http://accolhimento.pela.lingua.uems.br). Acesso em: 18 de nov. 2021.

UEMS. UEMS Acolhe dá suporte a quem fez do Brasil seu novo lar. **UEMS**, jun. 2020a. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/uems-acolhe-da-suporte-a-quem-fez-do-brasil-seu-novo-lar-110439> Acesso em: 19 nov. de 2021.

UEMS. **Programa UEMS Acolhe oferece novo curso on-line para migrantes internacionais**. Por: Liziane Zarpelon, Agosto/2020b. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/programa-uems-acolhe-oferece-novo-curso-on-line-para-migrantes-internacionais-152950> Acesso em: 04 nov. de 2021.

UEMS. **Programa UEMS ACOLHE inova com curso online a migrantes internacionais**. Por Imprensa UEMS, Setembro/2020c. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/programa-uems-acolhe-inova-com-curso-online-a-migrantes-internacionais-144148> Acesso em: 20 nov. 2021.

UEMS. **UEMS ACOLHE abre inscrições para curso sobre Cultura Brasileira destinado a migrantes internacionais**. Por Liziane Zarpelon, Novembro/2020d. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/uems-acolhe-abre-inscricoes-para-curso-sobre-cultura-brasileira-destinado-a-migrantes-internacionais-122349> Acesso em: 20 nov. 2021.

UEMS. **UEMS Acolhe abre inscrições de curso on-line para imigrantes e refugiados. Por Eduarda Rosa, Fevereiro/2021**. Disponível em: <http://www.uems.br/noticias/detalhes/uems-acolhe-abre-inscricoes-de-curso-on-line-para-imigrantes-e-refugiados-110441> Acesso em: 23 nov.2021.

VIEIRA, L. R. **O ensino da Língua Portuguesa como língua de acolhimento a imigrantes: por uma contribuição sociolinguística**. 154 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de Caxias do Sul. Programa de Pós-graduação em Letras e Cultura. Caxias do Sul - RS, 2019.

VIOLA, S. E. A. Políticas de Educação em Direitos Humanos. *In*: SILVA, A. M. M.; TAVARES, C. (Orgs.). **Políticas e Fundamentos da Educação em Direitos Humanos**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 30-40.

ZARKA, Y. Reconhecimento sem Reconciliação, Tolerância e Convivência Intercultural: fragmentos da obra *Difficile Tolérance*. *In*: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.) **Desafios Doutrinários e Éticos dos Direitos Humanos Fundamentais. Direitos Humanos: doutrina, prática e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 208.

**LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

DUAS TRADIÇÕES JURÍDICAS, UMA SÓ CIÊNCIA: AS TEORIAS POSITIVISTAS COMO ELO ENTRE O COMMON LAW E O CIVIL LAW

TWO NORMATIVE TRADITIONS, ONE SCIENCE: POSITIVIST THEORIES AS A LINK BETWEEN COMMON LAW AND CIVIL LAW

William Soares Pugliese*

Darlan Agomar Minosso**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O *civil law* e a gênese do positivismo. 2.1 A evolução do Estado Moderno. 2.2 A Exegese. 3 A contrapartida alemã e o positivismo científico. 3.1 Escola História. 3.2 A jurisprudência de conceitos (dogmática). 3.3 A jurisprudência do direito livre, o antiformalismo francês e o socialismo jurídico. 4 O *common law* e o positivismo inglês. 4.1 Entre Bentham e Austin. 5 Conclusão.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é demonstrar que, embora as tradições do *civil law* e do *common law* possuam origens distintas, encontraram no juspositivismo o desenvolvimento científico cujos debates dialógicos entre os filósofos e jusfilósofos resultaram em benefícios mútuos, com reflexos até os dias atuais. Para fim do presente ensaio, o corte metodológico levou em conta apenas a dicotomia entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Para tanto, o primeiro item apresenta a família romano-germânica. No segundo, examina-se a Hermenêutica prussiana, com pretensão de cientificidade após a queda do Sacro-império Romano-Germânico, com o desenvolvimento de várias escolas de jurisprudência com viés academicista em contrapartida ao formalismo da exegética francesa. No terceiro item, busca-se as origens do *common law* que se desenvolveu na Inglaterra, em princípio avesso a norma escrita, descoberto e declarado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês, evoluindo para utilização dos precedentes como critério na decisão de casos em um caráter construtivista do ordenamento. Em conclusão, o que se pretende demonstrar é que o *common law* e o *civil law* debatem e desenvolvem o mesmo direito a partir das suas respectivas visões sobre o positivismo.

Palavras-chave: positivismo. tradições normativas. *civil law*. *common law*. pretensão de cientificidade.

* Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Vice-Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha 2 de Pesquisa: Jurisdição e Democracia) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR (2020/2021). Advogado.

Artigo recebido em 12/01/2022 e aceito em 27/03/2023.

Como citar: PUGLIESE, William Soares; MINOSSO, Darlan Agomar. Duas tradições jurídicas, uma só ciência: as teorias positivistas como elo entre o common law e o civil law. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 81, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: The objective of the present work is to demonstrate that, although the civil law and common law traditions have different origins, they found in juspositivism the scientific development whose dialogical debates between philosophers and jusphilosophers resulted in mutual benefits, with repercussions to the present day. For the purpose of this essay, the methodological approach took into account only the dichotomy between the two major branches of Western law. Therefore, the first item presents the Roman-Germanic family. In the second, Prussian Hermeneutics is examined, with the pretension of scientificity after the fall of the Holy Roman Empire, with the development of several schools of jurisprudence with an academicist bias in contrast to the formalism of French exegetics. In the third item, the origins of the common law that developed in England are sought, in principle contrary to the written norm, discovered and declared from the immemorial customs of the Englishman, evolving to the use of precedents as a criterion in the decision of cases in a constructivist character of the order. In conclusion, what we intend to demonstrate is that common law and civil law debate and develop the same law from their respective views on positivism.

Keywords: positivism. normative traditions. civil law. common law. scientific claim.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que embora as tradições do *civil law* e do *common law* possuam origens distintas, encontraram no juspositivismo o desenvolvimento científico cujos debates dialógicos entre os filósofos e jusfilósofos de ambos os lados, resultaram em benefícios mútuos com reflexos até os dias atuais.

Para fim do presente ensaio, não se olvidando de outras “famílias de direito” (DAVID, 2002) ou ramificações de ordenamentos jurídicos existentes no mundo - como, por exemplo, a tradição soviética, muito bem descrita por Uzelac (2019) -, o corte metodológico levou em conta apenas a dicotomia entre os dois grandes ramos do direito ocidental, quais sejam o *civil law*, ou família romano-germânica utilizado na maioria dos países da Europa-continental e a tradição do *common law*, direito costumeiro ou consuetudinário, de origem anglo-saxônica, adotadas desde a Inglaterra até Estados Unidos da América, Nova Zelândia, Canadá, entre outros.

A primeira escola positivista foi a Exegética francesa que sob forte influência das ideias iluministas atribuía na codificação das normas a segurança das decisões jurídicas. Neste contexto, tal qual dogmas da igreja católica, não cabia interpretação das normas sendo o juiz apenas la bouche de la loi com vistas à manutenção da supremacia do Parlamento. Essa escola formalista teve contrapartida na Alemanha, cuja pretensão de cientificidade fez desenvolver o positivismo sob uma outra perspectiva e a reforma protestante trouxe consigo uma mudança de paradigma com o acesso às escrituras sagradas agora traduzidas do latim para alemão em uma

mudança da dogmática para a hermenêutica que impactou vários ramos além da religião, desde a filosofia, a história, sociologia e principalmente o direito.

A vitória de Napoleão e a queda do Sacro Império Romano-Germânico fez florescer uma rivalidade refletida no pensamento jusfilosófico da época e como em um diálogo de pensadores, filósofos, juristas, professores e operadores do direito, o positivismo se desenvolveu sob duas perspectivas na Europa Continental: a exegética francesa, formalista, profissionalizante, dogmática e o antiformalismo alemão com pretensão de cientificidade, voltado para a hermenêutica por meio do desenvolvimento de várias escolas.

Por outro vértice, em paralelo ao continente, a grande ilha anglo-saxã desenvolvia o pensamento juspositivista a partir do direito comum fundado pelos costumes dos tempos imemoriais do povo inglês que mais tarde sofreu forte influência do utilitarismo de Bentham e Austin cujas teses foram anos depois rebatidas por Hart.

O que se pretende demonstrar é que desde a hermenêutica clássica de Savigny que lançou as bases da interpretação jurídica utilizadas até os dias atuais, passando por Bentham e Austin até a Teoria Pura de Kelsen, ampliada por Hart, cujas teses foram criticadas por Dworkin, todos, mesmo partindo de tradições jurídicas diferentes (*common law* e *civil law*), invariavelmente debatem o mesmo objeto: o positivismo jurídico.

Para melhor adentrar a essa discussão, no primeiro item do ensaio em tela, o objeto de estudo será a família romano-germânica (*civil law*) em que nasce o positivismo, a codificação das normas, com olhar para a Escola Exegética Dogmática francesa, de caráter profissionalizante, codificada, com viés legicentrista extremado e algumas de suas vertentes desenvolvidas de forma heterogênea como a primeira e mais polêmica escola positivista.

No segundo, em razão de uma dicotomia dentro da tradição da *civil law* se voltará os olhos para a Hermenêutica prussiana com pretensão de cientificidade após a queda do Sacro-império Romano-Germânico, com o desenvolvimento de várias escolas de jurisprudência com viés academicista em contrapartida ao formalismo da exegética francesa.

No terceiro item se buscará analisar as origens do *common law* que se desenvolveu na Inglaterra, em princípio avesso a norma escrita, descoberto e declarado a partir dos costumes imemoriais do homem inglês, evoluindo para utilização dos precedentes como critério na decisão de casos em um caráter construtivista do ordenamento, adquirindo uma função vinculativa ou persuasiva dentro do sistema normativo (MITIDIERO, 2018, p. 32-33), em paralelo ao direito desenvolvido na Europa Continental.

Em conclusão, o que se pretenderá demonstrar é que o *common law* e o *civil law* debatem e desenvolvem o mesmo direito a partir das suas respectivas visões sobre o positivismo e que, por conta disso, denota-se

natural a utilização, por uma corrente, de instrumentos “emprestados” da outra - e vice-versa -, a exemplo do que ocorre no Brasil com a sistemática de precedentes, cujo desafio é, ainda hoje, sua adequação ao direito brasileiro a fim de que seja aplicado para trazer uniformidade, estabilidade, integridade e coerência ao ordenamento jurídico, conforme prescreve o artigo 926, do CPC/15.

1 O CIVIL LAW E A GÊNESE DO POSITIVISMO

1.1 A evolução do Estado Moderno

Destarte, é preciso posicionar o leitor no momento histórico e na localização física de desenvolvimento do direito romano-germânico, no intuito de compreender as nuances do pensamento filosófico que levou não só a evolução da *civil law*, mas antes, as profundas modificações no conceito de Estado, até a construção de um pensamento científico para o Direito.

Para René David (2002, p. 41), “[a] eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana”, ou seja, havia uma pluralidade de demandas e pensamentos se desenvolvendo naquele momento na Europa continental. “O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, [...] numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica” (DAVID, 2002, p. 42), ao contrário do que ocorreu no Direito Inglês, com o desenvolvimento de Tribunais reais fortemente centralizados.

Segundo Estefânia Maria Queiroz Barboza (2014, p. 67), ainda que este modelo de *civil law*, ou romano-germânico tenha influência do direito da Roma antiga, foi aos poucos dele se distanciando tendo diferentes fontes como o direito canônico, direito comercial, as revoluções e a ciência do direito. Afirmar a autora que “[d]o ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e comentadores” (BARBOZA, 2014, p. 68).

Já para Marcos Maliska (2003, p. 3), o modelo feudal medieval foi superado com o início do período absolutista, surgindo a partir deste período o Estado Moderno. O reconhecimento do princípio fundamental dos direitos das gentes que previa igualdade entre os estados foi resultado do Tratado de Paz de Westphalia, assinado em Münster na Alemanha em 1648.

Miguel Gualano de Godoy (2012, p. 32) afirma que neste período que vai do Século XV ao XVII, a Europa passou por grandes transformações no campo da política, economia, artes, tecnologia não sendo diferente com o direito, que na época era caracterizado por uma pluralidade de fontes, com normas expedidas pelo Rei, pela Igreja, por Corporações de Ofício, pelo Suserano entre outras fontes. Esse modelo entrou em crise em razão da emergência do mercantilismo capitalista e principalmente pela movimentação do homem para o centro do pensamento e das relações sociais, com a passagem do Teocentrismo para o Antropocentrismo. Nesta medida, a sociedade clamava por respostas que o Direito Medieval já era capaz de dar e a base do Estado Moderno começava a ser formar neste ambiente com questões como, a quem cabia o poder Soberano, ou se homem era o não dotado de direitos inatos.

Neste período, as Universidades começaram a estudar o Direito Romano como expressão de justiça, com caráter teórico e erudito lecionado pelos professores das Universidades aproximando-se daquele direito mais do que dos direitos positivos locais daquela época (BARBOZA, 2014, p. 68-69), como aliás ensina René David (2002, p. 46):

A família de direito romano-germânico tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das Universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do Imperador Justiniano, uma ciência comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. O epíteto romano-germânico é escolhido para homenagear este esforço comum, desenvolvidos ao mesmo tempo nas Universidades dos países latinos e dos países germânicos.

É neste contexto que ocorrem as grandes revoluções paradigmáticas da evolução do juspositivismo e, via de consequência o início da tradição do *civil law*, principalmente a Revolução Francesa de 1798, cujos eventos consistiram em uma legítima revolução intelectual com pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e principalmente o Estado e sua administração, influenciando também o direito público, a organização dos sistemas jurídicos e até regras substantivas de direito processual (BARBOZA, 2014, p. 69).

Grosso modo as revoluções significaram o rompimento de certos paradigmas evidenciando-se a valoração do direito natural e da razão e a ideia de que todos os indivíduos nascem iguais tendo igual direito a propriedade, a liberdade e a vida (BARBOZA, 2014, p. 69-70).

Destaca-se que na França, após a revolução, a separação dos poderes surge como forma de proteção do cidadão contra a Coroa que tinha o Judiciário como classe aristocrática a proteger seus interesses. Nesse contexto, o Parlamento francês surge no pós-revolução como defensor dos interesses da sociedade frente aos poderes até então dominantes, que mantinham laços espúrios entre si. Em razão disso, extensas codificações são editadas no intuito de limitar cada vez mais o poder do juiz (MARINONI, 2019, p. 41).

No período anterior a Revolução Francesa, a aplicação da lei dependia da atenção aos interesses das classes protegidas, agindo os juízes sem a necessária isenção dos julgamentos donde resulta a admissão dos conceitos de Montesquieu acerca da separação dos poderes com a imposição da distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário (MARINONI, 2019, p. 41-42).

Aqui, por fins didáticos, cabe traçar um paralelo com o *common law*, onde o juiz era tratado como se fosse um oráculo do direito (“*oracles of the Law*”), sendo suas decisões prova viva da existência do direito, enquanto que no *civil law*, a concepção era dos juízes como seres inanimados (“*Juges Inanimés*”) e conforme Montesquieu, o poder de julgar deveria ser “invisível e inexistente”, tendo o juiz apenas como a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*) e a interpretação como mera declaração de que uma norma preexistente aplicada meramente em um juízo lógico-dedutivo (MITIDIERO, 2018, p. 27-28).

Daniel Mitidiero (2018, p. 28) afirma que, paradoxalmente, “[...] essa teoria declaratória da jurisdição serviu concomitantemente para outorgar e para negar força vinculante às decisões dos juízes nessas diferentes tradições” e essas duas pressuposições que tornavam possível o nobre sonho tanto da segurança jurídica pelo juiz, quanto pelo legislador criaram um “verdadeiro pesadelo” das figuras mitológicas do *oracles of the law* e dos *Juges Inanimés*, deslocando o tema do plano do conhecimento para o plano da crença.

Volvendo ao raciocínio inicial, naquele período, um movimento científico se desenvolvia em contrapartida ao iusnaturalismo, através de várias escolas e movimentos positivistas. Segundo Andrés Bernal (2020, p. 29), em que pese essa variedade de movimentos, o positivismo possuía algumas características gerais a saber: a) desconsideração das teorias metafísicas dentro do discurso científico do direito; b) a opinião de que o direito válido não está relacionado com direito justo; c) a consideração do Estado como única fonte de direito válido; d) a aceitação do monismo ao invés do dualismo jurídico (ex. um direito positivo e um direito natural), e) a reivindicação da expressão linguística determinável (escrita) como forma própria do direito (diferenciação de jurídico e moral).

No intuito de demonstrar a evolução do Direito como Ciência única (o Positivismo) unindo as tradições objeto do presente estudo, é mister iniciar com a Escola da Exegese, no intuito de demonstrar a origem e a evolução dessa pretensão de cientificidade, razão pela qual a partir daqui, se adotará como marco teórico a obra *Positivismos Jurídicos* de Andrés Botero Bernal, e explicar, ainda que superficialmente, cada uma das principais escolas positivistas como se verá adiante.

1.2 A Exegese

Afirma Andrés Bernal (2020, p. 41) que a primeira e mais criticada escola positivista é a da Exegese, escola onde se identificavam três modelos de direitos: o historicismo, o individualismo e o estatalismo, cabendo aqui destacar que no Historicismo os fundamentos do direito não estavam inseridos em uma lei do parlamento, nem mesmo nos direitos inalienáveis do indivíduo e sim na interpretação (e atualização) judicial de costumes e textos antigos que são convertidos em ritos (ou mitos) do sistema ao longo da história. Ocorre que este historicismo, ainda influenciado pelo Antigo Regime, gerou uma reação contrária através do jusnaturalismo racionalista em face do modelo político dominante.

Percebe-se no historicismo uma similaridade com a tradição do common law, e de fato as várias tribos da Europa continental se utilizavam dos costumes não escritos ou antigos textos na resolução dos seus conflitos, antes da evolução do direito romano-germânico.

O Antigo Regime começou a ser corrompido internamente a partir do século XVI, e com maior força a partir do século XVII, graças ao surgimento de ideias muito semelhantes em várias áreas: 1) na filosofia com a ideia de indivíduos (*res cogitans*) autônomos do mundo (*res extensa*); 2) na teologia pela concepção de um indivíduo autônomo, com plena consciência e responsável diretamente por ela desde uma percepção interna, o que deu lugar ao discurso progressivo de tolerância religiosa; 3) no direito e na política, a partir de um indivíduo com vontade autônoma, através do qual as fontes de obrigações jurídicas e políticas já não podiam seguir baseadas na natureza das coisas, e sim na vontade, ou seja, é no surgimento do individualismo e do contratualismo que serviu inclusive como argumento contra a escravidão, por não ser fruto de uma convenção voluntária do indivíduo; 4) e na economia, com a ideia de um indivíduo autônomo que rege seu próprio destino sobre sua propriedade privada, ou seja, o capitalismo (BERNAL, 2020, p. 41).

Aqui surge uma figura emblemática na construção da exegética positivista: Jean-Jacques Rousseau e sua obra *O Contrato Social* de 1755, lançando as bases do pensamento revolucionário francês, afirmava que no

estado civil, o governo surge fruto mais da necessidade que de um contrato, para regular os conflitos dos indivíduos e para proteger a desigualdade favorável aos ricos e poderosos (BERNAL, 2020, p. 44). “[...] [D]esde su modelo racional - la ley es ante todo la voluntad general, y es, por tanto, soberana, idea inmediatamente anterior a la afirmación de que la ley (del Estado), por ser soberana, es de estricto cumplimiento y observancia, esto es, la EXÉGESIS” (BERNAL, 2020, p. 47).

Sobre as bases do constitucionalismo liberal moderno, é que se fundamenta e legitima a democracia como consagra a obra de Rousseau (2012), organizando a ideia de que a soberania deve estar nas mãos do povo, como ideais de liberdade e igualdade, sendo o autor que deu fundamento teórico para a Revolução Francesa e com ele, o pensamento ocidental sobre o Estado Moderno passou por grandes transformações, quicá as mais significativas desde a cristianização (MALISKA, 2003, p. 21).

Miguel Godoy destaca que a contribuição de Rousseau para a formação do Estado Moderno como reivindicação da soberania popular funda o caráter democrático do Estado, cuja característica era, até então, ausente ou incipiente. A partir deste ponto, caberia ao povo a tarefa de se auto legislar, ou seja, inaugurar a ordem normativa em forma de Constituição que regeria a sociedade. Era a conjugação entre o constitucionalismo¹ e a democracia².

Observa-se aqui uma tensão entre a razão e a política, ou seja, entre o Direito e a “vontade”. Isso porque, desde o Antigo Regime houve contínuas expressões jurídicas baseadas na vontade política indireta, com o rei ordenando algo que segue a “vontade de Deus”, ou vontade política direta, quando se trata da vontade soberana própria das monarquias absolutistas, ou ainda, muitas vezes pelas práticas jurídicas consuetudinárias, também chamadas de direito espontâneo, no intuito de defender-se das práticas políticas de seus governantes, se baseando no fato de que o costume teria sido a “vontade do povo expressa na história”, ou a “vontade de Deus” que se expressa na história de um povo, o que demonstra a complexidade da questão da nebulosa fronteira entre o direito como razão ou o direito como vontade (BERNAL, 2020, p. 48).

¹ Evidentemente que não se trata do mesmo constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra, mas uma gênese, um início ainda incipiente mas basilar.

² “[...] se o povo se autoimpõe certas regras é porque deseja que essas regras sejam respeitadas, daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como norma ordenadora da sociedade, pois é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando, assim, a ambos. Daí pensar que a conjugação constitucionalismo e democracia remete a outra que está na sua base: soberania popular e poder constituinte.” (GODOY, 2012, p. 37-38).

A questão a ser respondida era: se o direito passa a ser visto como “vontade”, de quem era essa vontade em uma época em que ela (a vontade) era o fundamento metafísico de todo o sistema e o Estado acabou substituindo-o do rei absolutista pela vontade da Lei/código, que era a concretização da “vontade geral”? Acrescenta-se a isso o fato de que este rei do absolutismo, já havia substituído a vontade de Deus durante os séculos XVII e XVIII.

Nesta medida, na segunda metade do Séc. XIX, o debate acerca da vontade se acirra, donde se discute então o que é “vontade geral”, “vontade democrática”, “vontade objetivada e racionalizada”; trata-se da busca de um sentido por traz das palavras da lei através da interpretação do sistema eleitoral e regras do debate parlamentar e de uma dupla ficção sobre a vontade: 1) política-democrática (vontade soberana é a da maioria); 2) hermenêutica-lógica (a vontade permite a plenitude hermenêutica do direito):

[l]a soberanía pasa del individuo a la sociedad, de la sociedad al Estado, del Estado al legislador y del legislador a la ley. La ley estatal se vuelve soberana, indiscutible (§31). Nace así el movimiento de intérpretes del Código Civil, que, ya en el siglo XX, será denominado EXÉGESIS (BERNAL, 2020, p. 49/50).

Este último conceito de “vontade geral” permitiu concluir ser expressão da democracia do povo francês no momento de eleger seus representantes no Congresso ou Assembleia legislativa, ou seja, a equiparação da “vontade geral” com a “vontade da maioria eleitoral” ou ainda “vontade democrática” atrelado a um sentido objetivo por traz das palavras da lei, sendo dever do intérprete descortinar qual é o sentido que está além da palavra escrita vez que a norma é vontade objetiva racionalizada.

Em uma visão iluminista poder-se-ia dizer que, se o único que recebia a soberania de forma privilegiada pelo contrato social de um lado e de outro pelo voto, era o legislador, a lei poderia ser dita duplamente soberana porque: 1) o indivíduo cede soberania ao povo, este ao Estado que, por sua vez, entrega ao legislador que faz a lei, ou seja, a lei é vontade soberana; 2) o povo elege os legisladores com um mandato de representação razão pela qual a lei é obrigatória para o povo da mesma maneira que para aquele que foi eleito (BERNAL, 2020, p. 57).

É justamente por isso que a Escola da Exegese entendia que se a lei é soberana só poderia ser cumprida e não interpretada, principalmente se por interpretação entendermos reconstrução ou ainda criação de uma norma fora da vontade do legislador razão pela qual, se o direito é fruto de uma vontade política soberana o juiz e o professor são meros aplicadores, comentadores ou oradores, eximindo-os de responsabilidade já que “*dura lex, sed lex*”.

Em se considerando os ideais revolucionário de liberdade, onde o indivíduo ciente do que pode e o que não poder fazer se torna livre de represálias; igualdade formal pois, se a norma é a mesma para todos eliminam-se as hierarquias estamentais e o complexo pluralismo jurídico do Antigo Regime; e fraternidade vez que, se todos conhecem as normas sabendo até onde se pode ir sem transgredir o direito alheio, surge a irmandade em prol da realização da vontade geral, o direito passa de casuístico e espontâneo para a generalidade uniformizante e ao voluntarismo político do liberalismo e a concretização do mundo jurídico da ideia político-burguesa de liberdade formal seria o Código, ou seja, um conjunto ordenado, sistematizado, totalizante e racional de disposições relativas à determinada matéria (BERNAL, 2020, p. 59).

Contudo, o grande defeito deste Estado liberal era considerar que o legislador seria um órgão mais jurídico do que político, atento as necessidade sociais para criar ou reformar o direito com racionalidade e justiça, já que eleito por uma maioria responsável politicamente, o que de fato não era verdade pois essa hiper centralidade da lei através da codificação levou a um formalismo jurídico resultando em três perigosos efeitos: 1) desconhecimento por parte da lei das circunstâncias sociais, políticas e econômicas que o direito deveria canalizar para possibilitar a convivência, face a sua generalidade, imparcialidade e abstração das leis; 2) a desatualização rápida das normas positivas agravada pela ausência de um legislador atento; 3) extrema concentração do poder graças ao direito, no Estado de forma geral e no executivo em particular que podia (como ainda pode) fazer colapsar a política, a sociedade, caso considere que todos os problemas sociais são assuntos de Estado, e a economia caso guiada por ele (o Estado) (BERNAL, 2020, p. 61).

Ainda é importante ressaltar algumas estratégias que surgiram na implementação desta nova cultura legicentrista-codificada no jurídico e estatalista campo político: 1) consolidação da justiça como atributo do Estado, tendo os juízes como funcionários submetidos ao controle desse Estado; 2) a reconstrução do tipo penal de prevaricação de maneira tal que o juiz que não seguisse o código poderia ser visto como um verdadeiro traidor; 3) a diminuição ou até eliminação da justiça estamental corporativista dos juízes leigos e dos processos judiciais sem registro escrito; 4) o fortalecimento da justiça estatal fundamentalmente letrada ou profissional com divisão hierárquica propiciando, além das carreiras jurídicas a revisão das decisões em graus de recurso e alçada; 5) a progressiva especialização da linguagem e do saber jurídico; 6) a reconstrução do tribunal de cassação convertido em tribunal extraordinário de revisão dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais; 7) a exigência de motivação escrita das sentenças com

o apontamento da lei aplicada ao caso concreto; 8) a reforma dos estudos jurídicos primeiro fazendo com que os currículos de formação estivessem sob o controle estatal para garantir o cumprimento da nova política pública de transformação da cultura jurídica e também da garantindo às universidades o monopólio da formação dos futuros advogados; 9) a instauração e uma perspectiva legicentrista (Exegese) como marco teórico da formação dos futuros advogados com amparo no direito romano Justiniano, com a aproximação do juiz à lei soberana, como uma teoria geral do direito através do nascimento do positivismo jurídico (BERNAL, 2020, p. 64).

Pode-se afirmar que a Exegética é a primeira escola positivista, nascida na França, de intérpretes do Código Civil e, em contrapartida a este pensamento exegético francês, codificado, dogmático, com prática acadêmica de viés profissionalizante, surge o modelo germânico desenvolvido sob outra perspectiva, voltado para a hermenêutica estimulada também pela reforma protestante, pela filosofia e história, numa visão científica do estudo do Direito como se passa analisar no próximo capítulo.³

2 A CONTRAPARTIDA ALEMÃ E O POSITIVISMO CIENTÍFICO

Como se observou anteriormente, a escola exegética francesa, codificada, com caráter eminentemente profissionalizante, influenciada também pelo Direito Canônico excessivamente formalista e dogmático,

³“La exégesis no solo decayó por los problemas históricos y sociales ya vistos, sino también por la presión ejercida por la reacción académica alemana. Resulta que durante el siglo xix en Alemania surgieron varias escuelas, entrelazadas entre sí por las redes de profesor-discípulo y de colegas, con instrumentos propios de expresión (monografías, revistas, enciclopédias y diccionarios jurídicos), con ocasión del modelo universitario adoptado en ese país. En primer lugar, como reacción al modelo profesionalizante en términos generales, y al legiscentrismo exegético en concreto, para las facultades de jurisprudencia se sugirió en tierras germanas la imperiosa necesidad de una universidad científica, esto es, para lo que nos atañe (las facultades de derecho), un modelo universitario que no se centraba tanto en la formación profesional y en la norma eficaz ante los jueces (como era en el modelo francés de ese entonces), como sí en teorías científicas sobre qué debía ser derecho. Es decir, el derecho enseñado antes que norma positiva era el discurso de los profesores encaminados especialmente a la construcción de un código civil, considerado por la Europa de aquel entonces como sinónimo de progreso y civilización, código que debía ser hecho según el espíritu del pueblo o Volksgeist.” (BERNAL, 2020, p. 114).

após a queda do Sacro Império Romano-germânico, provocou uma vigorosa reação antiformalista das escolas de jurisprudência⁴ alemãs.

Ao contrário do que ocorreu na França, a reforma protestante trouxe em seu bojo a tradução, publicação e a popularização dos textos bíblicos com uma profunda mudança de paradigma do dogmatismo católico para a hermenêutica protestante, com influência na filosofia, na história, na sociologia e não foi diferente no direito.

O direito, mais do que a simples descrição da norma escrita, passa a ser ensinado nas universidades através de um discurso dos professores, direcionado para a construção de um código segundo o Espírito do povo alemão (*Volksgeist*), entendendo que um bom sistema jurídico não era simplesmente aquele que surgiria da razão individual como queriam os racionalistas e iluministas, mas sim das forças coletivas solidificadas ao longo de gerações dando unidade e identidade ao povo (BERNAL, 2020, p. 114).

Por essa razão na Alemanha entendia-se que a codificação deveria ser posterior a atividade acadêmica, ou seja, em primeiro lugar a prática do discurso dos professores acadêmicos (*Juristenrecht*), acerca do “espírito do povo” e depois disso, a codificação das leis, de maneira tal que o discurso jurídico científico desenvolvido nas faculdades de direito carregasse consigo finalidades políticas de criar uma unidade jurídica posterior a uma construção nacionalista-germânica, adaptável às circunstâncias políticas do momento.

Veja-se que esta ideia nacionalista do “espírito do povo” se refletiu nas universidades, na sociedade que no Séc. XIX reclamava uma identidade nacionalista e na política, justificando o desejo da construção de um Estado-Nação alemão, a partir de um coletivo de principados e reinos que se uniram para fazer frente às outras potências europeias, principalmente a França (BERNAL, 2020, p. 115).

Assim, “se o direito desejava ser considerado como um saber sério, devia ser científico; portanto, os professores deveriam ser cientistas, e os cientistas, para serem reconhecidos como tal, deveriam ser positivistas, pois a ciência era o positivismo” (BERNAL, 2020, p. 115)⁵, o que fez desenvolver na Alemanha algumas das principais Escolas Positivistas.

⁴ Destaca-se que a expressão Jurisprudência aqui tratada e que será utilizada ao longo de boa parte do texto se refere à designação do discurso científico-universitário do direito alemão, não podendo ser confundido com outras concepções semânticas utilizadas no mundo jurídico. Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 27, nota 8) afirmam que: “A palavra ‘jurisprudência’ é utilizada frequentemente em pelo menos três sentidos distintos, a saber, jurisprudência como estudo do direito, jurisprudência como pareceres dos juriconsultos e, por fim, jurisprudência como significado de conjunto de decisões.”

⁵ Tradução livre de: “[...] si el derecho deseaba ser considerado como un saber serio, debía ser científico; por tanto, los profesores debían ser científicos, y los científicos, para ser reconocidos como tal, debían ser positivistas, pues la ciencia era positivismo.”

Cabe ressaltar que tais escolas, ainda que se reconheça sua pretensão cientificista eram recheadas de alusões ao direito natural, à justiça e construções políticas, o que mais tarde, levou Kelsen (2009) a desenvolver um positivismo puro, convertendo-se em um dos mais importantes filósofos do direito contemporâneo, fonte de debates até os dias atuais.

As principais escolas positivistas alemãs foram a Escola Histórica, a Jurisprudência de Conceitos (ou Dogmática), a Jurisprudência de Interesses, a Jurisprudência de Direito Livre, o Antiformalismo Francês e o Socialismo Jurídico.

É importante destacar que a evolução da tradição do *civil law* trouxe consigo o desenvolvimento do Direito como ciência, ao que se chamou positivismo, com várias escolas que evoluíram dos debates filosóficos e jurídicos da época, ciência esta que é objeto comum de debate entre as famílias jurídicas mais relevantes do mundo até os dias atuais.

Sem a pretensão de aprofundar em cada uma das escolas positivistas alemãs, para melhor inteligência do tema, é necessário ao menos pontuar as principais características de cada escola:

2.1 Escola Histórica

Trata-se da primeira escola positivista alemã, um movimento idealista-organicista que percebia o direito a partir de entidades metafísicas (*Volksgeist*) e observava o coletivo e o individual entrelaçados como um conjunto orgânico vivo; romântico pois transportava para o mundo uma determinada concepção de homem e de nação como ser ideal ou espiritual; antiliberal, por entender que o Código de Napoleão, fruto de um odiado ideário revolucionário, não poderia ser recebido na Alemanha pois não respondia ao “espírito do povo alemão”, pondo em evidência o conteúdo político da teoria e, finalmente, positivista científico, pois o código alemão não só deveria ter conotações jurídico-científicas como político-nacionalistas (BERNAL, 2020, p. 117).

O maior expoente e precursor da Escola História, também chamada pandectística, foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) que considerava que cada Estado-nação deveria respeitar o espírito de seu próprio povo, desenvolvendo um rol fundamental na construção do modelo científico-universitário, no que diz respeito ao direito, que permitiu criar uma escola em sentido estrito com suas redes de professores-discípulos, na reinterpretção do direito romano como sistema-base do discurso científico-universitário e

do futuro do direito privado, resultando na instauração do *mos germanicus* (BERNAL, 2020, p. 119).⁶

Foi na Escola Histórica, e.g., com base nos dogmas de Savigny que se desenvolveram os tipos de interpretação jurídica, quais sejam, a gramatical, a literal, a lógica, a histórica e a sistemática, tendo importante relevância até os dias atuais.

Contudo, ainda que pautada no racionalismo guardava fortes raízes metafísicas, o que foi objeto de críticas vez que a meta do pensamento científico passou a ser a busca por um direito mais geral e abstrato, o que começa a se desenvolver na próxima escola, a Jurisprudência de Conceitos, como se verá adiante.

2.2 A jurisprudência de conceitos (dogmática)

Jurisprudência de conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), conhecida como Dogmática pela escola jurídica, era o discurso científico que considerava que o principal trabalho do acadêmico era a formulação, ou a descoberta dos conceitos e dos dogmas básicos do que seriam os fundamentos de um futuro direito alemão, através da aplicação do método lógico-dedutivo em conjunto com o modelo hermenêutico, donde o direito positivo era entendido como resultado da dedução lógica dos principais conceitos estudados pela ciência jurídica (BERNAL, 2020, p. 123).

Vem desta escola o modelo muito usado até hoje no estudo do Direito, de se utilizar a relação de gênero e espécie de forma hierárquica na explicação de conceitos jurídicos, partindo-se do mais geral para o mais específico. Contudo, foi criticada pois embora racional, não dava o devido valor à prática dos juízes, advogado e professores.

Andrés Bernal afirma que a jurisprudência de conceitos foi considerada formalista, ainda que não no mesmo sentido da Exegese francesa, pois fez do direito um exercício esquemático, metódico e sistemático, contudo, justamente por isso, afastou o direito da realidade social (BERNAL, 2020, p. 124).

⁶ Tradução nossa de: “*De esta forma, Savigny jugó un rol fundamental en la construcción del modelo científico-universitario, en lo que concierne al derecho, que permitió crear una escuela en sentido estricto con sus redes de profesor-discípulo, en la reinterpretación del derecho romano como sistema-base del discurso científico-universitario y del futuro derecho privado, lo que implicó la instauración del mos germanicus.*”

2.3 A jurisprudência de interesses

Esta escola, segundo Bernal (2020, p. 126-129), foi bastante heterogênea, podendo ser dividida em dois grupos principais: o normativista-judicial que afirmava que toda norma é fruto do interesse do legislador, não podendo, nem o juiz, nem o cientista, ao exercerem suas tarefas, perder de vista o componente normativista; e outro científico-social (jurisprudência social) que propôs uma ressignificação do que devia ser a Dogmática, considerando que a atividade interpretativa era eminentemente criativa e focada no social.

A jurisprudência de interesses, neste segundo grupo, concentrou-se muito nos estudos da nova classe social dos trabalhadores ou proletariado, traduzindo-se numa espécie de sociologia jurídica promovendo o desenvolvimento de um novo Estado Social de Direito já no final do séc. XIX e início do séc. XX, influenciando o surgimento do socialismo e no marxismo da época, reclamando profundas modificações econômicas e políticas. Naquela época, em todos os cantos da Europa, estava em ebulição a crítica ao modelo tradicional individualista burguês, que se apoiava em um sistema jurídico abstrato que dava as costas aos problemas sociais mais agudos.

Vale ressaltar que já surgiam neste período os movimentos antiformalistas e, da mesma forma que a jurisprudência de interesses enfrentava a dogmática para fundamentar um direito social na Alemanha, na França os antiformalistas enfrentavam a Escola Exegética para propor soluções parecidas.

2.4 A jurisprudência do direito livre, o antiformalismo francês e o socialismo jurídico

Como se pode notar até aqui, cada escola positivista que se sucedia, tinha como base de oposição a escola imediatamente anterior, de maneira tal que a ciência positivista foi sendo construída a partir de suas próprias bases filosóficas e científicas.

A Jurisprudência do Direito Livre teve seu maior desenvolvimento a partir do início do Séc. XX, partindo de um considerável descontentamento com o formalismo do direito positivo e, como solução propôs uma abertura do direito, através de trabalhos destinados a demonstrar que o direito não se restringe a lei e que sua importância não está, tanto como se acreditava, apenas no campo jurídico, principalmente quando se tomava como lei nada mais do que a opinião de um intérprete sobre um texto normativo, razão pela qual se defendia a pluralidade de fontes jurídicas, a produção normativa com

conceitos abertos (boa-fé, justa causa, força maior, abuso de direito, *bonus pater familiae*), ampliando a atuação do julgador que para esta escola toma o lugar do legislador como principal ator do direito (BERNAL, 2020, p. 132).

Defendia-se que o novo jurista deveria estar atento às mudanças sociais e econômicas tendo o direito como resposta a tais mudanças, superando o individualismo do direito privado estagnado, aceitando esta mudança de paradigma a partir da solidariedade como princípio condutor.

O juiz passa a ser visto como o condutor da comunicação entre a realidade e o direito, corrigindo a norma legislativa conectando-a com a vida em constante movimento e através de suas sentenças fazer com que o direito tenha sentido para a sociedade defendendo a discricionariedade judicial (BERNAL, 2020, p. 133).

Nesta linha, ganha destaque um filósofo chamado François Géný, insurgindo-se contra os atrasos do formalismo exegeta e a desatualização dos textos normativos que ficaram estagnados no tempo, a necessidade de uma revolução nas fontes jurídicas assim como no método de sua compreensão, basicamente através da revitalização dos princípios gerais do direito, a partir de duas perspectivas: a) o princípio da economia proposto por Ihering, mediante o qual a base de um bom sistema jurídico deve ser o mais reduzido possível, o que somente seria capaz através de normas muito gerais o que permitiria ter uma melhor visão do conjunto, um ordenamento que não estaria tão sujeito a obsolescência; b) por outro lado, uma justiça objetiva, vez que as chamadas normas-base, ou princípios que se sobrepõem a lei/código, seriam extraídos intuitivamente da razão e da consciência moral a partir na natureza e da instituição jurídica, conforme o contexto social e político vigente. Neste contexto, a lei codificada deixa de ser fonte principal para ser fonte acessória para o cumprimento do direito, em conformidade com essa corrente jusnaturalista principiológica exegeta (BERNAL, 2020, p. 134).

Disso tudo, considerando que estas escolas antiformalistas também podem ser classificadas como positivistas, face sua pretensão científica, se pode extrair algumas conclusões a saber: 1) por fazerem oposição ao legicentrismo se pode dizer que a desconstrução da Escola Exegética se iniciou dentro do positivismo; 2) esta pretensão de cientificidade em grande medida se viu cumprida com a edição do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900, com recurso de um século de produções acadêmicas alemãs cumprindo-se o sonho de Savigny de um código desenvolvido por uma academia jurídica cultivada dentro das universidades, com evidente acento nacionalista; 3) sem a escola alemã não se poderia falar em um discurso científico do direito, de fundamental importância para o direito atual e como tal, também deve ser classificada como positivista; 4) tais escolas foram a fundação sobre a qual se construiu tanto o estruturalismo quanto o

funcionalismo do Séc. XX, que subsiste até os dias atuais na relação entre direito, ciência e universidade (BERNAL, 2020, p. 140).

Paralelamente ao positivismo desenvolvido na Europa Continental, na Inglaterra se desenvolvia um positivismo próprio a partir das ideias de Bentham e Austin o que se passará a tratar no próximo capítulo, mas não sem antes se analisar a origem histórica da tradição da *common law*.

3 O COMMON LAW E O POSITIVISMO INGLÊS

Segundo René David (2002, p. 344), para o direito inglês, mais do que para o direito francês, “[...] o conhecimento da História é indispensável [...]”, pois o jurista inglês entende que o direito é produto de uma longa evolução que não sofreu grandes alterações, orgulhando-se “[...] desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova do grande saber da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e da qualidade correspondentes os juristas e do povo inglês”.

Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 37-38) afirmam que existem várias acepções para a expressão *common law*, sendo a primeira em sentido próprio como ‘direito comum’ nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cujas cortes foram constituídas pelo Rei e estavam diretamente subordinadas a ele, desenvolvido ao longo dos Séc. XI e XIII; contudo, se a expressão for utilizada em oposição ao *statute law* (direito legislado), incluiria além do *common law*, do direito canônico e direito comercial, a *equity* que é um sistema diferente.

Os Tribunais de Westminster elaboraram um novo direito, um direito comum para toda a Inglaterra chamado de *comune ley* ou *common law*, retirando seus elementos dos costumes locais como em uma obra de “síntese” ou “seleção”, construída de decisão em decisão através da prática judiciária de seus tribunais, apresentada essencialmente como um produto da razão. “A esta obra da razão assinalar-se-á mais tarde, como fundamento, um pretense costume geral imemorial do Reino, do qual os juízes reais seriam os oráculos” (DAVID, 2002, p. 340).

Desde o Séc. I ao Séc. V d.C, a Inglaterra integrava o Império Romano, havendo relatos de que o direito anglo-saxônico se inicia com a conversão ao cristianismo, no final do Séc. VI, contudo, a romanização não deixou vestígios de relevo no direito, na língua e em outras instituições dos períodos seguintes, ou seja, até o ano 1000 conviviam normas de diversas origens, aplicando-se também os costumes locais, sendo apenas a partir do ano 1066, com a conquista dos normandos o início da unificação do direito (VIANA; NUNES, 2018, p. 39).

Com o fim da Idade Média, a Inglaterra passou a desenvolver um sistema judicial diferente dos demais países da Europa Continental, vez que os tribunais não ficavam do lado da realeza nas disputas travadas entre a coroa e o parlamento já que as investidas reais foram barradas pelos magistrados que impendiam a ascensão do poder além dos limites estabelecidos pelo direito aplicado de forma costumeira no território inglês (*Law of the land*). Com a queda da linhagem dos Stuart, o *common law* ganhou ainda mais força, visto como o mais alto produto desde muitas gerações, com força para conter até o poder de uma realeza autoritária (PUGLIESE, 2017, p. 113).

Para Andrés Botero Bernal (2020, p. 154), assim como a Exegese glorificava o legislador e o comentador da lei, e as escolas alemãs da mesma forma consideravam o professor-tratadista, a *common law* faz com o juiz que descobre na história judicial o mandamento aplicável ao caso concreto no seu julgamento, em uma clara aproximação do modelo historicista mencionado no capítulo anterior, pois ao contrário dos outros modelos não houve no anglo-saxão a ruptura com a tradição historicista.

René David (2002, p. 331) divide a história do direito inglês em quatro períodos principais: 1) o primeiro é anterior a conquista normanda em 1066; 2) o segundo vai de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors em 1485 onde ocorre a efetiva formação do *common law*, impondo-se como direito novo em oposição aos costumes das tribos locais; 3) o terceiro período vai de 1485 até 1832 e é marcado pelo desenvolvimento do *common law*, no entanto, houve um outro sistema complementar e possivelmente rival (*equity*), com quem teve que se comprometer; 4) o quarto período se inicia em 1832 que continua até os dias atuais⁷ adaptando-se em uma sociedade cada vez mais dirigida pela administração.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 41) põe luz no tema:

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significa o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais

⁷Não se desconhece o fato de que o livro está desatualizado e não menciona a reforma do direito inglês ocorrida em 1990, bem como a instituição de um novo Código de Processo Civil em 1998 e a reorganização de todo o judiciário inglês dos anos 2000 que mudou a configuração da *House of Lords*, instituindo a *Supreme Corto f the United Kingdom* em substituição da *Appelante Committee*. (VIANA; NUNES, 2018, p. 40, nota 52).

de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para o outro. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*.

A *equity* surge como oposição ao *common law*, a partir da percepção das deficiências desse modelo em razão dos obstáculos existentes nos Tribunais de Westminster com a possibilidade da modificação do resultado de um caso através da utilização de um recurso direto ao rei que era fonte de justiça e, como tal, deveria impedir o seu mau funcionamento no reino, aplicando a moral no lugar do direito estrito caracterizado pelo extremo formalismo. “Esse cenário permite afirmar a existência de um dualismo no direito inglês, marcado pela convivência concomitante das regras do *common law* (obra dos Tribunais Reais de Westminster) e as soluções de *equity* (advindas do Tribunal da Chancelaria)” (VIANA; NUNES, 2018, p. 49/50).

Duas figuras de relevo surgem para refrear esse abalo sofrido no *common law*: Edward Coke que em 1628 com a obra *Institutes of the laws of England* trouxe uma proposta de organização do direito inglês, estimulando os juizes a não recorrerem as outras fontes face a compilação de casos e a atribuição ao *common law*, através da atuação dos juizes de controlar os atos do Parlamento; e Blackstone, com os *Commentaries on the Laws of England* de 1765 a 1769 (VIANA; NUNES, 2018, p. 51/52).

Segundo a tradição jurídica representada por Blackstone, para o *common law* daquela época, o direito não se esgotava nos precedentes vez que se manifestava também nas ordens do soberano (rei ou Parlamento), dependendo do caso com normas que expressavam vontade política, porém, a força vinculante do direito que se revela mais contundente é no costume judicial ou sistema de precedentes que não possui uma “vontade” especificamente. Tal sistema, segundo a sua tradição, é preexistente aos juizes que aplicam e dão forma ao comando resgatado da história, atendendo a justiça expressa no tempo de acordo com as necessidades da comunidade, atualizando o direito do passado e evitando o dogmatismo e a estagnação do sistema jurídico (BERNAL, 2020, p. 155).

Quanto à função da norma, enquanto para o sistema jurídico continental, seja ele romano-germânico ou codificado, trata-se de um guia para a ação ou comportamento futuro em razão da necessidade dos cidadãos pautarem seu comportamento *a priori*, baseando em juízos exegetas ou hermeneutas sobre o sentido dos enunciados presentes na norma, cujo sentido deve ser seguido também pelos juizes em suas decisões, no *common law*, a norma positiva é estabelecida fundamentalmente pelo juiz, de maneira que possam julgar as condutas já praticadas a posteriori, cuja sentença possa ser

lida e reconstruída posteriormente por outro juiz e, por sua vez, o cidadão que queira derivar seu comportamento com base na norma positiva deverá fazer um juízo de previsibilidade sobre a forma como o juiz analisaria sua conduta (BERNAL, 2020, p. 156).

Feito este breve relato sobre a origem do direito inglês e a importância do precedente judicial na sua formação, volta-se novamente ao objetivo do presente trabalho que é identificar o viés positivista científico no *common law*, conforme feito no capítulo anterior com o *civil law*, o que se fará retornando ao corte metodológico através da obra de Andrés Botero Bernal, conforme se verá a partir do próximo tópico.

3.1 Entre Bentham e Austin

Como tem sido defendido no presente ensaio, fato que é de extrema relevância para a compreensão da aproximação entre as tradições ora abordadas, o pensamento filosófico do juspositivismo se desenvolveu paralelamente entre os sistemas como se houvesse uma busca comum da construção de uma teoria científica do direito que por fim resultou na base científica objeto de estudo nas duas tradições jurídicas em discussão.

Dois grandes jusfilósofos ingleses que engrossaram o debate acerca da jurisprudência analítica e utilitarista foram Jeremy Bentham e John Austin.

Bentham era reconhecido por ser um grande crítico das instituições sociopolíticas inglesas defendendo que o maior problema do *common law* representado na obra de Blackstone é se apresentar como uma doutrina jusnaturalista-consuetudinária-objetiva, quando na verdade consistia em arbítrio judicial ou mera arbitrariedade sendo o direito fruto da vontade corporativa ou individual dos juízes e não da razão natural expressa no tempo. Andrés Bernal (2020, p. 157) afirma que para Bentham, não havia nem direito nem moral objetivas além dos fatos e da experiência, entendendo que se deveria partir do empirismo, ou seja, algo apenas existe se for verdadeiramente verificável, tendo como meta o utilitarismo traduzido como a busca pela maior felicidade ao maior número de pessoas possíveis, afirmando que o jusnaturalismo e os princípios do direito judicial do modelo tradicional se tornaram um fantasma, uma desculpa, uma ficção dos juízes para ocultar sua capacidade criadora e seu governo aristocrático e autárquico. Considerando que não havia nenhum fato demonstrável da existência do direito natural, nem do *common law* (sistema de precedentes), estes princípios não são mais do que “quase comandos” ou “quase direitos” facilitando o exercício de um governo arbitrário do direito, que a ciência do direito deve denunciar.

Bentham assinalava que no *common law* a vontade, que no jargão jusnaturalista era tida como objetiva, era na verdade ficção e subjetivismo,

o que não poderia ser admitido por uma sociedade moderna e liberal, razão pela qual seria necessário renovar o conceito de norma para afirmá-la como um conjunto de signos declarativos emitidos pela vontade soberana estatal a respeito da conduta que essa vontade desejava fosse observada pelos cidadãos, ou seja, uma norma seria validada somente se resultado da vontade soberana, seja porque o soberano a concebeu expressamente, seja por ter sido adotada depois de ser emitida por outro órgão. Bentham entendia que uma norma poderia continuar sendo direito mesmo após a mudança de soberano e, principalmente, porque considera-se direito uma norma expedida por um poder subordinado como e.g. a ordem de um juiz, pensamento que acabou influenciando mais tarde a teoria de Kelsen da concepção do direito como sistema jurídico dinâmico⁸ (BERNAL, 2020, p. 158).

Bentham propôs uma reforma através de um código inglês, abrangente, racionalizado e universal, chamado *pannomion*, capaz de substituir o direito judicial arbitrário, subjetivo desconhecido do cidadão: universal pois segundo a razão lógica e utilitarista, poderia propor normas adequadas para todos; abrangente pois se poderia conceber em apenas um texto, todos os ramos do direito por sua própria pretensão de validade geral. Tal código seria fruto da vontade do legislador soberano, mas sua elaboração seria levada a efeito por um homem apolítico e técnico que por sua razão analítica, por sua capacidade de sentir a felicidade do povo e por seu domínio do direito, resultaria nas melhores normas possíveis a partir da objetividade do critério utilitarista, podendo ser utilizado por muitos povos em muitas épocas tal sua validade geral (BERNAL, 2020, p. 158).

Do exposto percebe-se claramente a existência de uma ciência do direito com muitas ramificações, cujos fundamentos porém, influenciavam os pensadores tanto da Europa continental, quanto da grande ilha, a ponto de fazer surgir na Inglaterra teorias que sustentavam a codificação tal qual ocorreu no modelo francês, onde uma comissão propunha um texto que uma vez aprovado era objeto de estudo pela academia; ou o modelo alemão, tendo nos professores os elaboradores dos conceitos que deveria ser compilados por uma comissão especial. Na proposta de Bentham, o código deveria partir de um codificador solitário.

As propostas positivistas de Bentham não foram totalmente aceitas, contudo, fecundaram um caminho através da relação entre a lógica analítica, ou seja, a análise de atos linguísticos entendidos como o significado e uso

⁸ “[...] as normas de concepção estabelecem a validade de outras normas de adoção, o que posteriormente se denominará como normas de competência, dentro de uma hierarquia normativa [...]”. Tradução nossa de: “[...] las normas (de concepción) establecen la validez de otras normas (de adopción), lo que posteriormente se denominará como normas de competencia, dentro de una jerarquía normativa [...]”. (BERNAL, 2020, p. 158).

das palavras, a justiça e a utilidade, caminho este seguido por John Austin, através da jurisprudência analítica ou utilitarista, que tentou harmonizar três diferentes fontes, o utilitarismo, influenciado por Bentham e James Mill, a filosofia idealista alemã e o pensamento jurídico da Escola História e da Jurisprudência de Conceitos.⁹

Para Austin, o direito é composto de ordens gerais habitualmente obedecidas e por ameaças eficazes que lhe dão respaldo emitidas, expressa ou implicitamente, pelo soberano ou por súditos delegados que lhe devam obediência. Segundo Bernal (2020, p. 161), a ideia do direito estar integrado por imperativos eficazes como defendido por Austin, é uma das principais colunas de fundação da teoria “imperativista” do direito, tendo como seus maiores expoentes no futuro Kelsen, Olivecrona e Hart, superando Austin ao agregar dois novos componentes, o medo e a organização. Pode-se lembrar v.g., do exemplo da ordem do assaltante como uma ordem (comando) também respaldado na ameaça, contudo, para Olivecrona, não pode ser ordem jurídica vez que não atua como uma organização aos olhos do assaltado, enquanto para Kelsen, Austin não teria diferenciado comando, de “comando judicialmente obrigatório”, ou seja, ainda que o direito seja uma ordem, nem toda ordem é direito. Por sua vez, Hart considera, assim como Olivecrona, que o conceito de ordens respaldadas por ameaças não é claro suficiente para diferenciar uma norma jurídica do mandato de um assaltante.

Austin se encontra em um ponto intermediário entre a teoria tradicional de Blackstone e a revolucionária de Bentham ao assinalar que os princípios do direito judicial são válidos juridicamente, porém estes princípios não são preexistentes às decisões judiciais. Outra diferença entre Bentham e Austin é que para o primeiro, os princípios do *Common law* são mera excesso de palavras, sendo necessário um código que abarque todo o direito, abrangente, com vocação geral, que revolucione o direito deixando claro quem é o verdadeiro soberano e quais são os seus comandos; Austin

⁹ “Con base en estas influencias, Austin partió, en sus estudios, de la ‘voluntad racional’, aprehensible por medio del lenguaje y de los “enunciados” del derecho. Los aspectos más relevantes de dicha voluntad racional, que explicaría el derecho y que fundamentaría el POSITIVISMO INGLÉS o JURISPRUDENCIA ANALÍTICA, son los siguientes. El derecho, como sistema positivo, puede ser explicado racionalmente como un diálogo de voluntades, y no como un fruto histórico, tal como lo entendería Savigny o Blackstone. Pero, consecuente con la filosofía británica previa, llamada ‘empirismo inglés’ (Berkeley318 [1685-1753] y Hume319, entre otros), la voluntad guía racionalmente la conducta a partir de lo que conocemos como experiencia. Esto le permite al hombre hacer generalizaciones o construir ideas o creencias (jurídicas, en lo que nos ocupa), con base en lo que cree experimentar, en lo que es a partir de juicios de utilidad que son los que demuestran, según él, la racionalidad impresa en la voluntad. Por tanto, hay que alejarse de la jerga seudocientífica de abstracciones y supuestas deducciones que, por ser distantes del carácter empírico de la ciencia del derecho, son indemostrables y solo son acatadas no por su racionalidad, sino por la fuerza que en ellas imprime quien las emite.” (BERNAL, 2020, p. 160).

não refuta totalmente os princípios morais e judiciais, mantendo uma atitude de cautela com as especificidades de cada sistema jurídico nacional, razão pela qual, na prática, é inviável um código abrangente, embora não rechace totalmente a ideia da codificação (BERNAL, 2020, p. 164).

Aqui se passou a diferenciar a ciência da jurisprudência da ciência da legislação, a partir de uma distinção entre o discurso do ser e do dever ser, ou seja, a linguagem descritivo-analítica (verdadeiro ou falso) e a prescritiva-imperativa (válido ou inválido), o que fará eco em todo do tipo de discurso dentro do positivismo jurídico. O direito e a moral, embora elementos normativos, não são iguais, vez que detêm diferentes critérios de validação, motivo pelo qual, esse juízo moral que pode incidir sobre uma norma não é científico nem jurídico e não é juridicamente obrigatório, contudo, norma injusta segue sendo norma, vez que é imperativa e ao mesmo tempo jurídica pois válida para o direito ainda que moralmente reprovável (BERNAL, 2020, p. 165).

Cabe destacar, apenas a título de argumentação, que estes debates foram campo fértil para o que mais tarde seriam as críticas de Ronald Dworkin (2020) ao positivismo em geral, tomando por base a obra *O Conceito de Direito* de Herbert Hart (2009), cujo pensamento inspirado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (2009) rebateu frontalmente a teoria imperativa de Austin, em uma clara demonstração de que direito de hoje é reflexo direto deste diálogo entre as principais famílias normativas, forjado sob o impacto das “marretas” intelectuais dos grandes filósofos e jusfilósofos, historiadores e pensadores desde mundo moderno ao contemporâneo.

Segundo Dworkin (2020, p. xi),

Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria do direito que é geral [...]. Pode-se encontrar uma sua obra um aparte conceitual e uma parte normativa de uma teoria geral do direito e, na parte normativa, teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, todas adequadamente articuladas por uma teoria política e moral utilitarista e uma teoria metafísica empirista mais geral. Cada componente desta teoria foi desde então desenvolvido e aprimorado por diferentes autores, mas a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas continua sendo uma teoria benthamiana.

Bernal (2020, p. 165) ainda identifica uma diferença pontual entre Bentham e Austin, vez que para Bentham a ciência da jurisprudência é factual ou empírica, estuda a linguagem jurídica mas sempre com vista

ao objetivo de que tal ciência conduza o direito a sua finalidade principal que é a felicidade pública, enquanto para Austin a visão da ciência é mais racional que empírica, ainda que possa ser considerado um empirista, pois a jurisprudência geral se ocupa de estudar os princípios comuns dos sistemas jurídicos os quais são deduzidos das normas positivas, evidenciando uma ciência abstrata ou formal, do que “[...] *deja en claro, por demás, cierta herencia que el idealismo alemán, presente en la ESCUELA HISTÓRICA y la JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS, dejó en Austin*”.

Em que pese o caráter propositivo e reformador das teorias da jurisprudência analítica o seu verdadeiro reflexo só começou a ser sentido a partir de meados do séc. XIX no momento de criar normas para as colônias inglesas, principalmente na Índia, revivendo com grande força as ideias codificadoras de um direito escrito que limitasse o *common law*, assim como, pelos reflexos na consolidação da ciência jurídica britânica influenciando em vários juristas da época.

CONCLUSÃO

Como se pode perceber ao longo do texto, o desenvolvimento do Estado Moderno trouxe consigo a necessidade da construção do direito de forma unificada, diversa do pluralismo visto no feudalismo, um direito que pudesse regular as relações entre os indivíduos de uma mesma sociedade com tratamento igual, que regulasse as relações desses mesmos indivíduos com o seu Estado e deste Estados com outros Estados.

Observou-se que este direito ocidental se desenvolveu paralelamente sob três perspectivas inicialmente diversas, mas olhando para um mesmo horizonte, encontrou fundamentos teóricos comuns: na França, impulsionado pelos ideais universais iluministas, um direito codificado, formalista, fez surgir a Escola Exegética de comentadores na busca pela segurança das relações privadas, foi a primeira escola positivista; em resposta ao formalismo francês, após a queda do Sacro Império Romano-germânico, na antiga Prússia uma forte tendência nacionalista desenvolvida a partir de um ideal do espírito do povo germânico (*volksgeist*), fez surgir várias escolas de jurisprudência sob uma pretensão de cientificidade, focada na hermenêutica e no desenvolvimento do direito como ciência, o que mais tarde foi reconhecido como positivismo.

Estas duas vertentes desenvolvidas na Europa Continental tiveram origem Romano-germânica e, embora antagônicas, foram a semente da tradição do *civil law* utilizado em boa parte dos países ocidentais desde a Europa até a América Latina indo até o Japão, tendo no positivismo suas bases filosóficas e científicas.

Paralelamente, na Inglaterra, um direito anglo-saxônico se desenvolvia sobre os costumes imemoriais dos ingleses desde o primeiro século do segundo milênio, tendo por base um sistema construtivista de respeito às decisões precedentes como fonte de norma: era o nascimento do *common law* que embora fruto de uma semente diversa, não descuidou das teorias científicas produzidas na Europa-continental dando origem ao positivismo inglês e sua jurisprudência analítica.

O que se identificou na presente pesquisa foi que o direito se desenvolveu no ocidente a partir de três perspectivas diversas, duas delas, a francesa e a germânica deram origem ao *civil law* e uma terceira, a anglo-saxônica resultou no surgimento do *common law*, contudo, tão logo o pensamento jusfilosófico enverçou para uma pretensão científica as duas tradições encontraram no positivismo o elo que uniu os dois lados desta corrente, dando fruto a debates acadêmicos até os dias atuais.

Estas escolas positivistas resultaram em uma das mais importantes obras do direito, a exemplo da Teoria Pura do Direito do austríaco Hans Kelsen, O Conceito de Direito do inglês Herbert Hart que rebateu a Teoria Imperativa de John Austin e após foi motivo de críticas para o americano Ronald Dorkin desde Levando os Direitos a Sério. Contudo, esta análise não cabe no presente ensaio face à grandiosidade das ideias planteadas ciente de que o positivismo foi além e hoje possui muitas vertentes: o positivismo exclusivista, o positivismo inclusivista, o positivismo lógico-inclusivista, o pós-positivismo o que certamente dará origem a muitos novos debates e pesquisas, ciente de que independente da tradição normativa a que se filie o pensador, a ciência é uma só.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, E. M. Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERNAL, A. B. **Positivismos jurídicos (1800-1950)**: estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época. Bucaramanda, Colombia: Universidad Industrial de Santander, 2020. Ebook.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

GODOY, M. G. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins e Fontes, 2009.

MALISKA, M. A. **Os desafios do estado moderno, federalismo e integração regional**. 460 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba/Munique, 2003.

MALISKA, M. A. **Fundamentos da Constituição**: abertura - cooperação - integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, L. G. M. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, D. **Precedentes, da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2018..

PUGLIESE, W. S. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

UZELAC, A. Sobrevivência da terceira tradição jurídica? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, p. 56-81, maio/ago. 2019.

VIANA, A.; NUNES, D. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O DIREITO À PROTEÇÃO DA CULTURA LINGUÍSTICA NA EDUCAÇÃO BÁSICA NAS COMUNIDADES INDÍGENAS

THE RIGHT TO PROTECT THE LINGUISTIC CULTURE IN BASIC EDUCATION IN INDIGENOUS COMMUNITIES

André Viana Custódio*

Celiena Santos Mânica**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O contexto do aniquilamento dos povos indígenas e o apagamento da sua cultura no Brasil contemporâneo. 3 A proteção jurídica à cultura dos povos indígenas no Brasil assegurada na Constituição Federal de 1988. 4 As diretrizes da educação básica para comunidades indígenas relacionadas à manutenção das línguas originárias. 5 Conclusão.

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha (US/Espanha); Coordenador adjunto e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Coordenador do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ e do projeto institucional de pesquisa “Violação de direitos de crianças e adolescentes: articulação intersetorial de políticas públicas de atendimento, proteção e justiça; Consultor em políticas públicas. Email: andrecustodio@unisc.br.

** Doutoranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC (2022 - atualmente). Mestra em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito (2022) - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Foi integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC (2020-2022). Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões -URI- Erechim/RS (2019) e graduação em Letras Português/Inglês e respectivas literaturas, pela Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES - Lajeado/RS (2013). Pesquisa os seguintes temas: crianças, adolescentes e jovens, direitos humanos, justiça restaurativa, educação, gênero e políticas públicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7358-1323>. Endereço eletrônico: manicaceliena@yahoo.com.br.

Artigo recebido em 12/09/2022 e aceito em 14/02/2023.

Como citar: CUSTÓDIO, André Viana; MÂNICA, Celiena Santos. O direito à proteção da cultura linguística na educação básica nas comunidades indígenas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 107, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

RESUMO: O presente artigo abordou a temática do direito à proteção da cultura linguística na educação básica nas comunidades indígenas. O objetivo geral é investigar como ocorre a proteção das línguas indígenas e sua abordagem nas escolas de educação básica indígena no Brasil. Os objetivos específicos são abordar o contexto de aniquilamento dos povos indígenas e o apagamento da sua cultura no Brasil contemporâneo. Estudar a proteção jurídica à cultura dos povos indígenas no Brasil assegurada na Constituição Federal de 1988. Por fim, verificar as diretrizes da educação básica para comunidades indígenas relacionadas a manutenção das línguas originárias. Assim, questiona-se: o Estado cumpre com a sua obrigação constitucional de ensino da língua indígena em escolas indígenas contribuindo para a manutenção dessa cultura? Como hipótese tem-se que a concepção de que os indígenas representam uma cultura inferior foi criada a partir de uma visão eurocentrica dos portugueses e reproduzida historicamente no Brasil, sendo somente a partir da Constituição de 1988 garantido o direito de preservar a cultura indígena, porém essa proteção ainda é insuficiente. Os resultados alcançados apontaram que existe uma carência na regularização nos sistemas de ensino, na infraestrutura e também nos censos oficiais sobre as escolas que matém o ensino bilíngue. O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direitos Humanos. criança. adolescente. indígena. educação. políticas públicas.

ABSTRACT: *This paper addressed the issue of the right to the protection of linguistic culture in basic education in indigenous communities. The general objective is to investigate how the protection of indigenous languages occurs and its approach in indigenous basic education schools in Brazil. The specific goals are address the context of annihilation of indigenous peoples and the removal of their culture in contemporary Brazil, to study the legal protection of indigenous culture in Brazil guaranteed in the Federal Constitution of 1988 and finally, verify the guidelines of basic education for indigenous communities related to the maintenance of native languages. Thus, the question is: does the State fulfill its constitutional obligation of indigenous language in indigenous schools for the maintenance of this culture? As a hypothesis, there is the conception that indigenous people represent an inferior culture, which was created from a Eurocentric view of the Portuguese and historically reproduced in Brazil. The right to preserve indigenous culture was guaranteed only from the 1988 Constitution and this protection is still insufficient. The results achieved indicate that there is a lack of regularization in education systems, infrastructure and also in official censuses on schools that maintain bilingual education. The approach method is deductive and the method of monographic procedure, with bibliographic and documental research techniques.*

Keywords: *Human Rights. child. adolescent. indigenous. education. public policies.*

INTRODUÇÃO

A partir da invasão portuguesa, no século XVI no Brasil, o país experienciou um processo de reestruturação forçada. Com a imposição da cultura católica europeia aos povos indígenas, essa população passou a vivenciar permanentes transformações. Houve a tentativa de apagamento

das crenças e do modo de vida já existentes na região, com a substituição dessas pelas dos portugueses.

Após períodos de guerras entre essas duas culturas as populações indígenas experimentaram uma drástica redução. Dessa forma, se iniciou um processo de esmorecimento dos povos indígenas, o qual permaneceu reverberando por cinco séculos e gerou consequências para diferentes etnias indígenas que ocupam o território brasileiro.

Estruturado em um papel de colonizador, o homem europeu introduziu regras para reger a vida dos povos originários, silenciando suas tradições, o que resultou em uma diminuição da diversidade cultural na história brasileira.

A história dessa diversidade levou séculos para ganhar espaço no cenário nacional. Foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que as populações indígenas remanescentes receberam a visibilidade enquanto detentores de direitos originários e essa garantiu a preservação de sua cultura em diferentes aspectos.

Na presente pesquisa o objetivo geral proposto foi investigar como ocorre a proteção das línguas indígenas e sua abordagem nas escolas de educação básica indígena no Brasil, entendendo a cultura como parte formativa da criança e do adolescente e sendo este um direito resguardado pela proteção dos valores sociais democraticamente estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

No que tange aos objetivos específicos, a primeira parte do texto abordou o contexto de aniquilamento dos povos indígenas e o apagamento da sua cultura no Brasil contemporâneo. No segundo ponto tratou-se da proteção jurídica à cultura dos povos indígenas no Brasil assegurada na Constituição Federal de 1988. Por fim, o terceiro ponto verificou algumas das diretrizes da educação básica para comunidades indígenas relacionadas a manutenção das línguas originárias.

Assim, o questionamento que norteou a pesquisa foi: o Estado cumpre com a sua obrigação constitucional de ensino da língua indígena em escolas indígenas para a manutenção dessa cultura? Como hipótese tem-se que a concepção de que os indígenas representam uma cultura inferior, criada a partir de uma visão eurocentrica dos portugueses e reproduzida historicamente no Brasil, possibilitou a perpetuação de estruturas de poder que oprimiram e excluíram os povos originários, sendo somente a partir da Constituição de 1988 garantida o direito de manter e preservar a cultura indígena, porém essa proteção ainda é insuficiente.

Os resultados alcançados apontaram para a situação de que existe uma carência na regularização nos sistemas de ensino, na infraestrutura e

também nos censos oficiais sobre as escolas que matém o ensino bilíngue. O que denota uma desvalorização dessa cultura por parte do Estado.

O estudo se justifica uma vez que a educação bilíngue é um dos direitos garantidos constitucionalmente como uma das formas de preservação dessa riqueza cultural, reconhecendo que a sua pluralidade teve uma contribuição na formação do país e deve permanecer viva, sendo resguardada e praticada pelas novas gerações dentro de cada comunidade.

As práticas indígenas, especialmente no que tange à linguagem, denotam uma sociedade organizada, com compreensão dos fenômenos sociais e históricos. A língua se constrói como um vínculo enquanto grupo e contribui para a formação de uma identidade. Essa unidade tem a sua própria trajetória, uma raiz histórica que implica profundamente no desenvolvimento brasileiro.

O Estado como garantidor do direito à educação e do respeito e preservação da pluralidade cultural existente no país deve investir na manutenção das escolas bilíngues em comunidades indígenas, provendo recursos para a que essas estejam aptas a oferecer as condições básicas de ensino.

O método de abordagem é dedutivo e o método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1 O CONTEXTO DO ANIQUILAMENTO DOS POVOS INDÍGENAS E O APAGAMENTO DA SUA CULTURA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

A construção do imaginário individualista sobre o índio, produzido pela literatura histórica dominante, possibilitou a ocultação dos processos de organização sociais e comunitários indígenas, consolidando a narrativa do sujeito indígena selvagem como pessoa de menor importância.

Referendando um complexo do arranjo social de exploração, os indígenas foram descritos a partir de uma história única, a de submissão, dos que foram perdedores no confronto com os portugueses. Para uma compreensão aproximada de uma cultura é necessário que exista uma percepção mais abrangente.

As estruturas culturais orientam o comportamento dos homens, mas não podem ser vistas como malhas de ferro que não lhes possibilitem agir fora delas. Dessa forma, processos históricos e estruturas culturais influenciam-se mutuamente e ambos são importantes para uma compreensão mais ampla sobre os homens, suas culturas, histórias e sociedades. [...] A compreensão da cultura como produto histórico, dinâmico e flexível,

formado pela articulação contínua entre tradições e novas experiências dos homens que a vivenciam, permite perceber a mudança cultural não apenas enquanto perda ou esvaziamento de uma cultura dita autêntica, mas em termos do seu dinamismo, mesmo em situações de contato extremamente violentas como foi o caso dos índios e dos colonizadores (ALMEIDA, 2010, p. 19).

O desconhecimento da cultura indígena no Brasil se deu em grande parte por se tratar de um povo visto como secundário, o qual não recebeu, por muito tempo, o devido reconhecimento.

O desprestígio pelas práticas gerou um espaço para a criação de estereótipos, tais como índios são preguiçosos e não civilizados, herança de uma visão eurocentrista.

Essa identidade foi construída pelo discurso dos colonizadores, isso se dá por movimentos de silenciamentos: se digo ‘selvagem’ para o indígena o que silêncio é que ele não é civilizado, não pode ser um cidadão totalmente, enfim, a palavra selvagem silencia muitas coisas. E temos a mesma relação quando o indígena diz o ‘branco’, visto que ele silencia: aquele que não é indígena, aquele que ‘roubou’ as terras indígenas [...] (BONÁCIO, 2007, p. 1269).

A partir de diferentes formas de desrespeito à cultura indígena, sendo a versão de perdedores uma delas, se perpetuou a tentativa de apagamento das múltiplas facetas de sua história, como suas regras de convivência, crenças espirituais e conhecimentos relativos à terra. Dessa forma, “[...] com a destruição das bases da vida social indígena, a negação de todos os valores, o desposo, o cativo, muitíssimos índios deitavam em suas redes e se deixavam morrer, como só eles têm o poder de fazer (RIBEIRO, 1997, p. 40).

A chegada dos europeus “trazia da cárie dental à bexiga, à coqueluche, à tuberculose e ao sarampo. Desencadeia-se, ali, desde a primeira hora, uma guerra biológica implacável” (RIBEIRO, 1997, p. 43). As doenças do velho mundo contaminaram e mataram milhares de índios, sendo uma das mais potentes formas de destruição desses grupos.

No mesmo sentido, a colonização impactou as línguas dos agrupamentos indígenas, as quais sofreram reflexos negativos, alterações ou, em alguns casos foram eliminadas. “A primeira razão apontada para o desaparecimento de uma língua é a extinção de seu povo. Isso aconteceu de forma drástica para os povos indígenas das Américas durante o período da colonização” (BRAGGIO, 2003, p. 115).

O relativo isolamento da América do Sul e os remotenos de sua ocupação pelo homem tornam provável que as línguas introduzidas neste continente tenham evoluído por um longo tempo - pelo menos 10.000 mil anos - sem nenhum contato significativo com as dos outros continentes, para que eles poderiam ter desenvolvido recursos raros e únicos. O número dessas línguas no momento em que os europeus conheceram os ameríndios há 500 anos é calculado em 1,175 para o território brasileiro. Hoje, as línguas indígenas no Brasil não passam de 180. Portanto, cerca de 1.000 línguas desapareceram como consequência da colonização portuguesa. As línguas sobreviventes se enquadram na categoria de línguas ameaçadas, já que a mais populosa delas é falada por apenas 20.000 pessoas. Alguns deles estão à beira da extinção (RODRIGUES, 2021, p. 1).

As estruturas de poder se desdobraram e assumiram formas diversas em momentos históricos, mas o descaso com a cultura indígena e a visão do índio como secundário permaneceram. A conquista pelo domínio, enquanto conduta dos colonizadores, a qual está vinculada às estruturas de poder, determinou o lugar que os povos originários deveriam ocupar na história, o de subalternidade, reprimindo sua cultura.

Formas de controle foram utilizadas para criar no imaginário coletivo uma figura de inferioridade, como se os índios fossem desprovidos de intelecto, seres que são incapazes de compor a sociedade pois se vinculam ao instinto animalizado.

No Brasil contemporâneo a falta de políticas públicas denota a incompreensão acerca da importância da preservação da cultura indígena, embora o território brasileiro cubra 60% da floresta amazônica, a qual é “a maior e mais biodiversa floresta tropical do mundo, abrangendo 5.500.000 km² e 3.344 territórios indígenas formalmente reconhecidos”(OCDE, 2022, p. 11).

A perspectiva de um crescimento econômico por meio da expansão do agronegócio ocupa um lugar privilegiado, possibilitando que o desmatamento cresça e que territórios indígenas sejam invadidos ou prejudicados.

O interesse capitalista, na busca de exploração da riqueza natural, pressiona governos e despreza limites territoriais, se apropriando de terras pertencentes aos povos originários.

Num relatório de 2021 que conduzia uma análise ambiental do Brasil, a própria OCDE observou que, desde 2015, as taxas de desmatamento subiram no Brasil para picos de uma década em 2019 e 2020. As

emissões de gases de efeito estufa aumentaram 9,6% no Brasil em 2019.¹¹ A OCDE constatou que “as taxas de desmatamento dentro de áreas protegidas aumentaram mais de 40% em 2019/2020 em comparação a 2018/2019 e que os incêndios florestais aumentaram na Amazônia e em outros biomas megadiversos, como o Pantanal e o Cerrado. Em 2020, mais de 30% do Pantanal brasileiro - um bioma de savana na região CentroOeste do Brasil - queimou, causando grande perda de espécies vegetais e animais. Além disso, cerca de 94% do desmatamento nos últimos dois anos foi ilegal. As principais causas do desmatamento são conhecidas: expansão da agricultura comercial e pecuária, extração de madeira, mineração, especulação fundiária e expansão da infraestrutura (OCDE, 2022, p. 11).

Esse cenário reflete a construção histórica da desvalorização das populações indígenas. Assim, escolhas da gestão como o corte de orçamento e recursos nos principais ministérios, alguns deles o do meio-ambiente e o de direitos humanos, contribuíram para o enfraquecimento de ações protetivas e de monitoramento.

De acordo com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), no ano de 2019, houve uma intensificação de desapropriações de terras indígenas no país. Isso se deu muito em vista de invasões, grilagem e loteamento dessas terras. “Exemplo histórico de retrocesso é a luta perversa contra a reforma agrária, em que os poderosos donos das terras e que querem continuar donos das gentes também, mentem e matam impunemente[...]” (FREIRE, 2000, p. 17).

O último Censo Demográfico, realizado no ano de 2010, publicou a informação de que “[...] viviam no Brasil 896,9 mil indígenas, de 305 etnias e 274 línguas diferentes. Aquela pesquisa demonstrou que 57,7% da população indígena estava distribuída em 505 Terras Indígenas, das quais seis tinham mais de 10 mil habitantes” (FUNAI, 2022).

Além disso, também esclarecem que “a terra com maior população era a Yanomami, localizada nos estados do Amazonas e de Roraima, com 25,7 mil pessoas” (FUNAI, 2022). Compreende-se uma redução drástica nos povos indígenas, pois “calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. Os que escaparam ou se miscigenaram ou foram empurrados para o interior do país”(CARVALHO, 2002, p. 20).

Diante dessa conjuntura evidencia-se a necessidade de entendimento da situação das línguas indígenas, as quais significam mais do que um

simples instrumento de comunicação, representam a evolução de toda uma comunidade.

A situação das línguas indígenas brasileiras é, portanto, extremamente grave, seja do ponto de vista da perda do conhecimento linguístico e cultural que o desaparecimento de qualquer língua implica, seja do ponto de vista da desintegração social e espiritual de cada um dos povos que, com a perda da língua sob pressão externa, têm destruídos seus valores tradicionais sem tempo para a incorporação ou desenvolvimento de novos valores o que os leva ao empobrecimento e à marginalização social (RODRIGUES, 2021, p. 18).

Ainda sobre a fragilidade na preservação das línguas indígenas enfrentada pelo Brasil.

No extremo de uma hierarquia complexa, estão, por exemplo, as 160 línguas indígenas ainda sobreviventes em território brasileiro, algumas das quais decretadas extintas nos últimos dois anos; o último (semi-) falante de Apiaká morreu no começo de 2012, apenas para dar um exemplo. Outras línguas contam com menos de 10 falantes, outras ainda se mostram vitais mas com variados sinais de declínio, como o abandono de artes verbais, de partes do léxico culturalmente cruciais, o uso do português como língua franca, o crescente bilinguismo língua(s) indígena(s)/português. As línguas nativas ‘ameaçadas’ são a maioria absoluta, são muito mais do que as oficialmente declaradas como tais, se adotarmos o critério internacional que define como ‘línguas em perigo’ as que têm menos de mil falantes (FRANCHETTO, 2013, p. 1).

Sem políticas de valorização e manutenção das línguas indígenas, o país contribui para o apagamento dessas culturas. Portanto, a construção e fortalecimento de um arcabouço jurídico que resguarde esse conjunto cultural se torna imprescindível.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À CULTURA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL ASSEGURADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A população indígena experimentou diferentes formas de exploração e nunca ocupou lugar de destaque dentre as pautas do grupo social. No ano de

1967, o Brasil criou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), cujo principal objetivo era o de promover os direitos indígenas.

Porém, nesse momento histórico, a ideia sobre essa população ainda estava muito vinculada aos discursos elitistas e preconceituosos, especificamente no que tange à ideia de incapacidade de gerir a própria vida, além de ser um grupo visto como distinto de outros que compõe a sociedade.

A escola, do século XVI até praticamente a metade deste século, representou uma forma de supressão da cultura indígena. Dessa forma, “[...]a oferta de programas de educação escolar às comunidades indígenas esteve pautada pela catequização, civilização e integração forçada dos índios à sociedade nacional”(MEC, 1999, p. 4). A educação estava vinculada à cultura eurocêntrica, a qual desvalorizava os saberes indígenas e toda a sua riqueza cultural.

Dos missionários jesuítas aos positivistas do Serviço de Proteção aos Índios, do ensino catequético ao ensino bilíngüe, a tônica foi uma só: negar a diferença, assimilar os índios, fazer com que eles se transformassem em algo diferente do que eram. Neste processo, a instituição da escola entre grupos indígenas serviu de instrumento de imposição de valores alheios e negação de identidades e culturas diferenciadas (MEC, 2002, p. 29)

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 que alguns avanços no sentido de reconhecimento e garantias foram instituídos. Esse documento marcou como inovações o abandono da perspectiva que via o índio como uma categoria social que desapareceria e também garantiu aos índios o direito sobre as terras, como direitos originários. Sendo que a principal bandeira “centrava-se no reconhecimento dos territórios tradicionais e na busca de alternativas econômicas que possibilitassem uma maior autonomia para as comunidades indígenas [...]” (GRUPIONI, 2006, p. 47).

Foi a primeira Constituição do Brasil a dedicar um capítulo específico, Capítulo VIII, à proteção dos povos originários. Também se ressalta que:

Ainda que diferentes legislações garantissem as terras coletivas e alguns outros cuidados especiais para os índios enquanto eles não fossem considerados civilizados, a proposta de promover a integração e extingui-los como grupos diferenciados iria se manter até a Constituição de 1988. Essa foi a primeira lei do Brasil que garantiu aos índios o direito à diferença, marcando uma virada significativa na legislação brasileira. A nova lei, em

grande parte influenciada pelos movimentos sociais e indígenas do século XX [...] (ALMEIDA, 2010, p. 16).

A Constituição de 1988 inovou ao trazer uma nova compreensão sobre as populações indígenas.

O maior saldo da Constituição de 1988, que rompeu com uma tradição da legislação brasileira, diz respeito ao abandono da postura integracionista que sempre procurou incorporar e assimilar os índios à “comunidade nacional”, vendo-os como uma categoria étnica e social transitória, fadada ao desaparecimento. Com a aprovação do novo texto constitucional, os índios não só deixaram de ser considerados uma espécie em vias de extinção, como passaram a ter assegurado o direito à diferença cultural, isto é, o direito de ser índios e de permanecer como tal (MEC, 2002, p. 14).

Certificou a esses povos o seu direito de manter e preservar a sua própria cultura, costumes, língua, crenças e tradições, incluindo o direito à educação bilíngue, na tentativa de preservar a cultura viva de um povo invisibilizado por séculos.

O Estado começou a estruturar, por meio do Ministério Público Federal (MPF), uma eficiente rede de atendimento às demandas jurídicas dos povos indígenas. Designou ao menos um procurador da República dedicado à defesa dos interesses indígenas em todos os estados da federação, lotados nas capitais, o que vem se espalhando por outras cidades do interior que sediam varas da Justiça Federal[...] (ARAÚJO; LEITÃO, 2002, p. 9).

Em seu artigo 231, a Constituição previu que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam[...]”, conferiu em seu artigo 232 o poder de serem parte, “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”, o que representou um grande avanço, uma vez que conquistaram o status de parte, o qual significa poder.

As conquistas dos direitos indígenas positivadas na Constituição Federal de 1988 promoveram uma nova percepção e também apontaram para a necessidade de traçar um novo padrão de desenvolvimento, no qual se intensificaria o respeito e a inclusão das população indígenas.

Importante ressaltar que em 2001, o Código Civil “extirpou de seu texto a menção à relativa capacidade. Além da tutela dos índios fixada pelo código de 1916. Ele tampouco fala em tutela, tendo varrido de seu vocabulário o ultrapassado termo silvícola” (ARAÚJO; LEITÃO, 2002, p. 27).

Quando se trata de possibilidades de desenvolvimento dentro de um ambiente de diversidade sócio-cultural, importa colocar que a educação tem um papel fundamental. Assim, a Constituição previu em seu artigo 210, parágrafo 2º “o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. O que demonstrou uma tentativa de preservar os costumes de cada grupo indígena, para que esse conhecimento permaneça dentro da comunidade.

O que se quer promover é um bilingüismo aditivo: pretende-se que o aluno indígena adicione a língua portuguesa ao seu repertório lingüístico, mas pretende-se também que ele se torne cada vez mais proficiente na língua de seus ancestrais. Para tanto, insiste-se na importância de que a língua de instrução seja a língua indígena ao longo de todo o processo de escolarização e não apenas nas séries iniciais. Além disso, esse modelo busca promover o respeito às crenças, aos saberes e às práticas culturais indígenas (GRUPIONI, 2006, p. 22)

O contexto brasileiro é marcado por desigualdades e resta evidente que a estruturação de um currículo nacional para a educação básica preocupado com a preservação de um cenário cultural diverso e que contemple os saberes indígenas é relevante para a construção de um novo paradigma.

3 AS DIRETRIZES DA EDUCAÇÃO BÁSICA PARA COMUNIDADES INDÍGENAS RELACIONADAS À MANUTENÇÃO DAS LÍNGUAS ORIGINÁRIAS

As leis voltadas à proteção das demandas e necessidades próprias dos povos originários derivam de longos processos de organização e lutas. Acerca da educação indígena:

A educação indígena refere-se aos processos próprios de transmissão e produção dos conhecimentos dos povos indígenas, enquanto a educação escolar indígena diz respeito aos processos de transmissão e produção dos conhecimentos não-indígenas e indígenas por meio da escola, que é uma instituição própria dos povos colonizadores. A educação escolar indígena refere-se à

escola apropriada pelos povos indígenas para reforçar seus projetos socioculturais e abrir caminhos para o acesso a outros conhecimentos universais, necessários e desejáveis, a fim de contribuírem com a capacidade de responder às novas demandas geradas a partir do contato com a sociedade global (LUCIANO, 2006, p. 129).

Importa ressaltar que as comunidades auxiliam na educação dos seus membros, a “educação indígena, designa o processo pelo qual cada sociedade internaliza em seus membros um modo próprio e particular de ser, garantindo sua sobrevivência e sua reprodução”(MEC,1999, p. 2). Se trata do aprendizado de valores, os quais são peculiares de cada agrupamento.

As sociedades indígenas foram construindo sua história pela criação de sistemas complexos de compreensão da natureza, do sobrenatural e de sua vida. Os grupos têm formas singulares de organização do pensamento, valores, vivências e práticas que são transmitidas de geração em geração. Por tanto, ”experimentar, estabelecer relações de causalidade, formular princípios, definir métodos adequados, são alguns dos mecanismos que possibilitaram a esses povos a produção de ricos acervos de informações [...]” (MEC, 1999, p. 4).

Na área educacional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN) complementa a legislação constitucional quando se trata da educação indígena. No artigo 79 está previsto que “a União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa”. Assim:

Art. 79 - § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas; § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos: I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena; II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas; III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades; IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL, 1996).

Ainda, a Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), aprovou a Resolução nº 03/CNE/CEB de 1999, que

fixou diretrizes nacionais para o funcionamento das escolas indígenas. No artigo 2º ficou disposto que:

Art. 2º - Constituirão elementos básicos para a organização, a estrutura e o funcionamento da escola indígena: o ensino ministrado nas línguas maternas das comunidades atendidas, como uma das formas de preservação da realidade sociolingüística de cada povo; [...]IV - a organização escolar própria. Parágrafo Único. A escola indígena será criada em atendimento à reivindicação ou por iniciativa de comunidade interessada, ou com a anuência da mesma, respeitadas suas formas de representação (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 1999).

Já o artigo 3º, da Resolução Nº 03/CNE/CEB, aduz que “na organização de escola indígena deverá ser considerada a participação da comunidade, na definição do modelo de organização e gestão[...]”, visando o reconhecimento e valorização de cada agrupamento.

No que tange aos professores, “garante uma formação específica para a educação intercultural e bilíngue, formação esta que poderá ser realizada em serviço e, quando necessário, de forma concomitante com a formação básica[...]”(SILVA, 2020, p. 77).Essa atividade deve ser exercida, preferencialmente, por professores que pertencem à mesma cultura da localidade.

O conhecimento tem que ser útil para garantir a sobrevivência do grupo. Então, não se valoriza muito o saber relevante para apenas um único indivíduo. Muito pelo contrário: valoriza-se a aquisição de conhecimentos que sejam úteis para o bem-estar comunitário. E, além disso, o ensino não é uma responsabilidade de uma única pessoa, ele é responsabilidade de todos. Na Educação Indígena, não existe a figura do ‘professor’. São vários os ‘professores’ da criança. A mãe ensina; ela é professora. O pai é professor, o velho é professor, o tio é professor, o irmão mais velho é professor (GRUPIONI, 2006, p. 18).

Os professores indígenas ocupam um lugar de importância na estruturação de um ensino que é baseado na manutenção e respeito à diversidade, estes serão os mediadores dos processos que envolvem toda uma interação intercultural.

A educação bilíngüe, adequada às peculiaridades culturais dos diferentes grupos, é melhor atendida através de professores índios. É preciso reconhecer que a formação

inicial e continuada dos próprios índios, enquanto professores de suas comunidades, deve ocorrer em serviço e concomitantemente à sua própria escolarização. A formação que se contempla deve capacitar os professores para a elaboração de currículos e programas específicos para as escolas indígenas; o ensino bilíngüe, no que se refere à metodologia e ensino de segundas línguas e ao estabelecimento e uso de um sistema ortográfico das línguas maternas; a condução de pesquisas de caráter antropológico visando à sistematização e incorporação dos conhecimentos e saberes tradicionais das sociedades indígenas e à elaboração de materiais didático-pedagógicos, bilíngües ou não, para uso nas escolas instaladas em suas comunidades (MEC, 2002, p. 31).

A educação envolve uma complexidade, para além do aprendizado de conhecimentos universais, exige uma compreensão das interações do ambiente em torno do estudante. A leitura do mundo que se constrói “na possibilidade que mulheres e homens [...] criaram de inteligir a concretude e de comunicar o inteligido se constitui como fator indiscutível de aprimoramento da linguagem” (FREIRE, 2000, p. 21).

As ações e políticas do Ministério da Educação - MEC são norteadas pelo Decreto nº 6.861, de 2009, que trata sobre a educação escolar indígena e define sua organização em territórios etnoeducacionais. Entre as principais definições do documento estão a garantia da participação dos indígenas na organização escolar; as normas próprias e diretrizes curriculares específicas, voltadas ao ensino intercultural e bilíngüe ou multilíngüe (MEC, 2019).

Com um aprendizado vinculado às tradições próprias de cada grupo, ao transmitir conhecimentos dos ancestrais, é possível preservar a memória do país, construídas a partir das malhas da sapiência de cada agrupamento indígena.

A língua é sentida pelos povos que a falam como marca de identidade cultural, ou seja, o que os torna únicos aos olhos do outro. Não é incomum encontrar povos que perderam sua língua e que queiram aprender a língua de um outro povo indígena. Nesse sentido, a língua é o símbolo que marca a identidade cultural. Também é a língua que os remete ao seu passado e os projeta no futuro. Muito da história de um povo estará perdida se sua língua desaparece. O papel da língua, pois, para a definição da cultura e da memória histórica de um povo é primordial (BRAGGIO, 2002, p. 13).

Cabe ressaltar que embora existam diferenças estruturais entre as línguas, “todas as línguas têm uma gramática complexa que permite que seus falantes as utilizem com diferentes finalidades, satisfazendo suas necessidades psicológicas e sociais eficientemente” (MAIA, 2006, p. 13). Porém, em razão de estruturas de poder e fatores históricos, algumas línguas recebem mais prestígio do que outras, o que apresenta também um aspecto econômico vinculado à comunicação.

As formas de educação pensadas para a prática nas comunidades indígenas permite que seus saberes e costumes sejam transmitidos. “Nas sociedades indígenas, o ensinar e o aprender são ações mescladas, incorporadas à rotina do dia a dia, ao trabalho e ao lazer e não estão restritas a nenhum espaço específico. A escola é todo o espaço físico da comunidade” (GRUPIONI, 2006, p. 17).

O ensino praticado possibilita que os hábitos dos agrupamentos não se percam e possam ter uma continuidade nas gerações mais jovens, a língua é um símbolo de identidade e deve estar protegida.

As sociedades indígenas dispõem de seus próprios processos de socialização e de formação das pessoas, mobilizando agentes para fins educacionais. Os momentos e atividades de ensino e de aprendizagem combinam concepções próprias sobre o que deve ser aprendido: como, quando e por quem, com espaços e momentos formais e informais (SILVA, 2020, p. 95).

No mesmo sentido, a Resolução nº 5, de 22 de junho de 2012, a qual apresenta Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica, define como seu objetivo nº 7:

zelar para que o direito à educação escolar diferenciada seja garantido às comunidades indígenas com qualidade social e pertinência pedagógica, cultural, linguística, ambiental e territorial, respeitando as lógicas, saberes e perspectivas dos próprios povos indígenas (BRASIL, 2012).

No entanto, segundo dados do último Censo Escolar Indígena de 2018, embora 3.345 unidades escolares utilizem linguagem indígena, 2.417 escolas não informaram a língua indígena adotada (MEC, 2019). Além disso, no mesmo Censo foram trazidos dados como 1.029 escolas indígenas não funcionam em prédios escolares; 1.027 escolas indígenas não estão regularizadas por seus sistemas de ensino. Também 1.970 escolas não possuem água filtrada, 1.076 não possuem energia elétrica e 1.634 escolas não possuem esgoto sanitário. São 3.077 escolas sem biblioteca, 3.083 sem

banda larga e 1.546 que não utilizam material didático específico (MEC, 2019).

As estruturas físicas de suporte ao aprendizado das ciências, informática e linguagens encontram-se praticamente ausentes nas escolas indígenas. Somente 6,84% das escolas indígenas possuem laboratórios de informática, 0,50% contam com laboratórios de ciências, 8,01% possuem bibliotecas e 14,73% tem acesso à internet (MEC, 2019).

Todas as informações coletadas e publicadas pelo Censo Escolar Indígena de 2018 refletem a realidade de descaso com as escolas indígenas. Apesar de uma legislação protetiva, a qual conferiu novos direitos aos povos originários, percebe-se que ainda existe um longo caminho até uma real efetivação desses direitos.

Ainda, importa garantir o acesso a métodos de ensino e aprendizagem que sejam condizentes com a proposta de respeito à diversidade cultural linguística indígena, prevista no artigo 210 da Constituição Federal de 1988, principalmente no que tange à construção coletiva de conhecimentos, uma vez que o Estado tem o dever de assegurar que o modelo de organização e gestão das escolas indígenas considere as práticas culturais daquela comunidade, bem como suas formas de construção do conhecimento.

A educação como um direito da criança e do adolescente teve seu primeiro marco com a Constituição Federal de 1988, a qual previu, em seu artigo 205, a educação como sendo um dever do Estado, estabelecendo que esta “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

No ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), adotando a teoria da proteção integral prevê que a criança e o adolescente devem ter preferência na formulação e na execução de políticas sociais (BRASIL, 1990, artigo 4º alínea b), apontando para a relevância de políticas que considerem as peculiaridades desse público.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) de 1996 positivou a garantia de respeito e manutenção das manifestações culturais, pois o processo de desenvolvimento do ser inclui as manifestações do meio no qual este convive. Assim, preceitua em seu artigo 1º que:

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO, 1996).

Para que os processos de aprendizagem dos estudantes sejam organizados, de forma individual e coletiva, em nível intelectual, emocional e ético é necessário que se compreenda o sujeito como um ser complexo.

Quando se trata de educação em escolas indígenas, a comunidade ocupa um lugar de destaque, pois cada grupo indígena tem suas manifestações e essa bagagem cultural deve permanecer presente nos processos educacionais em escolas indígenas.

Assim, a Resolução nº 5, de 22 de junho de 2012, a qual apresenta Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica descreve, em seu artigo 3º, que um dos princípios da escola indígena deve ser “a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências” (BRASIL, 2012).

Portanto, é possível identificar que existem garantias legais que tratam do direito indígena no que tange à proteção linguística dessa parcela da população e que em diferentes documentos se buscou preservar as manifestações culturais dos diversos agrupamentos existentes no Brasil. Porém, as proteções legais aconteceram de maneira mais expressiva após a Constituição Federal de 1988, momento em que muitas línguas indígenas já haviam desaparecido.

CONCLUSÃO

Em um cenário de exploração e violência, ideias de segregação foram construídas pelos europeus, os quais compreendiam os povos indígenas como selvagens, deixando um legado de etnocentrismo.

Durante muitos séculos os índios viveram a exclusão, em uma sociedade de classes e elitista com concepções e legislações que marginalizavam aquele, sofreram a opressão do silenciamento e a perpetuação da tentativa de aniquilar a pluralidade de sua cultura.

Foi apenas em 1988, a partir da Constituição Federal, que novos direitos foram assegurados. Alguns pontos de grande relevância surgiram como o direito à propriedade das terras que ocupam na forma de direito originário, e o reconhecimento à preservação de sua diversidade cultural. Membros de grupos distintos, gradualmente ganharam espaço e direito de dar continuidade aos elementos de conexão dentro de suas comunidades, sendo a língua um deles.

Nesse sentido, na terceira parte deste trabalho foram examinados os dados oficiais a respeito da situação de escolas indígenas, refletindo acerca da prestação desse serviço pelo Estado e o estudo demonstrou que existe uma lacuna nos dados oficiais que tratam da utilização das línguas indígenas nas

escolas e outros índices demonstraram a ineficiência do Estado ao cumprir essas garantias, principalmente pela falta de estrutura física, prejudicando o acesso à educação dos povos indígenas.

O presente estudo confirma, assim, a hipótese no sentido de que o Estado não cumpre com as práticas legalmente previstas de ensino da língua indígena em escolas indígenas para a manutenção dessa cultura, pois esse não oferece o mínimo de estrutura física em muitas dessas escolas.

Esse cenário exige ações governamentais específicas, com um planejamento acurado, compreendendo que os direitos devem ser de uma perspectiva pluralista que ampare o multiculturalismo sendo essa uma condição fundamental para que as escolas indígenas cumpram com o propósito de preservar a cultura e responder às demandas próprias de cada agrupamento indígena.

Dessa forma as escolas podem chegar ao patamar de se tornarem ambientes acolhedores que visem garantir o acesso a conhecimentos universais e que também propiciem a manutenção da cultura indígena, especialmente de suas línguas, resguardando a riqueza das tradições dos povos originários.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. R. C. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ARAÚJO, A.; LEITÃO, S. **Direitos Indígenas: avanços e impasses pós-1988**. Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III, p. 23-33. Disponível em: <http://laced.etc.br/arquivos/02-Alem-da-tutela.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRAGGIO, S. L. B. **O papel da pesquisa sociolingüística em projetos de educação, vitalização de língua e cultura: relatos sociolingüísticos iniciais dos Avá-Canoeiro de Minaçu**. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/19844/3/Artigo%20-%20Silvia%20Lucia%20Bignonjal%20Braggio%20-%202003.pdf> Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 03 Conselho Nacional de Educação (CNE)**. Fixa Diretrizes Nacionais para o funcionamento das escolas indígenas e dá outras providências. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0399.pdf> Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 05 Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena na Educação Básica**. 2012. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=11074-rceb005-12-pdf&category_slug=junho-2012-pdf&Itemid=30192 Acesso em: 5 ago. 2022.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio (FUNAI). **Censo 2022 vai alcançar comunidades indígenas do país**. Saiba como será a pesquisa nas aldeias. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2022-02/censo-2022-vai-alcancar-comunidades-indigenas-do-pais-saiba-como-sera-a-pesquisa-nas-aldeias> Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **MEC trabalha por avanços na educação escolar indígena**. 2019. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/206-noticias/1084311476/75261-mec-trabalha-por-avancos-na-educacao-escolar-indigena> Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **As leis e a educação escolar indígena: Programa Parâmetros em Ação de Educação Escolar Indígena**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Fundamental, 2002.

BONÁCIO, D.; HONÓRIO, M. A. Identidade, história e língua: o outro e o centro na construção discursiva do sujeito-indio. *In*: Celli -Colóquio de Estudos Linguísticos e Literários, 3, 2007, Maringá. **Anais...** Maringá, 2009. Disponível em: http://www.ple.uem.br/3celli_anais/trabalhos/estudos_linguisticos/pfd_linguisticos/019.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FRANCHETTO, B. **O monolinguismo é uma doença**. Seminário Virtual EASA/ABA/AAA/CASCA. 2013. Disponível em: www.wcaanet.org/events/. Acesso em: 20 jul. 2022.

FREIRE, P. **Pedagogia da indignação**: cartas pedagógicas e outros escritos / Paulo Freire. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

GRUPIONI, L. D. B. **Formação dos professores indígenas**: repesando trajetórias. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de educação continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

LUCIANO, G. S. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

MAIA, M. A revitalização de línguas indígenas e seu desafio para a educação intercultural bilíngue. *In: Tellus*, ano 6, n. 11, p. 61-67, out. 2006. Campo Grande, MS. Disponível em: <http://www.gpec.ucdb.br/projetos/tellus/index.php/tellus/article/view/105/127>. Acesso em: 30 jul 2022.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras , 1997.

RODRIGUES, A. D. (2019). Línguas indígenas: 500 anos de descobertas e perdas. **DELTA: Documentação e Estudos em Linguística Teórica e Aplicada**, v. 9, n. 1, 1993. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/delta/article/view/45596>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SILVA, J. M. Educação escolar indígena em São Gabriel da Cachoeira/AM: um pouco de história. **Relações Étnicas: Identidades, Raízes e Reconhecimento**, v. 5, n. 10, 2020. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/odeere/article/view/7578>. Acesso em: 30 jul. 2022.

INSIDER TRADING NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DO CASO JBS

INSIDER TRADING IN BRAZIL: A PERSPECTIVE OF THE JBS CASE

Júlia Martins Amaral*

João Cenamo Baldi de Freitas**

Victor Luiz Pereira de Andrade***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O caso JBS. 3 Positivação do insider trading na legislação brasileira. 4 A economia, o direito e a expansão do Direito Penal evidenciada por Silva Sánchez. 5 A Constituição Federal de 1988, a ordem econômica e a possível abusividade na interferência do Estado regulador. 6 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a prática do insider trading no Brasil e as diferentes sanções que podem ser aplicadas aos responsáveis por praticar tal conduta ilícita, que abrangem o âmbito administrativo, civil e penal. Para que a elaboração do debate seja aprofundada, trataremos inicialmente dos conceitos preliminares, estabelecendo a definição de assimetrias de informação, a fim de possibilitar um melhor entendimento para a conceituação da prática de insider trading e dos possíveis insiders, assim como apresentar-se-á o contexto histórico de tal conduta, dando ênfase ao pioneirismo norte-americano. Posteriormente, o artigo buscou trazer a análise da positivação dessa prática na

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É membro do Grupo de Pesquisa Direito das Famílias, Cidadania e Direitos Humanos; do Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão, “Constituição e Cidadania” (NEPECC); do Núcleo de Estudos e Extensão sobre Trabalho Infantil (NEETI); do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos (NETPDH); é assessora jurídica de projetos da Empresa Júnior de Direito da Unesp (EJUR - Soluções Jurídicas); e pesquisadora bolsista da “Rede Estratégica e de Enfrentamento ao Desaparecimento de Crianças: Análise diagnóstica do desaparecimento de crianças no Brasil” (REDESPARC), que faz parte do conjunto de Redes Temáticas vinculadas à Universidade Estadual Paulista (Unesp).

** Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Membro do grupo de extensão Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão, Constituição e Cidadania (NEPECC). Assessor jurídico de projetos da Empresa Júnior de Direito da Unesp (EJUR - Soluções Jurídicas).

*** Doutorando pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Bolsista DS da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Artigo recebido em 12/09/2022 e aceito em 24/03/2023.

Como citar: AMARAL, Júlia Martins; FREITAS, João Cenamo Baldi de; ANDRADE, Victor Luiz Pereira de. Insider trading no Brasil: uma perspectiva a partir do caso JBS. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 127, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

legislação brasileira, por meio da análise da Lei nº 6.404/76 à luz do Direito Empresarial e das possíveis responsabilizações a serem aplicadas aos indivíduos culpabilizados, com destaque para os administradores das companhias. Visando realizar uma análise crítica, o trabalho desenvolveu uma discussão a respeito da expansão do Direito Penal e da maior interferência estatal na economia e no mercado de valores mobiliários. Por fim, tratou-se da aplicabilidade prática do tema, expondo o Habeas Corpus nº 416.785, julgado envolvendo a JBS, que exemplifica o disposto no presente artigo, através da utilização de informações privilegiadas para a obtenção de vantagem indevida. Enquanto método procedimental, o artigo é construído a partir de uma revisão de literatura aliada à pesquisa documental e jurisprudencial, analisadas a partir de uma perspectiva dedutiva aliada à técnica dogmática da ciência jurídica.

Palavras-chave: Insider trading. Informações privilegiadas. Responsabilização administrativa, civil e penal. JBS.

***ABSTRACT:** This article seeks to analyze the practice of insider trading in Brazil and the different sanctions that can be applied to those responsible for practicing such unlawful conduct, which cover the administrative, civil and criminal scopes. Initially dealing with preliminary concepts, the article intends to contribute to the definition of information asymmetries, in order to enable a better understanding for the conceptualization of the practice of insider trading and possible insiders, as well as presenting the historical context of such conduct, emphasizing the North American pioneering spirit. Subsequently, the article sought to bring the analysis of the inclusion of this practice in the Brazilian legislation, through the analysis of Law No. 6.404/76 under Business Law and possibilities towards making company administrators responsible. Aiming to carry out a critical analysis, the article establishes a discussion on the applicability and expansion of Criminal Law and the greater state interference in the economy and in the securities market. Finally, as a means of demonstrating the subjects relevance and applicability, the article starts with the detailing of Habeas Corpus nº 416.785, a precedent involving JBS S/A, a case which exemplifies the provisions of this article, through the use of privileged information to obtain an undue advantage. As a procedural method, the article is built from a literature review allied to documentary and jurisprudential research, analyzed from a deductive perspective allied to the dogmatic technique of the legal sciences.*

Keywords: insider trading. insider information. administrative, civil and criminal accountability. JBS.

INTRODUÇÃO

Quais são os limites éticos, morais e, conseqüentemente, jurídicos, da instrumentalização da posição privilegiada de administrador de uma companhia em prol da obtenção de ganhos individuais perniciosos à própria sustentabilidade e rentabilidade da companhia à qual se devia lealdade em primeiro lugar? Até que ponto podem ser os administradores responsabilizados pela exploração “econômica” das informações a que possuem Acesso em: razão de sua função?

O presente artigo parte do questionamento fundamental: o que é, afinal, a prática conhecida pela expressão inglesa *insider trading*? Quais seriam os limites para a atuação do Estado brasileiro na regulação da atividade econômica, em especial com relação à conduta de administradores e agentes do mercado de capitais?

Assim, o presente artigo adota enquanto proposta a de se explicitar, a partir de uma revisão de literatura e pesquisa documental compreendida a partir de uma perspectiva dedutiva, a visão do ordenamento jurídico brasileiro acerca da prática delituosa conhecida como *insider trading*.

Buscando uma aproximação com a prática e realidade, propõe-se o estudo do conceito a partir de uma de suas mais célebres e reconhecidas demonstrações, o caso JBS, possibilitando a contextualização de seu conceito e, assim, alcançando uma maior abrangência sob a perspectiva pedagógica a que se destina. O caso em questão evidenciou a utilização de informações privilegiadas por parte dos controladores das empresas JBS S/A e FB Participações S/A na venda e recompra de ações, assim como na aquisição de contratos de dólar futuros e a termo, caracterizando o delito de *insider trading* tipificado no artigo 27-D supracitado e a influência negativa que tal prática pode trazer a terceiros e ao mercado de valores mobiliários como um todo. Outrossim, adota-se enquanto marco teórico para a construção de uma perspectiva crítica a obra de Silva Sánchez.

A partir da análise dos conceitos basilares prévios ao *insider trading*, propõe-se uma estratégia de compreensão para o seu contexto e finalidade, possibilitando uma profunda e detalhada qualificação, tanto de sua origem estrangeira, quanto de sua aplicabilidade no Brasil, visando conferir a devida ênfase ao pioneirismo norte-americano, notório por haver pioneiramente adotado uma postura punitiva à hipótese em questão tanto nas esferas penal quanto nas esferas administrativa e civil.

Em uma perspectiva de direito interno, o trabalho aborda o contexto em que se deu a positivação do *insider trading* na legislação brasileira, tomando como ponto de partida a Lei nº 4.728/65, que apenas trouxe uma previsão superficial, sem estabelecer uma sanção específica para punir a prática em questão.

Posteriormente, analisa-se a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), responsável por sistematizar de maneira mais desenvolvida e eficiente tal instituto, trazendo consigo a possibilidade de serem aplicadas sanções civis e/ou administrativas aos responsáveis. Para tanto, demonstrar-se-á os deveres incorporados aos administradores para que estes efetuem uma boa gestão para a companhia, como o dever de lealdade e, conseqüentemente, os deveres de sigilo e de zelo, e o dever de informar. Tendo tal progressão normativa e os conceitos preliminares postos, o artigo passa a analisar a

possibilidade de, assim como ocorre no ordenamento norte-americano, se responsabilizar os ditos “insiders” em todas as esferas jurídicas.

Em um primeiro momento, será explicitada a responsabilização administrativa, para a qual a Lei nº 6.385/76 assume grande importância ao instituir a Comissão de Valores Mobiliários, incumbir-lhe a função de fiscalização e trazer, em seu art. 11, as possíveis penalidades administrativas, em seus diversos graus de gravidade, que se prestam não para satisfazer o interesse individual do que possa ter sido prejudicado pela conduta ilícita, mas para buscar evitar que tal prática continue sendo utilizada, de forma a restabelecer o funcionamento adequado e seguro do mercado de valores mobiliários.

Em um segundo momento, analisa-se a responsabilização civil, que encontra previsão no art. 155, §3º da Lei das S.A. e busca satisfazer os interesses individuais dos indivíduos que vierem a ser prejudicados pela prática do ilícito em questão, possibilitando a indenização por perdas e danos. Destacar-se-á, também, o entendimento doutrinário no sentido de que a própria companhia prejudicada pelo ilícito poderia ajuizar ação de responsabilidade civil contra os administradores cujas ações trouxeram prejuízo, desde que observada e comprovada culpa, dolo, violação da lei ou do estatuto da empresa no exercício das suas atividades.

Por último, o artigo abordará a responsabilização penal, trazida com a Lei nº 10.301/01, responsável por incluir o artigo 27-D à lei nº 6.385/76, possibilitando que seja aplicada, mediante a análise de cada caso em concreto, pena de reclusão e multa pela utilização indevida de informações privilegiadas.

O trabalho aborda, ainda, algumas das discussões que permeiam de forma substancial o assunto em pauta, em uma proposta não exaustiva, na qual se aborda, como exemplo, a possibilidade de flexibilização do princípio non bis in idem, visto que administradores poderiam ser condenados administrativa, civil e penalmente por praticarem uma única conduta enquanto inside traders.

1 O CASO JBS

Para fins de elucidação, demonstração e estudo do conceito de insider trading¹, propõe-se a análise do paradigmático Habeas Corpus (HC) nº 416.785 - SP (2017/0238762-5), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual atuou enquanto relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, tratando-se do primeiro caso de prisão aplicada ao crime de insider trading no Brasil. No caso em questão, figuraram enquanto partes a impetrante Ana Fernanda Ayres Delosso, dentre outros, e o impetrado, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Porém, antes de se passar à análise e desenvolvimento do estudo do caso supracitado, é importante se estabeleça uma própria contextualização do ocorrido. Trata-se de caso deflagrado a partir das investigações conduzidas pela Polícia Federal brasileira naquela que tornou conhecida como “Operação Lava Jato”, notória ação realizada no intento de se investigar a ocorrência de crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, cujas proporções impactaram todo o país e, em maior especificidade, foram responsáveis por apurar em detalhes as atividades desempenhadas pela JBS S/A, entidade e então sob o controle da empresa FB Participações S/A, que, por sua vez, era pertencente à holding J&F Investimentos e que, finalmente, era controlada pelos irmãos Joesley e Wesley Batista.

Frente a tal situação, os irmãos optaram por realizar uma delação premiada, negociando com a Procuradoria Geral da República (PGR), de tal forma que em 11 de maio de 2017 tal delação foi homologada. Entretanto, as investigações contra os irmãos se seguiram, tomando forma na operação denominada “Tendão de Aquiles”, uma operação policial investigativa que possuiu por interesse descobrir o uso de informações privilegiadas e a manipulação do mercado financeiro pelas empresas JBS e FB Participações por meio de transações por elas realizadas no mercado de capitais.

¹ Também conhecido como “uso indevido de informação privilegiada” (WIEDMANN, 2012, p. 22), trata-se da comercialização de ações, debêntures, entre outros, denominados de valores mobiliários, na qual os *insiders*, valendo-se de informações privilegiadas que ainda não foram divulgadas para os demais investidores, ou seja, ainda não foram trazidas à conhecimento do público, auferem vantagem para si ou para outrem. Dessa forma, “o *insider* compra ou vende valores mobiliários a preços que ainda não estão refletindo o impacto de determinadas informações, que são de seu conhecimento exclusivo” (EIZIRIK; GAAL; PARENTE; HENRIQUES, 2008 apud WIEDMANN, 2012, p. 23). Segundo Scalzilli e Spinelli, *insider trading* se refere à utilização, por parte de uma pessoa que detém relação privilegiada com a companhia emissora, de uma dada informação, que seja considerada como sendo relevante e seja capaz de influenciar a negociação estabelecida no mercado de valores mobiliários, antes dessa ser divulgada ao público (SCALZILLI; SPINELLI, 2007 apud CHARÃO; RIBEIRO, 2019, p. 144).

Dessa maneira, em vista daquilo que se instruíra a partir do Inquérito Policial nº 0006243-26.2017.403.6181, foi determinada a prisão preventiva dos irmãos Batista, uma vez que o inquérito conseguiu obter as provas necessárias para restar comprovado “a materialidade e indícios de autoria da prática do crime tipificado no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, crime conhecido por insider trading” (CABALINE, 2020, p. 67).

No relatório do HC, foi apresentado que o writ em questão interessou e foi ajuizado em nome de Wesley Mendonça Batista, relativo ao constrangimento ilegal referente ao indeferimento do pedido liminar disposto no Habeas Corpus anterior de nº 0003772-53.2017.4.03.0000, transcorrido no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Além disso, o HC analisado também possuía relação com a manutenção da sentença de prisão preventiva decretada pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal em São Paulo, exposta na Ação Cautelar nº 0012131-73.2017.4.03.6181.

Frente a isso, no teor da decisão prolatada ao HC nº 416.785/SP, o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior defendeu a concessão da tutela de urgência requerida por Wesley Batista à Sexta Turma do STJ. Vale ressaltar que o motivo da impetração do HC analisado se deu porque a decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 3ª Região indeferiu a liminar acerca do writ anteriormente impetrado.

Então, como expôs o relator Ministro Sebastião Júnior, alegou-se que a prisão cautelar do réu, Wesley Mendonça Batista, foi colocada sem fundamento, perante a ausência de algum fato novo para a Justiça já nos autos primários da operação Tendão de Aquiles. Na mesma medida, propôs-se que era injustificada a presunção de reiteração delitiva, tendo em vista que nos autos do Inquérito Policial nº 0006243-26.2017.403.6181 ocorreu a exclusão do paciente, detentor do cargo de Diretor Presidente da empresa JBS, “das atribuições relacionadas ao objeto da investigação” (BRASIL, 2017, [p. 3]).

Além disso, dispôs-se que não havia nenhuma prova, relato ou documento indicando a possibilidade de fuga ou de aproveitamento de patrimônio no exterior pelo sentenciado, como também ressaltou-se a colaboração do réu para com a Justiça e a inexistência de análise de processo revisional em acordo firmado em 3 de maio de 2017.

Assim, o relatório sustentou que o paciente colaborou com todos os atos processuais, de sorte que não demonstrou nenhuma razão para haver uma interpretação de reserva ou de obstrução em suas atitudes. Também considerou que o poder e a capacidade econômica de Wesley eram conhecidos de antemão pelas autoridades, de tal maneira que no caso de receio de interferência ou de fuga, a medida cautelar relativa deveria ter sido decretada e requerida anteriormente.

No fim do relatório, o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior apresentou a sustentação por parte dos impetrantes de que a aplicação de prisão preventiva contra Wesley Batista seria desproporcional, visto que a penalidade a ser aplicada ao delito por ele cometido seria mínima de um ano e não seria em regime fechado. Dessa forma, é colocado que:

Busca-se a superação do óbice da Súmula 691/STF em vista da flagrante ilegalidade da prisão decretada contra o paciente, a concessão de medida liminar a fim de que seja suspensa a custódia cautelar até o julgamento do mérito do writ, ou, subsidiariamente, seja substituída por medidas alternativas à prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017, [p. 4]).

Por fim, é requerida a “concessão da ordem de habeas corpus para confirmar a medida liminar e revogar a prisão preventiva do paciente” (BRASIL, 2017, [p. 4]). Porém, caso ao final do julgado em questão se entenda pela não concessão do pedido acima descrito, é solicitado que a prisão preventiva seja substituída, quer por outra medida cautelar, quer pela prisão em domicílio.

Em sequência, o voto do ministro relator seguiu com o teor de que o caso analisado na ocasião, o Habeas Corpus nº 416.785 - SP, possuía caráter excepcional suficiente para superar a compreensão da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal (STF) adotada pelo STJ, segundo a qual não seria de competência do STF “conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar” (BRASIL, 2003b). O magistrado também entendeu que houve demasiada desproporcionalidade na decretação da prisão preventiva para o paciente, muito embora tenha citado a compreensão contrária do Desembargador Federal, Maurício Kato, que indeferiu o pedido liminar feito no Habeas Corpus anterior, sustentando que deveriam ser aplicadas outras medidas cautelares, como por exemplo o seu afastamento da companhia.

Especificamente no que toca a prática de insider trading, o voto do Ministro-Relator Sebastião Júnior trouxe considerações e apontamentos relevantes acerca da suficiência de provas para a afirmação da materialidade e conduta delitiva, em razão da utilização ilícita de informações privilegiadas para a aquisição de vantagens. Como dissertou o magistrado, observou-se a situação de insider trading no instante em que ocorreu a venda de ações pela FB Participações, em conluio com a recompra de tais ativos pela JBS e a compra de contratos futuros em moeda de dólar com o aparato de informações confidenciais e privilegiadas obtidas nas negociações e colaborações premiadas com a justiça brasileira.

De acordo com informações do Ministério Público Federal (MPF), na ocasião em tratamento, a JBS teria um potencial de ganho na margem dos cem milhões de reais através da atuação com derivativos de câmbio e a subsequente valorização do dólar. Da mesma maneira, perante a venda e a recompra das ações - responsáveis pela desvalorização dos ativos -, segundo as estimativas do MPF, foram capazes de poupar da companhia uma perda patrimonial de cerca de 140 milhões de reais.

Na compreensão do desembargador Maurício Kato, todos os requisitos para a segregação cautelar de Wesley estavam presentes, bem como sustentou que não houve uma ostensiva ilegalidade na decisão tomada acerca da prisão, de tal forma que não caberia conceder a medida liminar requerida naquele momento. A medida cautelar fora solicitada em razão do Inquérito Policial nº 0006243-26.2017.403.6181, que, conforme já mencionado anteriormente, buscou averiguar a possível prática do ilícito de insider trading.

Dessa forma, por conta do Comunicado ao Mercado nº 02/2017, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) trouxe à público que procedimentos administrativos estavam sendo instaurados com o intuito de avaliar se as operações realizadas no mercado da bolsa de valores pela FB Participações S/A, mais especificamente no que tange à venda de ações da empresa JBS S/A, estariam dentro da legalidade, uma vez que o comportamento de venda e recompra de ações por parte das duas empresas, assim como a obtenção de contratos futuros e a termo de dólar, mostrava-se suspeito.

Além do mais, o Desembargador Federal expressou que, de acordo com o mesmo inquérito, notaram-se grandes oscilações nos preços de ativos e ações de empresas controladas pelo grupo JBS e J&F, no sentido da variação cambial dólar-real, como efeitos e consequências da mencionada colaboração premiada, a qual foi a público no dia 17 de maio de 2017.

Nesse sentido, seguiu a sua linha argumentativa comentando que, em função das informações privilegiadas detidas por Wesley Batista, haveria indícios suficientes para entender que ele estava comercializando ações pela FB Participações, além de estar comprando contratos não só futuros, mas também a termo de dólar no período de 24 de abril a 17 de maio daquele ano, aproveitando-se das informações privilegiadas que detinha por conta da delação, o que configura, por tal motivo, o delito de insider trading.

Dessa maneira, ele estaria, enquanto realizava as operações supracitadas, negociando acordo de colaboração premiada com a PGR. Por meio disso, estipula o Desembargador que no decorrer das negociações criminais iniciadas em março de 2017, com a assinatura de um termo de confidencialidade no dia 28 daquele mês e homologado em maio de 2017, o paciente teria feito o uso desses dados e informações para se aproveitar de

vantagens indevidas. Desse modo, destaca-se que os autos da investigação evidenciam provas suficientes para que tal prática fosse enquadrada no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76.

Brevemente, quanto à prisão preventiva, a decisão de Kato conteve o sentido de defendê-la, pelas razões de garantir a ordem pública e econômica e por assegurar o cumprimento da lei penal. Argumentou-se que a custódia cautelar se fundamentava em evitar que o paciente voltasse a praticar os delitos, visto que não havia nenhum indicativo de que a liberdade o faria ser honesto.

Finalmente, por meio da observação do voto do ministro-relator do Habeas Corpus nº 416.785 - SP, em comparação com o voto e a decisão do Desembargador Kato do TRF da 3ª Região, é possível notar que os crimes e as ilegalidades referentes ao plano econômico foram reconhecidos e punidos por ambos os magistrados. Porém, em contrapartida, o Ministro Sebastião Júnior compreendeu equivocada e exagerada a sentença de prisão preventiva, sustentada pelo Desembargador.

No sentido de acompanhar o entendimento do Desembargador, trazido no voto do Ministro relator e explicitado no tópico anterior, o Ministro Rogerio Schietti Cruz, responsável por proferir o voto vencedor e restar vencido o voto do relator, entendeu que não caberia, nesse caso em concreto, afastar a Súmula 691. Destacou, também, que por conta da magnitude do delito cometido, responsável por influenciar de maneira marcante o mercado financeiro, e pela reiteração delitiva, evidenciada já na decisão monocrática do Tribunal Regional da 3ª Região, a prisão preventiva de Wesley não se mostra “injusta nem absolutamente desnecessária”, de tal forma que entende, por tal motivo, não ser possível conceder a liminar e, conseqüentemente, intervir na competência do tribunal anterior para julgar o habeas corpus nele impetrado.

Levando a decisão em consideração, é possível perceber a importância que os delitos de insider trading assumem no cenário do mercado de valores mobiliários, uma vez que acabam por o desestabilizar, então podendo prejudicar terceiros e romper com toda a segurança e a confiança que deveria existir. Dessa maneira, a análise minuciosa de cada caso em concreto, como a realizada nas diversas ações judiciais transcorridas para avaliar a possibilidade de utilização indevida de informações privilegiadas por parte dos irmãos Batista, mostra-se essencial para garantir que o mercado funcione de forma eficiente, transparente e segura.

2 A POSITIVAÇÃO DO INSIDER TRADING NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A fim de tornar possível uma discussão acerca da relevância e aplicabilidade do Direito Penal e, conseqüentemente, de penas privativas de liberdade em casos envolvendo a prática de insider trading, cabe estabelecer, em um primeiro momento, um sintético panorama de como tal conduta se encontra efetivamente positivada na legislação pátria.

Assim sendo, a primeira referência, ainda que superficial, acerca do insider trading no país, foi a Lei nº 4.728/65, que trouxe, em seu artigo 1º, a responsabilidade do Conselho Monetário Nacional em disciplinar o mercado financeiro e de capital, ao mesmo tempo que atribuiu ao Banco Central a função de fiscalização do mesmo. Frente a isso, em seu artigo 3º, inciso X, a legislação em análise trouxe que “Compete ao Banco Central: [...] X - fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso” (BRASIL, 1965).

Dessa forma, a legislação apenas condenava e sancionava condutas genéricas, sem estabelecer os parâmetros para que ocorresse uma efetiva fiscalização, sem que se delimitasse “os atos que podem configurar o privilegiamento de informações” (LEÃES, 1978 apud CHARÃO; RIBEIRO, 2019, p. 147)².

² Destaca-se que o primeiro registro da prática de *insider trading* data do século XVII, com a formação das primeiras sociedades acionárias. Tornou-se possível visualizar um “clamor público contra abusos nas manipulações da Bolsa, o que deu causa à sua coibição mediante decretos de 1610” (FILHO; PEDREIRA apud CORDEIRO, 2013, p. 19), ou seja, certos grupos, que detinham informações privilegiadas, realizaram uma negociação de suas ações, prejudicando os investidores que não possuíam acesso às mesmas, investidores esses que passaram a denunciar a prática (WIEDMANN, 2012, p. 25). Frente a isso, é importante citar o “fenômeno conhecido como separação entre propriedade acionária e gestão” (CORDEIRO, 2013, p. 20-21). Inicialmente, o indivíduo responsável por fundar a empresa assumia, na maioria dos casos, a posição de acionista controlador, podendo dispor sobre as atividades da própria companhia mediante o seu interesse, de maneira que as noções de empresa e empresário e de administração e capital eram confundidas. Porém, com o advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a formação de “uma nova ordem econômica e social” (CORDEIRO, 2013, p. 21), a complexidade das relações empresariais aumentaram, o que fez com que uma gestão empresarial estruturalmente organizada se tornasse essencial. Com isso, a administração da empresa passou a ser cedida a profissionais especializados e capacitados, fazendo surgir a figura dos administradores. Foi justamente com a alteração na gestão que se possibilitou uma utilização das informações privilegiadas da empresa de forma desleal por parte dos responsáveis pela administração, detentores de maior conhecimento, garantindo-lhes uma “superioridade, em comparação com as outras pessoas que não possuíam o mesmo fácil acesso” (MUSSNICH, 1979 apud CORDEIRO, 2013, p. 22) a informações.

Foi apenas com a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conhecida como Lei das Sociedades por Ações (S.A.) que a prática do insider trading foi sistematizada e melhor disciplinada pelo ordenamento brasileiro, de forma “a estabelecer sanções civis e administrativas aos insiders” (CHARÃO; RIBEIRO, 2019, p. 148). Dessa maneira, foram estabelecidos deveres para os administradores, de forma a garantir um melhor funcionamento do mercado e evitar a prática do ilícito em questão.

O art. 155 desta lei estabelece que “o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo” (BRASIL, 1976b). A disposição faz surgir o dever de lealdade dos administradores para com a empresa na qual trabalham, de maneira a guardar para si as informações que obtiveram durante o exercício da sua função e que envolvam a companhia.

Ademais, o §1º desse mesmo artigo estabelece o dever de sigilo, de maneira que o administrador assume a responsabilidade de manter em sigilo as informações que ele possuir em razão de sua posição na companhia e que ainda não tiverem sido divulgadas ao público do mercado. O parágrafo veda, ainda, a utilização de tal informação privilegiada por parte do administrador para obter vantagem indevida, seja para si, seja para terceiro, no momento de negociação de valores mobiliários, devendo o administrador ter a cautela, conforme estabelece o §2º, para que a violação não ocorra “através de subordinados ou terceiros de sua confiança” (BRASIL, 1976b), tendo também, conseqüentemente, o dever de zelo. Dessa forma, o dever de sigilo, conseqüência do dever de lealdade, traz a vedação, de maneira expressa, do insider trading, juntamente com o §4º do art. 155, incluído pela Lei nº 10.303, de 2001, que também estabelece tal vedação.

Assim sendo, entende-se que o administrador possui o dever de “ser leal à companhia, devendo manter segredo sobre os negócios que dela fazem parte; não se aproveitar de oportunidades pelo conhecimento obtido em razão de sua função (insider trading); não agir de forma a conflitar os seus interesses pessoais aos da companhia” (TEIXEIRA, 2018, [p. 239]).

É estabelecido ao administrador, também, o dever de informar, que se encontra expressamente previsto no art. 157 da Lei das S.A. Frente a isso, cabe destaque o §4º, que estabelece a obrigatoriedade dos administradores de companhias abertas de informar a respeito de alterações ou informações relevantes que ocorram na empresa e nos seus negócios que possam vir a influenciar na decisão de possíveis futuros acionistas durante as suas negociações no mercado de valores mobiliários.

O dever de informar permite, mais uma vez, que a prática do insider trading seja condenada em nosso ordenamento, uma vez que corresponde ao “uso de informações internas e/ou sigilosas para obtenção de vantagem” (CRUZ, 2018, [p. 450]). Dessa maneira, há a omissão, para determinados indivíduos, de informações relevantes, as quais o administrador deveria ter divulgado de maneira igualitária e que, por tal motivo, auferem maior vantagem para uma certa pessoa, colocando os indivíduos interferentes no mercado de valores mobiliários em posições de demasiada desigualdade³.

Dessa maneira, é entendido que a prática ilícita de utilização abusiva de informações privilegiadas, no âmbito administrativo, pode ser realizada por qualquer agente atuante no mercado de capitais⁴, ou seja, qualquer pessoa que obtiver e utilizar de maneira abusiva dessas informações durante a negociação no mercado de valores mobiliários pode ser punida administrativamente.

Assim sendo, surge a importância da Lei nº 6.385/76 (Lei de Mercados de Valores), responsável por criar a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que assumiu a responsabilidade de fiscalizar e verificar se atos ilegais estão sendo praticados, não só por administradores, mas também por “membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado” (CORDEIRO, 2013, p. 98), aplicando aos autores da prática ilícita as penalidades que encontram previsão no art. 11 dessa mesma lei, sem prejudicar uma possível responsabilização civil e/ou penal. Entretanto, a Comissão de Valores Mobiliários assumiu proporção diversa da SEC, uma vez que ela mesma não possui legitimidade para ajuizar

³ Situação que conduziria a uma falha de mercado, em razão da existência de assimetrias de informação, que ocorrem quando é observado um conhecimento desigual das informações por parte dos compactuantes do contrato econômico, levando ao rompimento com o equilíbrio e eficiência do mercado e das trocas nele realizadas. A conceituação de assimetrias de informação está, como restou demonstrado, intrinsecamente relacionada com a prática do *insider trading*, já que as vantagens ilícitas que o *insider* obtém ocorrem, justamente, por conta da sua capacidade de manipular essas assimetrias de forma a favorecer a si próprio nas relações que estabelece no mercado de valores mobiliários.

⁴ Os *insiders* podem se dividir em *corporate insiders*, *temporary insiders* e *traders*, também conhecidos como *tippers* ou *tippees* (AUGUSTO, 2004 apud RODRIGUES, 2016, p. 216). Os primeiros também podem ser designados de *insiders* primários e correspondem a indivíduos que possuem determinada relação baseada na confiança estabelecida com a companhia, como por exemplo os administradores, os diretores da empresa e até mesmo seus funcionários. Já os segundos, correspondem aos indivíduos que, de maneira temporária e eventual, desenvolvem relações com a empresa, de forma que obtém informações privilegiadas a respeito da mesma, como por exemplo advogados e consultores. Por último, os *tippees*, também denominados de *insiders* secundários, são os indivíduos que, apesar de não se encaixarem nas classificações anteriores, recebem de maneira direta ou indireta informações privilegiadas a respeito da companhia e realizam, a partir dessas, operações no mercado de valores mobiliários.

ações de responsabilidade civil contra os administradores (CARVALHOSA, 2009, p. 348).

Ademais, a Lei de Mercados de Valores estabelece, em seu art. 9º, §6º, que a Comissão de Valores Mobiliários pode fiscalizar e punir, como explicitado acima, as condutas fraudulentas ou ilegais que gerarem danos a indivíduos que residam no Brasil, não sendo relevante a localidade da ocorrência do ilícito, ou quando a prática tiver efetivamente ocorrido no país. Disso, podemos depreender que “a definição da competência punitiva da CVM não se prende ao local da realização do ilícito, mas sim à territorialidade dos efeitos lesivos deste” (MACIEL; MARTIN, 2014, [p. 13]).

As penalidades administrativas passíveis de serem aplicadas aos infratores encontram disposição, conforme já mencionado, no art. 11 da Lei nº 6.385/76, e possuem diversos níveis aflitivos, indo desde a mera advertência até a suspensão, de forma temporária, de certos direitos, como por exemplo o direito de exercício livre e desimpedido do administrador em sua profissão. Dessa maneira, a instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002, ao disciplinar o insider trading, estabelece, em seu art. 18, que tal prática corresponde a uma infração grave, não podendo ser punida com a penalidade menos severa, a advertência, cabendo apenas a imputação das demais sanções.

Por último, cabe destacar que a sanção de multa administrativa, que pode ser aplicada de forma isolada ou cumulativa na punição da utilização abusiva de informações privilegiadas, não se presta para ressarcir o dano e satisfazer os interesses individuais dos prejudicados pela conduta ilícita, mas apenas busca desencorajar a continuidade dessa prática, a fim de restaurar a efetividade, bom funcionamento, seguridade e confiança do mercado de valores mobiliários. Portanto, caso os indivíduos lesados pretendam ressarcir os danos que sofreram, precisam propor ação de responsabilidade civil, conforme explicaremos a seguir, mas a penalidade administrativa de multa pela CVM, dentre todas as demais sanções administrativas, civis e penais, é a mais aplicada no contexto brasileiro para penalizar a utilização indevida de informações privilegiadas (CORDEIRO, 2013, p. 102).

A Lei nº 6.385/76, em seu art. 12, estabelece que, se a CVM, ao realizar a sua tarefa de investigação e fiscalização, produzir um inquérito administrativo que evidencie a ocorrência de um crime de ação pública, a mesma comunicará ao Ministério Público, que ficará responsável por ajuizar a ação penal, podendo a CVM participar como assistente de acusação. Porém, foi apenas com a Lei nº 10.303/01 que a responsabilidade penal frente à prática da conduta ilícita de insider trading passou a encontrar previsão no

ordenamento jurídico brasileiro, quando foi acrescentado o art. 27-D à Lei de Mercados de Valores⁵.

O dispositivo estabelece que será aplicada a pena de reclusão, que pode variar de 1 a 5 anos, e multa equivalente a até 3 vezes o valor obtido no crime por meio de vantagem ilícita para os casos de uso indevido de informações privilegiadas. Condena-se, assim, a utilização de “informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada no mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários” (BRASIL, 1976a).

Cabe destacar que, antes da criação da norma supracitada, o insider trading era equiparado aos crimes de estelionato, que encontram previsão no art. 171 do Código Penal (BRASIL, 1940). Porém, mesmo após a sua tipificação, ainda podem ser realizadas diversas discussões a respeito da classificação da prática de utilizar informações privilegiadas de maneira indevida para obter vantagens no mercado de valores mobiliários como crime.

Inicialmente, o art. 27-D trazia a necessidade de que o sujeito criminoso tivesse a obrigação de manter o sigilo das informações privilegiadas da companhia, caracterizando o delito como próprio, ou seja, exigia-se uma

⁵ Destaca-se que há a possibilidade de responsabilização civil pela prática do *insider trading*, podendo os prejudicados receber indenização por perdas e danos e verem, assim, seus interesses individuais protegidos. A responsabilidade foi transferida para os administradores, cabendo a eles impedir que a prática ocorra e cumprir com os seus deveres de lealdade, sigilo, zelo e de informar, a fim de “evitar que o investidor prejudicado ficasse à procura de quem responsabilizar pelo ato ilícito” (BRASIL, 1978, [p. 7]), sendo que esses poderiam, posteriormente, exigir o valor que tiveram de despende à quem efetivamente praticou o ato ilícito em questão, em respeito ao art. 934 do Código Civil, entrando com uma ação de regresso, exceto se o responsável efetivamente pelo dano for descendente do que ressarcir ou possuir alguma incapacidade civil, seja absoluta ou relativa.

A Lei nº 10.303/01 possibilitou que a reparação por perdas e danos pudesse ser pleiteada a “qualquer pessoa que se tenha utilizado de informações sigilosas ou reservadas, de caráter relevante, para negociar com valores mobiliários no mercado de capitais no período anterior à divulgação, pelos canais institucionais, dos respectivos fatos ou negócios” (CARVALHO, 2009, p. 314), ou seja, basta que haja uma demanda particular do indivíduo, do Ministério Público (possibilidade trazida pela Lei nº 7.913/89) ou da Associação de Investidores para pleitear o ajuizamento de uma Ação Civil Pública (MACIEL; MARTIN, 2014, [p. 15]). Poderia a companhia afetada, também, independentemente da propositura de ação de responsabilidade civil por terceiros (art. 159, §7º da Lei das S.A.), ajuizar ação de responsabilidade civil contra o administrador, a fim de recuperar eventuais danos que lhe foram causados, decorrentes de uma “publicidade negativa derivada da revelação do caso de *insider trading* ao público e da eventual diminuição da sua capacidade de recorrer à poupança popular na captação de recursos” (CORDEIRO, 2013, p. 96-97), por exemplo, com respaldo nos arts. 158 e 159 da Lei das S.A., de forma que os administradores respondem civilmente pelos prejuízos que suas ações trouxeram durante o exercício de suas atividades, com culpa ou dolo, ou caso viole a lei ou o estatuto da empresa.

condição especial do agente criminoso. Dessa forma, apenas podiam ser submetidos à responsabilização penal os insiders primários, que já foram definidos anteriormente no presente artigo.

Estabelecia-se também que os insiders secundários apenas seriam responsabilizados penalmente quando houvesse uma lei que os obrigasse a manter o sigilo, como ocorre com advogados e contabilistas. Isso é estabelecido na instrução CVM nº 358/02, no art. 8º, de maneira que não caberia responsabilização criminal caso um terceiro, por motivo fortuito, acabasse por ter acesso à informação privilegiada e sigilosa, uma vez que ele não possuía a obrigação de guardar o sigilo da mesma.

Porém, caso seja o insider o responsável por transmitir a informação sigilosa a um terceiro, ele deve cumprir com o seu dever de zelo e garantir que o terceiro em questão também mantenha o sigilo da mesma, pois caso ele não o faça, ambos respondem solidariamente pela utilização indevida dessa informação.

Entretanto, com a Lei nº 13.506, de 2017, a expressão fora removida, encerrando uma longa discussão doutrinária a respeito. A obrigatoriedade do indivíduo de ter de manter o sigilo da informação foi transformada em agravante da pena, estando prevista no §2º, art. 27-D, de forma que a pena é aumentada em $\frac{1}{3}$ nos casos de o indivíduo ter conhecimento da informação privilegiada e ter a obrigação de manter a mesma em sigilo.

Uma outra discussão doutrinária a respeito da tipificação do insider trading como crime envolve a sua adequação como crime formal, para o qual basta que houvesse ocorrido a conduta criminosa, ou como crime material, para o qual seria necessário avaliar o resultado produzido pela atividade. Frente a isso, a maior parte da doutrina entende se tratar de um crime formal, diferenciando a prática do estelionato, que se enquadra como crime material. É colocado que “o tipo penal não exige que o autor efetivamente obtenha a vantagem indevida, bastando que a informação privilegiada, caso utilizada na negociação de valores mobiliários, possa potencialmente acarretar benefício econômico” (LUCCHESI, 2011 apud WIEDMANN, 2012, p. 47). Dessa maneira, é entendido que o mercado econômico, em seu funcionamento, não costuma produzir resultados de maneira imediata, de tal forma que a conduta criminal não poderia ficar condicionada à “consumação do resultado esperado” (WIEDMANN, 2012, p. 47).

Ainda nesse sentido, podemos trazer o Projeto de Lei nº 236, de 2012, que ao propor a reforma do Código Penal brasileiro, pretendeu transformar o crime de insider trading em material, exigindo que haja a auferição de vantagem por parte do autor para que ele possa ser criminalmente responsabilizado e enquadrado na tipificação. Porém, conforme coloca o relator Senador Pedro Taques, em seu parecer nº 1.576, de 2013, passar o

crime em questão de formal para material seria ir em sentido contrário à própria motivação que levou à tipificação da conduta criminoso, defendendo, assim, que a prática, por não afetar somente os investidores prejudicados, mas também todo o funcionamento do mercado, compromete a confiança, transparência e segurança das relações nele estabelecidas, de forma que para manter um bom funcionamento, seria irrelevante “que a vantagem almejada pelo insider não seja obtida em razão, por exemplo, de condições de mercado desfavoráveis” (WELLISCH, 2012).

O dispositivo em questão estabelece a necessidade de que a informação divulgada e utilizada para obter vantagem seja relevante. Frente a isso, a Instrução nº 358/02 da CVM opera no sentido de regulamentar as espécies de informações divulgadas e utilizadas no tocante às companhias abertas, bem como no contexto de aquisição e venda de valores mobiliários.

De tal sorte, a Instrução elenca no art. 2º o que se entende por “ato ou fato relevante” (BRASIL, 2002a), preocupando-se justamente com os possíveis impactos socioeconômicos causados pela divulgação, ou pela não divulgação, de determinadas informações de grandes companhias.

O princípio do *non bis in idem*, derivado do direito romano, estabelece que um indivíduo não poderia ser processado, julgado e penalizado repetidamente pela mesma conduta. Apesar desse princípio não encontrar previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, ele é amplamente discutido e aceito pela doutrina, sendo um “corolário do ideal de justiça” (IMMICH; MEDEIROS, 2015).

Ademais, o princípio foi evidenciado e aceito pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus HC 0071052-26.2007.3.00.0000 SP, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão. Dessa maneira, entendeu-se que “a incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal” (BRASIL, 2003a).

Porém, a Lei nº 6.385/76, em seu art. 9º, inciso VI, estabelece que a penalização administrativa, nos termos do art. 11 dessa mesma lei, conforme já explicado anteriormente, não impossibilita que sejam aplicadas sanções civis ou penais por meio de responsabilização do responsável pela prática de insider trading. Assim sendo, observamos uma flexibilização do princípio do *non bis in idem*, uma vez que o administrador, por exemplo, pode ser condenado em âmbito administrativo, civil e penal por conta de sua conduta ilícita na utilização indevida de informações privilegiadas. Dessa forma, ele apenas não poderia ser condenado a duas penas administrativas ou duas penas criminais por conta de uma mesma conduta-crime, mas a acumulação dessas seria permitida (CORDEIRO, 2013, p. 108).

3 A ECONOMIA, O DIREITO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EVIDENCIADA POR SILVA SÁNCHEZ

Em um contexto de grande crescimento da atividade econômica, passou-se a propagar a ideia de uma economia liberal que impedia a intervenção do Estado na economia. Entretanto, com a grave crise econômica de 1929, a liberdade exagerada dada ao setor econômico começou a ser vista como perigosa, de maneira que visando limitá-la, o Estado buscou realizar uma maior interferência na economia.

Frente a isso, Sánchez, em seu livro “A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais” (SILVA SÁNCHEZ, 2013), apresentou que, nas sociedades pós-industriais, tornou-se possível observar uma espécie de retrocesso no âmbito dos riscos permitidos, de modo que, ao buscar uma maior segurança, acaba-se por considerar muitas liberdades como perigosas, o que leva à uma maior restrição de liberdades, inclusive da econômica mencionada acima. Por ser a função prima de estabelecimento das mais severas restrições ser associada ao Direito Penal, este acaba por enfrentar, atualmente, uma grande expansão e administrativização⁶, principalmente com a tipificação dos crimes que envolvem o cenário econômico, deixando de afetar somente os crimes cometidos pelos powerless (indivíduos que integram classes sociais menos favorecidas), mas criminalizando, também, as condutas ilícitas cometidas no universo criminológico dos powerful.

Foi justamente com tal mudança e a conseqüente maior tendência de se observar maiores intervenções advindas do Estado, seja de forma direta ou indireta, para regulamentar o mercado quando sua autorregulação se mostra falha, o que possibilita os mais diversos e eventuais riscos, que surgiu a necessidade para uma tipificação da prática de insider trading enquanto conduta ilícita. Porém, estabelecendo uma análise crítica a respeito do assunto, o problema residiria não na expansão do Direito Penal em si, mas da aplicação de penas privativas de liberdade, como ocorrido no caso da JBS frente aos irmãos Batista, que se mostram, atualmente, ineficientes e falhas em sua função, acabando por apenas agravar a própria delinquência, conforme estabelece Michel Foucault (FOUCAULT, 1999).

Nesse sentido, Henry G. Manne, pioneiro na formação da disciplina de direito e economia, foi responsável pela publicação das obras *Insider Trading and the Stock Market* e *In Defense of Insider Trading* (CORDEIRO, 2013, p. 14), em 1966, nas quais propôs que a prática de insider trading

⁶ Entendida como sendo a “transferência da proteção de bens jurídicos do Direito Administrativo para o Direito Penal” (RODRIGUES, 2016, p. 231).

deixasse de ser regulamentada pela legislação, afirmando justamente que a mesma seria responsável por possibilitar que o mercado crescesse, sendo contra a sua punição pelo ordenamento (BAINBRIDGE, 2000, p. 5). Entretanto, a discussão que se instiga não se trata da desregulamentação e, conseqüentemente, não punibilidade, da prática de insider trading, mas sim, de punições alternativas, que não envolvam a aplicação de penas privativas de liberdade, ou até mesmo, do próprio Direito Penal.

A título de exemplificação, a legislação americana sobre o assunto⁷, fomentou a regra do “short-swing profit” (WIEDMANN, 2012, p. 29), que fazia com que os insiders tivessem de restituir os lucros obtidos por meio da prática ilícita. Apesar dessa legislação ter sido amplamente criticada, uma vez que acabava por excluir da aplicação legal os casos em que as informações privilegiadas eram obtidas de segunda mão, e não pelos administradores ou acionistas de destaque e por não outorgar à “SEC o poder de penalizar os infratores” (WIEDMANN, 2012, p. 29) que cometessem a prática de insider trading, servindo, na prática, apenas para aterrorizar os indivíduos que eram detentores de tais dados privilegiados e sigilosos, ela nos trouxe um exemplo de sanção que poderia ser aplicada, sem envolver o aprisionamento dos insiders e que poderia, na prática, ser muito mais eficiente para conter tais condutas ilegais.

Assim sendo, podemos concluir que o Estado regulador administrativo deve estabelecer um diálogo com o Estado detentor do jus puniendi, de forma a aplicar a melhor sanção para o caso prático de insider trading. Dessa forma, é entendido que a aplicação de pena privativa de liberdade, além de se mostrar falha no contexto prisional geral brasileiro, não seria a mais adequada para esses tipos de crime, uma vez que ela sequer seria a intervenção estatal mais temida pelos agentes responsáveis pela prática ilícita (RODRIGUES, 2016, p. 232-234).

Desse modo, caberia tentar aplicar uma sanção persuasiva adequada e, caso ela se mostrasse falha, poder-se-ia recorrer, em ultima ratio, para as demais possibilidades sancionatórias, aplicando uma responsive regulation. Por conseguinte, Ian Ayres e John Braithwaite elaboraram uma espécie de pirâmide de intervenção, na qual existiriam graus diferentes de penalidades a serem aplicadas, de menor grau a maior grau, como por exemplo persuasão, advertência, sanção civil, sanção penal, suspensão da licença e, posteriormente, revogação da mesma (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 35).

⁷Qual seja, a Seção 16 (b) do *Securities Exchange Act*, de 1934.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ORDEM ECONÔMICA E A POSSÍVEL INTERFERÊNCIA ABUSIVA DO ESTADO REGULADOR

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a intervenção do Estado no mercado será mínima, buscando apenas garantir que haja um bom funcionamento do mesmo, ou seja, apenas se volta a “prevenir e corrigir os desvios e abusos dos agentes econômicos que ponham em questão a segurança do próprio mercado” (RODRIGUES, 2016, p. 220)⁸.

Porém, em uma análise crítica realizada por André Santa Cruz, tem-se que, por se tratar de um mercado, ao menos em tese, liberal, a utilização por parte de um investidor de informações que ainda não foram divulgadas para o público não seria algo errado por si só, uma vez que é a função deles, ao garantir o funcionamento do mercado de valores mobiliários, utilizarem-se de todas as informações acessíveis, inclusive as ainda sigilosas, para realizarem os seus investimentos da maneira mais eficiente possível. Para ele, o que importaria, na realidade, é que essas informações, sigilosas ou não, não fossem obtidas de forma ilícita, por meio de fraude ou violência, por exemplo (CRUZ, 2018, [p. 451-452]).

Ele estabelece, também, que pelo fato de que a noção da prática de insider trading enquanto crime ser razoavelmente recente e não muito explícita ou clara, muitas vezes responsável por gerar as mais diversas controvérsias, como já abordado anteriormente, cria-se uma grande insegurança jurídica. Isso possibilitaria ao Estado regulador influenciar no mercado econômico de capitais de maneira abusiva, podendo punir um investidor que obteve sucesso de forma legítima e honesta por não conseguir “diferenciar de forma clara e objetiva o insider trading que deve ser punido e as pesquisas especulativas legítimas feitas por um investidor” (CRUZ, 2018, [p. 452]).

Portanto, cabe realizar uma análise minuciosa com relação a interferência estatal na economia, a fim de evitar que uma expansão do Direito Penal, abordada no tópico anterior, possibilite que o Estado seja autoritário frente às relações no mercado de valores mobiliários e acabe por prejudicar o próprio funcionamento eficiente e eficaz do mesmo, podendo até mesmo configurar um abuso de sua competência de “fiscalização, incentivo e planejamento” (BRASIL, 2020, art. 174, p. 107) da atividade econômica,

⁸ Pontua-se que a opção do legislador de não possibilitar a anulação da operação derivada da prática de *insider trading* e apenas permitir que haja o ressarcimento dos danos causados mediante ajuizamento de ação civil, conforme já explicado, vem justamente para evitar que seja gerada uma insegurança para os investidores, uma vez que a estabilidade do mercado de valores mobiliários seria rompida, de tal forma que a reparação do dano por meio de indenização era preferível à um possível rompimento com a lógica e segurança do mercado de ações.

mediante o respeito ao princípio da legalidade, estabelecida no art. 174 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, discute-se a possibilidade dos estatutos das sociedades anônimas de capital aberto punirem seus administradores pelo compartilhamento de informações sigilosas, ou seja, pela prática de insider trading, que acarretaria uma quebra de confiança (CRUZ, 2018, [p. 452]), não só entre a empresa e os administradores, mas também entre o próprio mercado de capitais e a empresa, podendo se mostrar enquanto viável alternativa à punição exacerbada do Estado, diminuindo a interferência negativa desse no mercado e na economia.

CONCLUSÃO

Ao analisar a prática do insider trading, buscou-se desenvolver conceitos que correlacionam os campos da Economia e do Direito a partir da análise de possíveis falhas na estrutura jurídica do mercado e estabelecendo a conceituação preliminar do que se trataria a dita assimetria de informações. Posteriormente, buscou-se definir o instituto em questão como sendo o aproveitamento errôneo de informações privilegiadas com o intuito de auferir vantagem para si ou para terceiros, assim como diferenciar os tipos possíveis de insiders.

Aprofundando um pouco mais a temática, construiu-se uma perspectiva acerca do contexto histórico de surgimento de tal prática, com destaque para a progressão da mesma no cenário estadunidense, que se mostrou o país pioneiro a considerar o insider trading como conduta ilícita e puni-lo nas esferas administrativa, civil e penal. Para tanto, analisou-se o surgimento da SEC e de dispositivos normativos que buscavam dispor sobre a prática e fiscalizá-la, como consequência do cenário de crise financeira mundial trazido pela quebra da bolsa de Wall Street e Grande Depressão.

A posteriori, o artigo passou a desenvolver uma análise normativa do contexto de tipificação e normatização do insider trading na legislação brasileira, trazendo a descrição de importantes dispositivos legais, como por exemplo a Lei 6.404/76, mais conhecida como Lei das Sociedades por Ações, que foi responsável por atribuir deveres aos administradores, como por exemplo o dever de lealdade, sigilo, zelo e de informar, além de possibilitar que fossem aplicadas sanções administrativas e civis para os indivíduos culpabilizados de cometer a prática ilícita em questão.

Frente a isso, partindo para os tipos de responsabilização, começou-se analisando a administrativa, para a qual a Lei nº 6.385/76, conhecida como Lei de Mercados de Valores, assume demasiada importância. Isso ocorre porque a mesma não só foi responsável pela criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), mas também lhe forneceu a atribuição

de fiscalizadora, de tal maneira que a CVM passou a ser incumbida de verificar se a prática ilícita do insider trading estaria ocorrendo e, caso a ocorrência fosse comprovada, poderia aplicar aos autores as penalidades do art. 11 dessa mesma lei, que variam, em nível afilativo, a depender do caso em concreto. Destaca-se, também, que a penalidade administrativa de multa, sendo a sanção mais aplicada, não se presta para satisfazer as necessidades individuais dos prejudicados pelo delito, mas para desencorajar a continuidade do mesmo, visando restabelecer a efetividade e segurança do mercado de valores mobiliários.

Em contrapartida, ao abordar a responsabilização civil, a pesquisa salientou a possibilidade dos prejudicados, de certa forma excluídos da responsabilização administrativa, serem indenizados por perdas e danos inerentes da atividade delitiva de insider trading. Ademais, enfatiza-se a admissibilidade da própria companhia impetrar ação de responsabilidade civil contra os seus administradores que, no exercício de sua função, agirem de maneira culposa, dolosa ou a violar a legislação ou o estatuto empresarial, e trouxerem prejuízos à empresa por conta da utilização ilegal de informações privilegiadas.

Em última instância, no tocante à análise da responsabilização penal, com destaque para o artigo 27-D, incluído pela Lei nº 10.301/01 à Lei de Mercados de Valores, responsável por tipificar expressamente a conduta de insider trading e estabelecer que ela poderia ser punida com pena de reclusão, aduz-se que o crime de insider trading, apesar de sua inclusão em dispositivos legais das mais variadas naturezas, segue incitando controvérsias, sendo de especial relevância a possibilidade de responsabilização não apenas penal, mas também administrativa, possibilitando a discussão sobre a hipótese de afastamento do princípio bis in idem.

Em uma perspectiva crítica, depreende-se a partir da teoria de Silva Sánchez (2013), que a expansão do Direito Penal consta atrelada e possui enquanto uma de suas consequências a amplificação da tipificação dos crimes que estão relacionados com o cenário econômico, de forma a criminalizar as condutas ilícitas assumidas pelos agentes detentores do poder e do capital. A possível problemática analisada centrou-se, sobretudo, na expansão da aplicação das penas privativas de liberdade, de tal forma que sustentou-se a realização de análises concretas, a fim de aplicar uma responsive regulation, sendo necessária a avaliação de cada caso jurisprudencial, de modo a optar pela melhor opção sancionatória, discutindo-se, inclusive, a necessidade de garantir que a interferência estatal no âmbito da economia ocorra apenas quando for necessária, com o intuito de manter o funcionamento eficiente e seguro do mercado de valores mobiliários.

Por fim, a análise do Habeas Corpus nº 416.785, conhecido por ter sido o primeiro caso em que os indivíduos culpabilizados pela prática da conduta ilícita de insider trading foram presos, retratou a prisão preventiva prolatada aos irmãos Wesley e Joesley Batista, controladores das empresas JBS S/A e FB Participações S/A, que após terem realizado uma delação premiada para a Procuradoria Geral da República, utilizaram de informações privilegiadas para manipular o mercado de valores mobiliários a seu favor, evitando grandes perdas e auferindo lucros com a venda e recompra de ações, assim como com a aquisição de contratos futuros e a termo de dólar.

Portanto, como ilustrado a partir do caso em evidência, no qual a aplicação da medida cautelar de prisão preventiva mostrou-se essencial, a prática de insider trading pode acarretar alterações e prejuízos consideráveis para o sistema financeiro e mercado de ações, de tal forma que a sua tipificação se mostra essencial para que esses continuem a ser eficientes, seguros e transparentes. Porém, o que incita discussão é justamente a necessidade de uma análise ampla e elaborada no âmbito concreto e verificação de quais casos o Estado deve realmente interferir e punir severamente com a pena privativa de liberdade, de modo a contrabalançar as interferências negativas que podem ser trazidas pela conduta criminosa do insider trading e a interferência abusiva do Estado no cenário de investimentos brasileiro.

REFERÊNCIAS

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, 1992. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BAINBRIDGE, S. M. **Insider trading**: an overview. Califórnia: UCLA School of Law, 2000. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?=&=289004112008115095021126108098028099057007057017006013098031066005024113031095094127100090073016075022086018071092084001004113125107093064010116000090076005125109020005118084079098082008&EXT=pd-f&INDEX=TRUE>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BEZERRA, G. V. **A aplicabilidade da lei penal nos crimes de insider trading no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito, Faculdade Doctum de Guarapari, Espírito Santo, 2019. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2881/1/A%20APLICABILIDADE%20DA%20LEI%20PENAL%20NOS%20CRIMES%20DE%20INSIDER%20TRADING%20NO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 31 out. 2021.

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/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14728.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976a**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm. Acesso em: 2 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976b**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17913.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Instrução CVM nº 358, de 3 de janeiro de 2002a**. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado, revoga a Instrução CVM nº 31, de 8 de fevereiro de 1984, a Instrução CVM nº 69, de 8 de setembro de 1987, o art. 3º da Instrução CVM nº 229, de 16 de janeiro de 1995, o parágrafo único do art. 13 da Instrução CVM 202, de 6 de dezembro de 1993, e os arts. 3º a 11 da Instrução CVM nº 299, de 9 de fevereiro de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002b**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 1 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus HC 0071052-26.2007.3.00.0000 SP**. HABEAS CORPUS. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA, NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ACOLHIDA DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL, POR TRATAR-SE DE NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA ABSOLUTÁRIA TRANSITOU EM JULGADO EM TUDO AQUILO QUE NÃO FOI OBJETO DO RECURSO DO PARQUET. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 160/STF, COM A MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE HAVER NOVA DECISÃO MAIS GRAVOSA AO RÉU. O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade - ainda que absoluta -, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes.

A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Habeas corpus deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 20 de fevereiro de 2003a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771653/habeas-corporum-hc-80263-sp/inteiro-teor-100487808>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 691**. Aprovada em 24 de setembro de 2003b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 502.915-8 - São Paulo**. Competência: Justiça Estadual: processo por crime contra a ordem econômica previsto no art. 1º da L. 8.176/91 (venda de combustível adulterado); inexistência de lesão à atividade de fiscalização atribuída à Agência Nacional de Petróleo - ANP e, portanto, ausente interesse direto e específico da União: não incidência do art. 109, IV, da CF. 1. Regra geral, os crimes contra a ordem econômica são da competência da Justiça comum, e, no caso, como a L. 8.176/91 não especifica a competência para o processo e julgamento do fato que o recorrido supostamente teria praticado, não há se cogitar de incidência do art. 109, VI, da CF. 2. De outro lado, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça Federal - ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido -, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição. 3. É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes - relativos a crimes ambientais,

que “o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico”, não sendo suficiente o “interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União” (REE 166.943, 1ª T., 03.03.95, Moreira; 300.244, 1ª T., 20.11.01, Moreira; 404.610, 16.9.03, Pertence; 336.251, 09.6.03, Pertence; HC 81.916, 2ª T., Gilmar, RTJ 183/3). 4. No caso, não há falar em lesão aos serviços da entidade autárquica responsável pela fiscalização: não se pode confundir o fato objeto da fiscalização - a adulteração do combustível - com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional de Petróleo - ANP - cujo embaraço ou impedimento, este sim, poderiam, em tese, configurar crimes da competência da Justiça Federal, porque lesivos a serviços prestados por entidade autárquica federal (CF, art. 109, IV). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: João Fernandes More. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=444800>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer normativo nº 1.576, de 2013.** Da COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516855&ts=1630417804602&disposition=inline>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 416.785 - SP (2017/0238762-5).** HABEAS CORPUS. INSIDER TRADING. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR QUE INDEFERIU PEDIDO LIMINAR. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ÓBICE DA SÚMULA N. 691 DO STF. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE. 1. Nos termos do enunciado da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar”. 2. O referido óbice é ultrapassado somente em casos excepcionais, nos quais a evidência da ilegalidade é

tamanho que não escapa à pronta percepção deste Superior Tribunal, o que, todavia, não ocorre na hipótese, em que foram apontados elementos concretos que, ao menos à primeira vista, evidenciam a gravidade concreta do delito em tese cometido, a ensejar, por conseguinte, a necessidade de manutenção da custódia preventiva para a garantia da ordem pública. 3. A magnitude da infração, relevante o bastante para impactar o mercado financeiro, e a notícia de nova investida criminoso, depois da prática de inúmeros crimes assumidos nas tratativas de colaboração premiada, sugerem audácia e certeza de impunidade, expressões que, ante as peculiaridades do caso, não traduzem mera retórica. 4. Habeas corpus indeferido liminarmente. Impetrante: Ana Fernanda Ayres Dellosso e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Autuado em: 15 set. 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637412&num_registro=201702387625&data=20171013&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29. ed. São Paulo: Edipro, 2020.

BRITO, G. C. **Da Crise de 1929 à Grande Depressão**: influências do padrão-ouro. Monografia de Bacharelado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2465/1/GCBrito.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

CABALINE, T. F. **A (des)criminalização do insider trading à luz da criminologia crítica**: uma análise do caso JBS S/A. Monografia Graduação Direito - Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Goiás. Goiás, 2020. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/19734/3/TCCG%20-%20Direito%20-%20Thiago%20Ferreira%20Cabaline%20-%202020.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

CARVALHOSA, M. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 4. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHARÃO, A. P. ; RIBEIRO, M. C. P. A (in)eficiência da punição do insider trading à luz da análise econômica do direito e da jurisprudência da Comissão de Valores Mobiliários. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 142-157, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8770>. Acesso em: 9 nov. 2021.

CORDEIRO, L. F. G. **Insider trading e o mercado de capitais:** tratamento legal, casos concretos e a ineficiência econômica de seu combate. Monografia Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=22476@1>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CRUZ, A. S. **Direito empresarial**. 8 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DA SILVA, C. K.; LAGE, T. A. Insider trading: uma realidade à luz do direito brasileiro e a responsabilidade civil e criminal do insider. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 40-59, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/2360>. Acesso em: 6 nov. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Strong v. Repide**, v. 213, U.S. 419, 1909. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/213/419/>. Acesso em: 5 nov. 2021.

ESTADOS UNIDOS. **Securities Exchange Act of 1934** [as amended through P. L. 112-158, approved August 10, 2012], 1934. Disponível em: <https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/regulation/nyse/sea34.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 20. ed., 1999.

IMMICH, D. M. F. P. ; MEDEIROS, V. H. O princípio do no bis in idem no Direito Penal brasileiro. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/321836790/o-principio-do-no-bis-in-idem-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 10 nov. 2021.

LIMA, M. A.; SILVA, H. L. B.; ALMEIDA JÚNIOR, C. P. O crime de insider trading em Portugal e no Brasil: análise comparativa. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 77-95, 2021. Disponível em: <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/view/29>. Acesso em: 12 nov. 2021.

MACIEL, K. T. S.; MARTIN, A. Efetividade da repressão ao insider trading. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 149-176, mai./jun. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=40a65e5a692b1f5>. Acesso em: 30 out. 2021.

NUSDEO, F. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. 4. ed. rev. atual. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL. **Decreto-lei nº 486, de 13 de novembro de 1999**. Código dos Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/CodigosdosValoresMobiliarios/Pages/Codigo-dos-Valores-Mobiliarios.aspx?pg>. Acesso em: 10 nov. 2021.

REIS, T. **Ótimo de pareto e eficiência dos mercados**. São Paulo: Suno, 2019. Disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/otimo-de-pareto/>. Acesso em: 29 out. 2021.

ROCHA, L. E. S. **A recorrência do insider trading nos negócios de fusões e aquisições**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/242>. Acesso em: 8 nov. 2021.

RODRIGUES, F. A. Intervenção pública e proibição do insider trading: eficiência e ultima ratio na responsive regulation. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 53, n. 210, p. 211-238, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/522907>. Acesso em: 4 nov. 2021.

ROSATI, C. **Fair to all people**: the SEC and the regulation of insider trading (in recognition). Pensilvânia: Securities and Exchange Commission Historical Society. Disponível em: https://www.sechistorical.org/museum/galleries/it/commonLaw_b.php. Acesso em: 5 nov. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª ed. espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. [Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6].

TEIXEIRA, T. **Direito Empresarial Sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TIMM, L. B. *et al* (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. Organizador: Luciano Benetti Timm. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WELLISCH, J. S. M. Novo Código Penal e o mercado de capitais. **Valor Econômico**, São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/novo-codigo-penal-e-o-mercado-de-capitais.ghtml>. Acesso em: 8 nov. 2021.

WIEDMANN, N. P. **A criminalização do insider trading no Brasil, suas principais controvérsias e o caso “Sadia Perdigão”**. Monografia - Bacharelado em Direito. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/586/3/20764837_Natasha%20Wiedmann.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E SUA INTERLOCUÇÃO COM A TEORIA DO DIREITO ENTRE DESLOCADOS E (RE)CONSTRUÇÕES

INTERNATIONAL MIGRATION AND ITS INTERLOCUTION WITH LEGAL THEORY

Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa*

Fernando Armando José Ribeiro**

Valquiria Almeida***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Migração internacional na perspectiva do Direito: um diálogo necessário. 3 O debate Liberal-Comunitarista. 3.1 Fundamentos do sistema de justiça na perspectiva liberal. 3.2 Fundamentos do sistema de justiça na perspectiva comunitarista. 4 Em busca de uma teoria complexa das Migrações Internacionais. 5 Considerações finais.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo discutir de que forma a teoria do direito, como ciência jurídica, abarca as transformações sociais objetivas e subjetivas que acompanham os movimentos populacionais entre fronteiras nacionais, tendo em vista o papel do Estado nesse contexto. Focaliza-se aqui nas teorias liberal e comunitária, pois o debate entre elas opera em diversos níveis disciplinares, estando bem consolidadas na literatura, além de serem teorias-base para outras abordagens. Por meio de pesquisa bibliográfica, realizou-se uma revisão crítica da literatura referência dentro de ambas as teorias, utilizando-se dos textos originais, daqueles considerados “clássicos”, bem como dos autores mais contemporâneos que buscaram interpretar os clássicos. Intenta-se pontuar as divergências e convergências entre as teorias e refletir sobre como elas

* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Especialista em Elaboração, gestão e avaliação de Políticas Públicas pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais - APMMG. Coordenadora do Setor Jurídico da Geoline Engenharia.

** Pós Doutor na Universidade da Califórnia - Berkeley nos Estados Unidos - EUA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Desembargador do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais - TJMMG.

*** Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Tecnóloga em Processos Gerenciais com ênfase em Gestão das Organizações do Terceiro Setor pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. Elaboradora de projetos sociais e captadora de Recursos na Associação FRED - Uma Alternativa à Reintegração.

Artigo recebido em 02/09/2021 e aceito em 02/03/2023.

Como citar: ALMEIDA, Valquiria; CORREA, Marina Aparecida Pimenta da Cruz; RIBEIRO, Fernando Armando José. Migração internacional e sua interlocução com a teoria do direito entre deslocados e (re)construções. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 159, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

podem contribuir para a construção de uma teoria global de justiça, em contraponto às teorias domésticas atuais. Conclui-se que a polarização do debate liberal-comunitarista por si só, não dá conta da complexidade que envolve a migração internacional, sobretudo pelos diversos fatores que motivam o deslocamento humano, além de oferecer respostas simplistas a questões complexas. O pensamento pós-modernista se mostra-se como uma boa alternativa para as novas acepções de justiça nas teorias jurídicas.

Palavras-chave: migração internacional; Teoria do Direito; Teoria Liberal; Teoria Comunitarista; Estado de Direito.

***ABSTRACT:** This paper aims to discuss how the theory of law, as a legal science, covers the objective and subjective social transformations that accompany population movements across national borders, taking into account the role of the state in this context. The focus here is on liberal and community theories, since the debate between them operates at various disciplinary levels, being well consolidated in the literature, besides being basic theories for other approaches. Through bibliographical research, a critical review of the reference literature within both theories was carried out, using the original texts, those considered “classics”, as well as more contemporary authors who sought to interpret the classics. The intention is to point out the divergences and convergences between the theories and reflect on how they can contribute to the construction of a global theory of justice, in counterpoint to the current domestic theories. We conclude that the polarization of the liberal-communitarian debate alone does not account for the complexity surrounding international migration, especially because of the many factors that motivate human displacement, besides offering simplistic answers to complex issues. The post-modernist thought shows itself as a good alternative to the new meanings of justice in legal theories.*

Keywords: international migration. Law Theory. Liberal theory. Communitarian theory. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

Na era da globalização, as transformações sociais e jurídicas ocorrem num ritmo cada vez mais intenso. Fenômenos como mobilidade urbana, alterações climáticas, crises econômicas, conflitos sociais, dentre outros passam a impactar de maneira crescente as sociedades e, conseqüentemente, o direito. Portanto, na medida em que a sociedade evolui, a ciência do direito vai sofrendo alterações, sendo, assim, fundamental a compreensão do fenômeno jurídico a partir de novos fenômenos sociais. Para isso, a Teoria do Direito, enquanto linguagem científica, desempenha um papel importante, uma vez que se propõe a ir além da aceitação da prática do direito, mas colocando em discussão o funcionamento do Direito enquanto ciência, estudando a sua essência e seus fundamentos.

O direito se manifesta através da linguagem, que possui diversas funções, dentre elas, as funções descritiva, expressiva e prescritiva. Se o Direito é produto da linguagem, ele apresenta uma textura aberta; isto é, traz

em si a capacidade das regras de abarcarem ou deixarem de abarcar casos ao longo do tempo, conforme as mudanças na linguagem e na sociedade alterem seu âmbito de aplicação. Em razão de sua textura aberta, as regras jurídicas sofrem alterações a partir da linguagem, dos discursos e novas práticas sociais, se manifestando em diversas nuances. Nesse âmbito, o Estado Democrático de Direito, entendido como a manifestação da autonomia, tem suas leis elaboradas pelos cidadãos e é submetido à essas regras (HART, 1961).

Dworkin (2002) estabelece que a construção do raciocínio jurídico se faz através da edificação da melhor justificativa possível a partir das práticas jurídicas. Nessa linha, o direito não é algo que se limita ao espaço estatal (órgãos do poder judiciário ou legislativo), mas se manifesta no dia-a-dia da vida em sociedade. Portanto, na teoria do direito, deve-se considerar a vida eticamente independente, o tratamento que se dá ao outro e as mudanças que o direito vai assumindo a partir de novos fatos sociais.

A migração internacional, como um fenômeno social, no contexto atual, possui novas manifestações a partir de uma nova realidade social, atravessando o modo de funcionamento da sociedade e, conseqüentemente, do direito (CAVALCANTI, 2015). Pensar no caso das migrações, portanto, se faz de grande relevância, já que impacta nas sociedades como um todo: afeta a vida daqueles que vivem no país de destino, que passam a conviver com novas perspectivas; afeta a vida daquele que chega, sobretudo para compreender um novo mundo, permeado por realidades jurídicas, sociais e culturais distintas; e impacta na relação do Estado com aquele que chega, sobretudo para compreendê-lo e garantir seus direitos.

Quando focalizamos a sociedade de destino, as migrações internacionais trazem uma nova perspectiva para as especificidades locais, já que o imigrante carrega consigo habilidades, ideias e conhecimentos novos, que acabam repercutindo também no direito, sobretudo porque os imigrantes reivindicam determinados direitos; assim como acessam os serviços públicos e demandam atendimento de acordo com suas particularidades (GOZZINI, 2005). Além disso, os migrantes apresentam novas perspectivas e olhares para as relações ao seu entorno. Tudo isso pode contribuir para a reflexão e práticas daqueles que os acolhem e para que o Estado pense em novas formas de se relacionar com o imigrante.

Face ao exposto, faz-se necessário compreender qual o impacto que a migração internacional traz para o Direito e para a Teoria do Direito de modo mais aprofundado, considerando que seus efeitos são estruturais e levam à necessidade de repensar os pilares do Direito, a fim de promover novas leituras do mundo a partir das novas perspectivas e olhares daqueles que chegam e nos provocam a pensar sobre a nossa forma de sobrevivência e relação com o outro.

Objetiva-se com o presente artigo, portanto, discutir de que forma a teoria do direito, como ciência jurídica, abarca as transformações sociais objetivas e subjetivas que acompanham os movimentos populacionais entre fronteiras nacionais, tendo em vista o papel do Estado nesse contexto. Focaliza-se aqui nas teorias liberal e comunitária, pois o debate entre elas opera em diversos níveis disciplinares, estando bem consolidadas na literatura, além de serem teorias-base para outras abordagens. Por meio de pesquisa bibliográfica, realizou-se uma revisão crítica da literatura referências dentro de ambas as teorias, utilizando-se dos textos originais, daqueles considerados “clássicos”, bem como dos autores mais contemporâneos que buscaram interpretar os clássicos. Intenta-se pontuar as divergências e convergências entre as teorias e refletir sobre como elas podem contribuir para a construção de uma teoria global de justiça, em contraponto às teorias domésticas atuais.

Dessa forma, trata-se primeiramente da importância de se refletir sobre a migração internacional e seus impactos práticos na perspectiva da ciência jurídica, bem como o papel do Estado nesse contexto. Com isso, apresenta-se duas abordagens teóricas liberal e comunitária. A seção seguinte coloca em contraste essas abordagens tendo em vista a abrangência do fenômeno das migrações e discute o que seria mais importante de se considerar ao refletir sobre essa complexa e multifacetada questão.

1 MIGRAÇÃO INTERNACIONAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

Embora a migração internacional não possa ser considerada um fenômeno novo, ela vem se intensificando nos últimos anos, facilitada pelo desenvolvimento tecnológico e pelo incremento das modalidades de transporte, que permitem uma maior mobilidade e, conseqüentemente, maiores encontros entre as pessoas, dentre outros motivos. Apesar dessa evolução, uma das fragilidades desse campo de investigação diz respeito ao papel que os Estados desempenham na formulação de políticas migratórias (ALMEIDA, 2018).

Ainda que os tratados e convenções internacionais sobreponham em legitimidade às legislações internas, a não adesão de determinados Estados ou mesmo uma adesão vazia de políticas que viabilizem ações coerentes com o estabelecido quanto ao tratamento dos indivíduos de nacionalidade diversa do território no qual se encontram, tornam inefetiva a aplicabilidade das prerrogativas voltadas à migração internacional e, mesmo, podem ferir direitos fundamentais dos sujeitos migrantes (CASELLA et al., 2012). Conforme Casella et. al. (2012, p. 1328), no contexto pós-moderno, o direito internacional “tem de ser, simultaneamente, conjunto de princípios como de

procedimentos: um não pode existir sem o outro, mas o todo não se pode resumir nem somente a um, nem somente ao outro. O equilíbrio tem de ser construído.”

O processo de globalização intensifica o trânsito de pessoas, promovendo um maior contato e interação entre elas e, conseqüentemente, entre as diferentes culturas. Tal encontro cultural promove mudanças impactadas pela perspectiva local e global. Giddens (2002) destaca que a globalização contribui para a intensificação das relações sociais, ao mesmo tempo em que conecta pessoas de várias regiões, contextos e culturas, sendo que os acontecimentos em dado território são moldados e arquitetados por situações e fatos sociais que estão ocorrendo em regiões longínquas, o que significa dizer que ocorre uma maior aproximação entre os países de um modo geral, e isso acaba repercutindo no modo de funcionamento de cada Estado.

Nesse sentido, há grande interdependência entre os países atualmente, de modo que um não consegue se manter isolado dos demais, seja pela necessidade de recursos naturais, tecnologia, capital social, e afins. Tal formato também impacta no deslocamento humano, pois ele passa a ser cada vez mais diversificado no que tange ao destino (SANTOS, 2013). Em contrapartida, há uma relação conflituosa no que diz respeito a dois princípios importantes para os países, quais sejam: o direito dos indivíduos de se mobilizar e atravessar fronteiras, conforme previsto no artigo 13 e 14 da Declaração universal dos Direitos dos Homens de 1948.

Dessa forma, o sujeito tem liberdade de ir e vir tanto no âmbito interno quanto externo, sendo diversos os motivos que podem ensejar essa mobilidade, como por exemplo, pessoas vítimas de perseguição, que tem o direito de gozar de asilo em outros países. Isso significa dizer que o direito à liberdade vai impactar na relação do direito como um todo, sobretudo com o direito de autogoverno de uma comunidade política, que nos termos do artigo 21 da mesma declaração:

Artigo XXI

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. [...]

3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto (RIO DE JANEIRO, 2009, p. 11).

A partir desses princípios, observa-se que se trata de situações complexas e difíceis de serem conciliadas, sobretudo diante de um

contexto no qual a soberania do Estado é interpretada pela via de interesses econômicos, militares e tecnológicos, atrelados a um processo de erosão e maior permeabilidade das fronteiras nacionais (BRITO, 2013). Nesse sentido, para lidar com essas questões complexas, a Teoria do Direito se apresenta como uma grande aliada.

Uma Teoria do Direito existe para explicar cientificamente o direito, sendo toda a sua realidade construída através da linguagem escrita, com a materialização de códigos, constituição, atos administrativos, inquéritos policiais, dentre outros elementos. Portanto, a teoria do direito é “metalinguagem em relação ao direito, ou seja, uma linguagem (científica) que fala sobre a linguagem jurídica” (SILVA, 2013, p. 23). Trata-se de uma disciplina que tem como objetivo a análise dos conceitos basilares que sustentam os sistemas jurídicos, procurando compreender o ordenamento jurídico em sua dimensão e complexidade.

Dessa forma, a Teoria do Direito pode ser entendida como um arcabouço teórico que irá contribuir com a reflexão sobre o papel do Estado e suas mudanças ao longo do tempo, somada às mudanças de interesses difusos e diversos. É importante destacar que, tal regulamentação se manifesta através da letra da lei, mas também das implicações que se tem da norma no imaginário social e nos princípios gerais que vão orientar e impactar a formação de todo o sistema jurídico.

Nessa linha, é fundamental compreender como a migração internacional impacta o ordenamento jurídico do país de destino, a partir de uma interlocução entre a migração internacional e a teoria do Direito, considerando que o imigrante interage e faz provocações sobre o direito que lhe é apresentado, promovendo um encontro entre sistemas jurídicos distintos e novas formas e arranjos de convivência social. Tal encontro deflagra a necessidade de se revisitar a classificação que o filósofo Jeremy Bentham (1948 apud CUNHA, 2010) apresenta na sua distinção entre a jurisprudência local (voltada para a compreensão da legislação interna do país) e jurisprudência universal (dedicada a um estudo dos elementos comuns a todas as legislações do mundo), pois a migração internacional promove esse encontro entre os referenciais jurídicos distintos - local e universal. Todos esses fatores contribuem para promover mudanças e impactos na ciência jurídica.

Nesse sentido, observa-se que a ciência jurídica desempenha um papel importante, pois, ao exercer uma função social, ela altera o meio onde foi criada, resultando em uma interação denominada função social da dogmática jurídica, entendida da seguinte forma:

Com a evolução do direito surge uma dogmática que busca organizar e sistematizar os dogmas, que são as decisões

e pontos discursivos que tem maior aceitação para a solução de conflitos, com um mínimo de perturbação social. A palavra dogma vem do grego dokéo, que significa julgar ou aparentar e do latim docere que significa ensinar, traduzindo-se no “ponto fundamental e indiscutível de uma doutrina religiosa, e por extensão de qualquer doutrina ou sistema” (CUNHA, 2010, p. 33).

Dessa forma, a dogmática jurídica visa oferecer uma segurança no que tange a observância dos anseios e necessidades sociais, uma vez que proporciona orientação e valoração para saber se o direito agiu de forma devida ou não. Mas, é importante destacar que ela é limitada, pois nem todos os pressupostos podem ser questionados, conforme se fundamenta em dogmas que tem a função de oferecer um direcionamento social. Portanto:

O direito somente se põe como resultado da experiência jurídica, ou seja, depois de declarada e posta a norma jurídica, somente neste momento a dogmática jurídica se coloca como sistema jurídico efetivo, descrevendo a realidade e buscando dirigir a conduta dos aplicadores do direito num momento posterior. [...] A dogmática jurídica surgiu em uma realidade social menos complexa, todavia a crescente complexidade social levou a dogmática jurídica a uma progressiva oposição entre a norma e a realidade. A visão do direito que se baseava somente em normas não consegue persistir e o reconhecimento de outras dimensões do problema leva a uma reformulação constante da dogmática (MEDEIROS, 2016, p. 90).

Como exposto, a dogmática jurídica não vai se dedicar exclusivamente a estabelecer o que é verdade ou não, pois ela está muito ligada a aspectos de tomada de decisões e se transforma em possibilidades de criação de padrões humanos, que geram mudanças na ação humana, além dos seus efeitos sociais. Portanto, “[...] trata-se de um exercício de poder, a dogmática jurídica é um discurso que exerce um controle e traça limites, permitindo, contudo, que haja uma abertura, trabalhando com possibilidades” (SILVA, 2013, p. 30).

Considerando a sua dinâmica, a dogmática jurídica requer um aprofundamento sobre quais são os anseios sociais e acaba por orientar a aplicação do direito a situações concretas, representando uma reorganização da realidade na busca de uma maior coerência na relação do sujeito com o meio social. Assim sendo, “[...] a dogmática jurídica apresenta uma função social que contribui para o processo de justificação, em sentido amplo, permitindo a identificação do juridicamente possível e como isso permite a

calibração do sistema” (MEDEIROS, 2016, p. 43). Salienta-se ainda que, o direito, como regra moral, é expressão da “solidariedade” de uma sociedade. De maneira que o direito seria moldado pela forma de diferenciação social, bem como pelo desenvolvimento da própria sociedade (DURKHEIM, 1922).

Como exposto, o desenvolvimento da sociedade passa por alterações, principalmente em razão das manifestações da relação entre sujeito e Estado. É importante destacar que com a origem do Estado moderno, surgiu também a necessidade de criar uma série de normas, sobretudo para dar conta da complexidade social. Nessa perspectiva, os costumes, que representavam uma fonte de direito de destaque na regulamentação social, passam a perder importância, dando lugar para a criação de normas estatais escritas. Além disso, o direito que trata de questões específicas possuía uma certa estabilidade, pois não sofria grandes mudanças (BRANT; BIAZATTI, 2015).

É relevante considerar que no mesmo período de surgimento do Estado Moderno, nasciam também as nacionalidades étnicas, com a delimitação de classes sociais e crenças religiosas. Em seguida, com a sociedade pós-moderna, por fatores históricos e sociais, passou-se a ter a necessidade de adotar normas mais inclusivas culturais (OTERO; SILVA, 2012). Nessa linha, o direito passa a ter um imperativo de reconhecimento social:

A nova função do Direito, de reconhecimento e de inclusão das pessoas na participação social, vem associada ao fortalecimento de um novo Estado, ao mesmo tempo configurado em termos mundiais como um Estado decorrente da cooperação global, mas também limitado às formações sociais e estatais estritamente regionais que valorem as suas origens e as suas manifestações culturais (OTERO; SILVA, 2012, p. 89).

Diante de todas essas questões, o direito intensifica o seu processo de transformações, pois ele passa a ser concebido a partir de uma perspectiva local, em âmbito regional, nacional e mundial. Isso faz com ele se torne muito dinâmico, demandando uma “[...] elasticidade de seus conceitos para uma compreensão menos estrita dos riscos e para que possam ser solucionados os problemas mais relevantes no contexto social” (SILVA, 2012, p. 24). Assim, o direito passa a estabelecer uma hierarquia de prioridades e passa a ter a necessidade de pensar em normas a partir da perspectiva local e mundial, fazendo com que ocorram mudanças no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a teoria do direito se reafirma como uma ferramenta importante para compreender as implicações que a migração internacional exerce no âmbito do direito, pois permite uma análise mais apurada desse fenômeno e de outras transformações sociais que vem ocorrendo e podem vir

a ocorrer futuramente. As migrações internacionais, em suas diversas formas, motivações, origens, destinos e demandas específicas, trazem importantes reflexões aos juristas, além de outros profissionais sociais que, devem pensar formas de se adaptar a essa nova realidade mundial. Nessa linha, um primeiro passo é pensar o papel dos Estados no processo de acolhimento dos imigrantes e das migrações internacionais, numa perspectiva macro.

Apesar de o acolhimento de migrantes não ser realizado somente pelo ente estatal, mas também em nível local, municipal e, muitas vezes, pelas organizações da sociedade civil, coloca-se em pauta aqui os Estados nacionais, já que, segundo Ridgley (2008), desde 2015, especialmente, muitos líderes mundiais tem reforçado um discurso de aversão as migrações internacionais, com argumentos de resguardo a identidade e cultura nacionais, que têm se replicado em nível local. Nota-se que as cidades têm espelhado as políticas e medidas de controle estatal para contextos urbanos a partir de uma multiplicação de fronteiras físicas e simbólicas que permeiam o dia a dia dos migrantes (NYERS, 2008). Dessa forma, pensar o plano Estatal pode ser um primeiro passo mais assertivo.

Para compreender o papel e responsabilidade do Estado no processo de acolhimento dos imigrantes, utilizaremos a teoria do direito como ferramenta e o princípio da dignidade humana como preceito. Observa-se que o Estado é um terreno de discussão atual, que é protagonizado por juristas, cientistas políticos, dentre outras áreas do conhecimento, sobretudo para compreender sua extensão e função social:

A Política Migratória utiliza as capacidades institucionais do Estado para, de diferentes formas, intervir nos fluxos de entrada e saída de pessoas em seu território, bem como na integração do que neles adentram a comunidade nacional. Aceitar refugiados mais ou menos amplamente; estabelecer regras de entrada e saída restritivas; recrudescer a securitização das fronteiras; restringir o acesso à nacionalidade ou aos direitos políticos; implementar programas de integração e de combate ao racismo e a xenofobia constituem atos eminentemente políticos: consagram determinados interesses em detrimento de outros. Essa acomodação de interesses pode ocorrer dentro da própria estrutura do próprio Estado ou ainda entre diferentes Estados, visto que parte das dimensões políticas envolvidas se refere a dissensos sobre o significado das fronteiras (REIS, 2004, p. 35).

Nessa perspectiva, o Estado vai moldando a sua política migratória e construindo diretrizes ao longo desse processo. Contudo, é importante destacar que o Estado não é uma estrutura una e coesa, mas que se constitui

através das relações de poder de seus diferentes atores e interesses em jogo, como exposto:

Observa-se que a formulação e implementação da política migratória brasileira se dá em um contexto de arranjo institucional complexo, isto é, compreendendo diferentes relações estabelecidas em uma teia ampla de atores, não apenas o Executivo, mas também a sociedade civil, setor privado, sindical, organismos internacionais, membros do legislativo e judiciário (OLIVEIRA, 2017, p. 28).

Somada a essa questão:

O Estado, enquanto forma de organização de poder típica do sistema westaliano tem no território e na soberania interna e externa seus traços distintivos, os quais lhe confere prerrogativas de decidir sobre o transpassar de suas fronteiras por indivíduos. A cidadania nacional é o pressuposto normativo sobre o qual se fundamenta e se constroem as práticas soberanas nas fronteiras: O Estado delimita a comunidade política no seu interior com base na nacionalidade, e desta maneira estabelece jurídica e conceitualmente as fronteiras entre cidadãos e o estrangeiro. Nesse sentido, há uma defesa da investigação da concepção não apenas do Estado, mas também de nação, de maneira a desvendar os fundamentos da política migratória (VENTURA, 2013, p. 33).

Nesse sentido, o Estado desempenha um importante papel na acolhida e rejeição dos imigrantes e essas práticas podem repercutir na leitura que as pessoas estabelecem sobre o compromisso que elas possuem com o outro ou não. O alargamento ou estreitamento desses compromissos impacta na forma como o direito interpreta e dá vida às normas de proteção e acolhimento de imigrantes. Pensar a política migratória sob a ótica das políticas públicas, da garantia e acesso a direitos, acaba por suscitar uma reflexão sobre os seguintes pontos: I - A definição do Estado de quem deve adentrar o território nacional e quais os direitos que podem ser concedidos, além de definir os critérios para concessão de cidadania; II - quais os aspectos influenciam nessa decisão; III - qual o impacto e consequências políticas dessas escolhas e definições.

Outro ponto que merece destaque, diz respeito ao impacto que a migração traz para outras áreas daquele país, como aspectos do desenvolvimento econômico, segurança, trabalho, comércio, assistência social, cultura, acesso a bens e saúde, dentre outros. Nesse sentido, ela apresenta desafios para se pensar uma política migratória que possa permitir

a sintonia entre essas diferentes áreas de atuação, a fim de planejar políticas públicas nesse sentido, sendo o tema central: o que é de responsabilidade do Estado? Isto porquê “a pluralidade de opiniões e a complexidade do processo de elaboração das políticas de imigração e nacionalidade refletem na forma final das legislações sobre essas questões” (REIS, 2004, p. 160).

Compreende-se que a consideração de todas essas perguntas e reflexões pode ser melhor embasada por teorias políticas. Para os propósitos desse trabalho, fazemos tais ponderações por meio das teorias liberal e comunitária, pontuando, sobretudo, suas divergências e convergências e como podem contribuir para a construção de uma teoria global de justiça, em contraponto às teorias domésticas atuais.

2 O DEBATE LIBERAL-COMUNITARISTA

É importante iniciar esse diálogo compreendendo a amplitude dessas abordagens teóricas. Conforme Nythamar de Oliveira (2014), o debate liberal-comunitarista atualmente opera em vários níveis:

No nível da teoria política, como veremos, tem focado a relação entre as estruturas legais ou governamentais e as estruturas culturais, como as religiões, etnias ou reivindicações de grupos minoritários ou tradicionalmente menos representados, como o movimento gay. No nível da teoria moral, tem sido um debate sobre a relação de valores e obrigações, ou seja, em que medida as concepções do que é bom (good) pode justificar princípios sobre o que é justo ou moralmente certo (right), em oposição à tese rawlsiana da primazia do justo sobre o bem. Finalmente, no que diz respeito à psicologia moral e social, tem sido caracterizado como um debate sobre a natureza do eu (self), sendo que todas essas dimensões jurídico-política, ético-moral e propriamente psicológicas podem ser abordadas num mesmo enfoque sobre contextos semânticos (Forst) ou de individualização através da socialização (OLIVEIRA, 2014, p. 34).

Nesse sentido, a perspectiva liberal se baseia na defesa da liberdade individual nas diversas esferas da vida, seja econômica, política, religiosa, intelectual. Já a teoria comunitária, se baseia nos interesses da sociedade em detrimento do individual. A partir dessa perspectiva, faz-se necessário compreender em que consiste cada uma dessas teorias, bem como o diálogo e alinhamento delas com a democracia e dignidade da pessoa no contexto

de um Estado Democrático de Direito. As próximas subseções se dedicam à melhor destrinchar ambas as teorias.

2.1 Fundamentos do sistema de justiça na perspectiva liberal

A palavra liberalismo, etimologicamente, deriva do latim “libere” que significa livre. No que tange à perspectiva do conceito, está relacionada a uma iniciativa tradicional, que busca assegurar que os cidadãos não sofram com os ditames arbitrários de um governo. É importante destacar que tal ideia teve origem marcada pela oposição dos barões ingleses às determinações dos reis, que culminou com a criação da Carta Magna de 1.215, que teve como objetivo a limitação do poder dos monarcas na Inglaterra. Outro fato histórico que marca o surgimento desta filosofia política refere-se aos colonos norte-americanos, que se opuseram ao governo britânico, determinando que os homens possuem certos direitos que não são alienáveis, como a liberdade, vida, dentre outros na busca do homem pela materialização de sua felicidade (SILVA; SAMPAIO, 2021).

Como doutrina política o liberalismo só surge a partir do século XIX, embora seus princípios estejam pautados em ideias de filósofos e pensadores desde o século XVI (KLEFFENS, 1957). Diante dessas questões, observa-se que ao procurar pensar o sistema de justiça na perspectiva liberal, os seguintes autores ganham relevo: John Locke, Ronald Dworkin, John Rawls e Robert Nozick.

O liberalismo define-se como “[...] uma norma jurídica que reconhece certos direitos ou liberdades individuais que escampam ao controle do governo” (FUKUYAMA, 1992, p. 34). Nessa perspectiva, os cidadãos são livres para exercer o controle de sua vida e buscar a manifestação de suas potencialidades, o que significa dizer que cada um tem os seus direitos e podem dispor dos mesmos com liberdade, competindo às instituições preservar e ampliar a proteção dos cidadãos.

Observa-se que o liberalismo toca num elemento importante da tríade homem, Estado e sociedade, pois delimita até onde o Estado e os demais indivíduos podem ir sem atingir a sua integridade enquanto indivíduo. Além disso, é importante destacar que o liberalismo é fruto do Estado moderno, resultado de fatores sociais e históricos, sobretudo pela nova forma de pensar os processos históricos de ruptura, contribuindo para o surgimento de novas teorias sociais. O Prof. Marcelo Galuppo (2002) destaca três eventos históricos que refletiram a concepção de uma nova perspectiva para o indivíduo a partir dos ideais liberais, quais sejam: a Revolução científica, as Grandes Navegações e a Reforma Protestante.

O liberalismo também pondera quanto às funções que o Estado exerce. Segundo Norberto Bobbio (1998), o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A fim de tornar viável a coexistência de uma sociedade justa e que possibilite o exercício da liberdade individual, são criados instrumentos gerenciadores da separação entre Estado e indivíduos, que estão relacionados às seguintes práticas: concepção das constituições com o intuito de preservar os direitos dos cidadãos e garantir direitos como liberdade, vida, propriedade, dentre outros; promoção da limitação do Estado através da criação de leis, às quais ele cria, mas também se sujeita; processo de separação de poderes, com a função de operar um sistema de freios e contrapesos, no qual cada poder tem autonomia, mas ao mesmo tempo pode limitar ou ser limitado pelo outro, dentre outras práticas, todas elas, idealmente orientadas por um viés racional (CUNHA, 2010).

O destaque que os liberais deram à liberdade individual, dá ensejo para que esse princípio passe a ser defendido também na esfera econômica, criando a concepção de livre mercado. Nesse sentido, enquanto os primeiros liberais queriam que o governo interferisse o mínimo possível na vida dos cidadãos, o liberalismo moderno passou a acreditar que o governo deveria ser responsável por proporcionar serviços de bem-estar social, como saúde, habitação, aposentadoria e educação, além de gerir a economia ou ao menos regulá-la (GALUPPO, 2002). Nessa linha, observa-se que a teoria liberal passa a ter vários contornos e perspectivas que sofrem mudanças e complementações ao longo do tempo, fazendo-se necessário compreender os seus principais marcos e autores a partir de determinados ângulos.

O ponto de partida da teorização do liberalismo diz respeito à defesa do Estado, bem como a existência de um contrato social - que consiste na transferência de poder dos indivíduos -, e sobretudo, diz respeito à defesa dos direitos naturais para todo ser humano (CANDEIAS, 2014). Um dos autores que começa a suscitar essa questão é John Locke, filósofo inglês conhecido como o “pai do liberalismo”. Segundo o autor, os homens são sempre livres e iguais e conseguem conviver de forma harmoniosa. Sua filosofia política tem como fundamento a perspectiva de governo consentido, o que pode ser associado à sua ideia quanto aos poderes da organização do Estado, na qual ele possui sua atuação limitada.

Locke estabelece que a vida política é uma invenção dos seres humanos, com a criação de instituições e mecanismos para manutenção da vida em sociedade. Em sua obra “Segundo Tratado sobre o governo civil” ele concebe a sua teoria sobre o Estado Liberal e a propriedade privada, enfatizando a legitimidade da propriedade privada, perante a qual o indivíduo teria direito àquilo que conquistou, tendo o Estado a função e atribuição de

proteger os seus direitos, pois o indivíduo tem liberdade para agir, desde que a sua ação não cause dano a outrem (CANDEIAS, 2014).

No que tange a origem do Estado, a mesma é buscada através da razão. Para Locke, é fundamental que exista uma autoridade que possa definir as transgressões, se não, fica-se sujeito a um estado de guerra. Nessa perspectiva, Locke propõe que os homens possam entregar à sociedade civil os poderes e direitos, cabendo ao Estado a finalidade de elaborar as leis e criar condições para que elas sejam cumpridas, visando a preservação de suas vidas, liberdade e propriedade (CANDEIAS, 2014).

O liberalismo, se compreendido na perspectiva de luta, representa uma luta contra o absolutismo dos poderes do Estado, em prol da atividade social e econômica dos indivíduos, na qual o indivíduo tem seus direitos preservados através do viés social e político, conforme a ideia da consciência e liberdade cívica e econômica de todos os cidadãos (TAIAR, 2009).

Um outro ponto que merece destaque é o denominado liberalismo Kantiano, que está relacionado a um mínimo político, que se dá através da coerção exercida pelo Estado, na qual os homens agirão a partir de um dever, no domínio das leis jurídicas e devem ter suas liberdades preservadas (SOUZA, 2015).

O republicanismo kantiano estabelece a priori os princípios que devem reger a convivência humana no interior do Estado de direito. Trata-se do Estado da razão, do dever ser de todos os estados históricos. Kant pensa numa sociedade para homens racionais, potencialmente capazes de agir segundo a representação de leis. A capacidade de ação racional não garante que os homens ajam racionalmente. Junto a ela está a possibilidade de agir segundo às inclinações, ou seja, os homens são seres imperfeitamente racionais, que podem agir tanto racionalmente quanto motivados pelas inclinações naturais. A ordem jurídica obriga os homens a agir como se fossem racionais. Esta é a especificidade do direito: faz, através da coerção, com que as ações sejam conforme às leis da razão, independentemente das intenções dos agentes. Em Kant há dois tipos de legislação: a ética (interna) e a jurídica (externa) (SOUZA, 2015, p. 45).

Portanto, a função do Estado é garantir o exercício pacífico das liberdades externas, sendo que, para Kant (1724-1804), segundo Almeida (2006), só há liberdade quando a razão for obedecida. Nessa perspectiva Kant busca que os cidadãos possam ser autônomos, portanto, sua filosofia é toda pautada na liberdade:

Kant formula o princípio universal do Direito. Este princípio determina que as ações dos homens devam ocorrer de tal forma que possam conciliar-se entre si mediante uma lei universal da liberdade. Portanto, o Direito consiste no conjunto das condições segundo o qual é possível conciliar as liberdades de acordo com uma lei universal (ALMEIDA, 2006, p. 67).

Uma vez que Kant sustenta que todos os seres humanos apresentam conceitos a priori, que estão relacionados com aqueles que não são extraídos da experiência, ele defende o idealismo transcendental. Em consonância, sua teoria ganhou relevância no âmbito da teoria moral. Diferentemente de Locke, que apresenta o contrato social como um fato histórico, Kant destaca sua base na razão humana. O contrato social possibilita a transição de um estado de natureza para o Estado civil juridicamente constituído, que deve ser concebido como um fato da razão, não com um fato histórico. Nessa linha, caracteriza-se como um princípio ideal que tem o papel para promover a justificação racional do Estado (MESQUITA, 2014).

No que tange ao contrato, Kant destaca que ele tem fundamento na vontade dos seres humanos, que são reunidos na eventual manifestação de conflitos, na qual o interesse da coletividade prevalece sobre o particular. Além disso, a autonomia da vontade está associada a observância dos princípios morais universalmente válidos em consonância com o imperativo categórico (MESQUITA, 2014).

A partir do século XX, pensadores estadunidenses trouxeram novas questões e contrapontos ao liberalismo. Dentre eles, merece destaque aquele que idealizou a perspectiva de igualdade liberal. Ronald Dworkin (1931-2013) enfatizou tal perspectiva a partir de sua teoria de justiça distributiva - uma versão de liberalismo que integraria a igualdade, liberdade e comunidade:

Será justamente o contrato que Dworkin vai questionar como forma de garantir o estabelecimento e obediência aos princípios numa sociedade plural, respeitando a neutralidade do estado em relação às concepções de boa vida. As partes no contrato não têm informação alguma sobre seus talentos, preferências, status social e não têm o pressuposto de justiça a priori, apenas querem tornar a pior das posições na escala social a melhor possível (FURQUIM, 2010, p. 45).

Dworkin é considerado um liberal igualitário, pois apresenta uma concepção de liberalismo que busca conciliar a liberdade e a igualdade. Isso significa dizer:

[...] que nossas convicções éticas pessoais não estão separadas das nossas concepções políticas, como os liberais desde Locke assumem, e isso nos levaria a um liberalismo sem o trade-off de igualdade e liberdade, já que uma virtude não poderá ser definida sem a outra. Acrescenta que não faz sentido considerar as concepções de boa vida separadas das nossas concepções políticas se o objetivo for uma sociedade justa (FURQUIM, 2010, p. 45).

Nesse contexto de defesa da igualdade, Dworkin não usa o contrato como forma de dar legitimidade e estabilidade aos princípios de justiça, mas as próprias concepções de boa vida de cada indivíduo, que serão realizadas em igualdade de condições, o que significa dizer que partirão de uma igualdade de recursos, isto é, meios para alcançar seus objetivos.

Outra ideia que veio somar-se às concepções da Teoria Liberal diz respeito à Teoria da Justiça, apresentada por John Rawls (1921-2002), professor e filósofo estadunidense. Rawls utiliza a perspectiva de posição original como ponto de partida para construir sua teoria e ideia de justiça equitativa. A partir dessa concepção, ele não pretende estabelecer como a sociedade ou Estado foram constituídos, mas, procura investigar como os princípios de justiça são selecionados nessa situação inicial e hipotética de sociedade (SOUZA, 2018). Nessa linha:

Esses princípios servem justamente como estrutura básica das instituições políticas, eles operam como ordenadores dos acordos subsequentes. A posição original aqui serve como uma situação hipotética que é caracterizada de modo a acarretar em uma determinada concepção de justiça. Sendo assim, Rawls nos convida a imaginar a situação onde os indivíduos entram em cooperação social (SOUZA, 2018, p. 39).

Com o intuito de permitir que os sujeitos constituam uma justiça equitativa, o filósofo constrói a concepção de véu da ignorância. Isso significa dizer que eles não sabem em que situação se encontra cada pessoa, se ela se encontra ou não numa posição de vantagem ou desvantagem, seja pela cor, riqueza, sexo, dentre outras questões. Assim, os indivíduos estariam aptos a escolher, de modo imparcial, os princípios sociais, pois “a justiça equitativa é fruto da busca de um ideal de justiça que consiga, de certa forma, neutralizar as contingências, circunstâncias sociais e biológicas [...] as quais são arbitrarias de um ponto de vista moral (SOUZA, 2018, p. 39).

É importante observar a retomada de Rawls do contrato social como uma alternativa para fundamentar um processo de eleição dos princípios de

justiça, quais sejam, liberdade e igualdade. E, sendo fiel à tradição liberal, Rawls destaca que o princípio da liberdade é anterior e superior ao princípio da igualdade. Esses princípios desempenham uma função importante no critério de julgamento sobre a justiça das instituições que são consideradas elementares para a sociedade, a saber, aquelas que regulam a distribuição de direitos, deveres e bens sociais (SOUZA, 2018).

No ano de 1993, Rawls concebeu uma nova versão de sua teoria na obra na qual ele utiliza como fundamento o pluralismo valorativo, ou seja, sua teoria tem como função construir um consenso sobre as concepções de justiça e o que se concebe como justo, a partir da diversidade de doutrinas emergentes de comunidades, indivíduos e grupos:

Diante da fragmentação e da diversidade de visões de mundo atual, ele sustenta a necessidade de um “consenso sobreposto”, qual seja, um consenso em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social. A busca deste consenso exige da parte dos cidadãos o uso da razão pública, ou seja, da capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes (SILVA, 2012, p. 56).

Somada a essa questão:

Entre o liberalismo rawlsiano e a tradição republicana podem ser significativos dois elementos: o acento republicano nas virtudes públicas e a ideia de um espaço comum próprio dos liberais na forma como Rawls denomina uma sociedade bem ordenada como uma união social de uniões liberais. Uma união social não se funda em uma concepção de bem, tal como se dá numa fé religiosa comum ou numa doutrina filosófica, senão em uma concepção pública de justiça que se afina bem com a concepção dos cidadãos como pessoas livres e iguais em um Estado democrático (TALAVERAS, 2009, p. 29).

Contrapõe a essa teoria Robert Nozick (1938-2002), filósofo norte-americano. Sua grande contribuição foi na área da filosofia política, sobretudo contestando teses políticas sociais liberais, socialistas e conservadoras, a partir da concepção de um modelo utópico de Estado mínimo, buscando, sobretudo, conciliar ética, filosofia e economia. Sua principal obra, denominada “Anarquia, Estado e Utopia”, teve o objetivo de promover uma crítica às ideias de Rawls. Uma das principais críticas que Nozick emprega em seus estudos diz respeito à ação e legitimidade das condutas

empregadas pelo Estado moderno, sobretudo pela utilização de sua estrutura coercitiva-jurídica para obrigar o indivíduo a infringir seus direitos. Ele critica os governos que adotam medidas que desrespeitam o contrato social, inobservando as liberdades que são inerentes ao homem (SCHAEFER, 2008).

Em paralelo, Nozick defende que os seres humanos têm direitos e há coisas que nenhum grupo pode fazer em face desses indivíduos sem que ocorra a violação de direitos. Segundo ele, esses direitos têm tanto poder que colocam limites ao poder do Estado, determinado o que ele pode ou não fazer (SCHAEFER, 2008). Portanto, elementos como a natureza do Estado, suas funções legítimas e suas justificações são aspectos centrais na argumentação de Nozick:

A principal conclusão de Nozick é que um Estado mínimo, limitado às funções de proteção contra a força, o roubo e de cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem coagidas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto inspirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina de coerção para obrigar cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem (SCHAEFER, 2008, tradução nossa).

Nesse sentido, uma das grandes contribuições do autor refere-se a suas críticas ácidas sobre o surgimento natural do Estado e da inevitável interferência estatal na vida dos cidadãos. Como ponto de partida, Nozick vai estabelecer os principais contornos da função que o Estado possui e que qualquer negligência dessas regras gera violação drástica dos cidadãos. Portanto, a função do Estado deve se ater a três elementos fundamentais: direito de propriedade, proteção da liberdade conatural e segurança dos indivíduos (GARGARELLA; FREIRE, 2008). A partir desses elementos, observa-se que Nozick deixa bem claro um debate e interlocução com os liberais e igualitários. Diante disso, observa-se que:

A teoria nozickiana tem natureza deontológica, aspecto que o aproxima do pensamento de John Rawls, uma vez que ambos partem em defesa da existência de direitos básicos que não possam ser violados, inclusive, inadmitindo que os direitos de determinados indivíduos sejam sacrificados ou deturpados em prol do bem-estar de outros, uma alternativa aceita pela linha utilitarista. Além disto, ambos os autores compartilham uma influência do pensamento kantiano, especialmente, por defenderem

que os indivíduos não podem ser tratados e utilizados meramente como meios, mas devem ser reconhecidos como um fim em si mesmo (GARGARELLA; FREIRE, 2008, p. 35).

A partir dessa perspectiva, discute-se muito o papel do Estado e da concessão de certos benefícios básicos, como a previdência social. Nozick destacaria que esse nível de demanda e reivindicação poderia comprometer e colocar em risco a possibilidade de que cada um, a seu critério e vida, pudesse exigir de cada uma das pessoas algum sacrifício pessoal em prol de melhorar as condições de outro (GARGARELLA; FREIRE, 2008).

Neste aspecto, a resistência de Robert Nozick parece fazer maior sentido, uma vez que o ônus fixado por um Estado de bem-estar social poderia representar um constante sacrifício individual. Todavia, não pode ser desconsiderado que a abstenção da atuação estatal em tais compromissos inviabilizaria as circunstâncias e condições que os indivíduos necessitam a real autopropriedade de suas vidas, diante da ausência de uma estrutura básica para sua condução autônoma. Para Nozick, esta leitura final não teria pertinência, haja vista que a condição básica é a não interferência e não haveria qualquer obrigação moral de se garantir um substrato aos indivíduos para que atinjam todos ou grande parte de seus objetivos, sob o simples argumento de impedimentos de viver a frustração (GARGARELLA; FREIRE, 2008, p. 38).

Como exposto, Nozick faz uma defesa à preservação da liberdade e integridade individual, reforçando a necessidade de uma defesa da vida dos indivíduos e de seus anseios, e que a vida em comunidade deve preservar e possibilitar a realização dos mesmos.

Conclui-se, portanto, que a Teoria Liberal, de modo geral, busca resguardar os valores individuais e liberdades dos indivíduos e coloca limites na atuação do Estado, sobretudo para alargar a manifestação da vontade individual em detrimento do esforço demandando para atender as demandas e ditames do coletivo. Nessa linha, representa uma teoria que tem o sujeito e seus anseios como ponto de partida para a atuação estatal. Entende-se, contudo, que as migrações internacionais contemporâneas podem ter motivações individuais ou coletivas, bem como as sociedades podem ter motivações coletivas para agirem de maneira reativa a essas migrações - como o que acontece entre os movimentos de nacionalismo radical. As

migrações, atualmente, são complexas e demandam análises mais plurais e diversas, compreendendo, especialmente, aspectos de multiculturalismo.

Sob um ponto de vista mais coletivo, encontra-se a perspectiva comunitarista, que será discutida com maior profundidade na seção seguinte. Com a apresentação dos pontos de vista de ambas as teorias, estas serão comparadas, por fim, tendo como base argumentativa a questão da migração internacional em tempos globalizados.

2.2 Fundamentos do sistema de justiça na perspectiva comunitarista

O comunitarismo é uma corrente teórica que tem sua origem na década de 1980, com o intuito de contribuir com o resgate da importância e valorização da comunidade, sobretudo em questões afetas às bases da política e da ética. Portanto, representa uma reflexão que se propõe a trabalhar a relação entre o indivíduo e o Estado, partindo do pressuposto de que o todo é superior à parte. Nesse sentido, a comunidade possui uma supremacia sobre o indivíduo. É importante destacar que as discussões do comunitarismo têm como foco as diversas facetas dos princípios que regem a justiça. É uma teoria que surge no contexto pós-Guerra fria, fazendo um contraponto ao individualismo demasiadamente marcante nas teorias liberais, dando destaque aos interesses comunitários (CRUZ JÚNIOR, 2004).

Conforme Cohen e Arato (1992), ao contrário do que a designação “comunitarismo” possa indicar, não é tanto a questão da comunidade que está em causa no centro da controvérsia, mas a forma de entendimento do sujeito liberal e da justiça ligada à distribuição de recursos sociais, embora seja clara a importância da comunidade como depositária de valores coletivos que vão conduzir a vida humana:

[...] o que mobiliza o debate é então, por um lado, uma questão epistemológica - a questão de saber se é possível defender uma concepção universalista (deontológica) de justiça sem pressupor um conceito substantivo (histórica e culturalmente situado) de bem - e, por outro, uma questão política, que é a de saber se o ponto de partida para a liberdade devem ser os direitos individuais ou as normas partilhadas da comunidade (COHEN; ARATO, 1992, p. 87).

Observa-se que a Teoria comunitarista reforça a importância das normas compartilhadas pela sociedade, fazendo-se necessário pensar em suas principais ideias a partir do olhar de determinados autores.

Essa teoria ganha contornos iniciais com Aristóteles (384 AC - 322 AC), filósofo grego que enfatiza a importância da Polis no desenvolvimento

do ser. Segundo o Prof. Marcelo Galuppo (2002) existem lugares naturais propícios à atualização de cada ser, nessa perspectiva. Para Aristóteles, o lugar propício à atualização do homem é a polis. Somente os seres que participam da polis são homens de fato, ou seja, é única e exclusivamente através da atividade política que o homem vai da existência potencial para a existência atual. Este é o cerne da ideia comunitarista.

Uma das marcas da teoria de Aristóteles é a ideia de que a polis satisfaz o ser humano, sendo a primeira instituição que desenvolve esse papel “a família”. Na sua obra ‘Política’, Aristóteles destaca que o lar é um local que vai realizar os desejos do cotidiano do ser humano, permitindo que o indivíduo viva e exista, contribuindo para o bem-estar. Assim, o ser humano é integrado à natureza, sendo que a polis dá sentido e contribui para a realização de outras áreas componentes do todo, manifestando-se como ontologicamente superior ao indivíduo (ARISTÓTELES, 1997 apud GALUPPO, 2002).

Conforme Galuppo (2002, p. 44): “Aristóteles se mostra claramente disposto a aceitar que entre o homem e a sociedade política existe uma relação análoga.” Para Aristóteles, nesse sentido, “o Estado é como um organismo em funcionamento, que é metafisicamente prévio a, ou mais substantivo que, o indivíduo que nele vive” (GALUPPO, 2002, p. 44). Somada a essa questão:

O “todo” precede as partes, pois o todo oferece sentido às partes. A polis dá sentido ao homem. Para completar essa teorização comunitarista, de primazia do todo sobre a parte, de realização plena do homem na polis, Aristóteles trabalha a ideia de que a educação do cidadão é uma função do todo. Desta forma, a polis deverá fornecer a educação, primeiramente, do corpo através dos impulsos, dos instintos e dos apetites, para se concluir com a dinâmica educacional da alma racional. Os cidadãos seriam educados na polis de um modo igualitário, para serem capazes de, quando jovens, obedecer e, quando idosos, comandar, esta educação deveria sempre ter como meta a formação de homens bons, realizando o ideal estabelecido na ética (MOTTA, 2006, p. 49).

Evidentemente, a pólis descrita por Aristóteles é bem diferente das cidades modernas. Contudo, os escritos do autor nos auxiliam a pensar a perspectiva comunitarista de forma didática. É possível depreender, em suma, que, para essa abordagem, a vida em sociedade atribui sentido para a vida do homem e a educação desempenha um papel importante, sobretudo

para compartilhar esses valores sociais e compartilhar o conhecimento que é construído coletivamente e que carrega os ideais coletivos de vida.

Outra perspectiva que nos faz entender o comunitarismo diz respeito ao conceito de justiça apresentado pelo filósofo italiano São Tomás de Aquino (1225-1274), para o qual a justiça é vista como proporção e mediação baseada na alteridade. Nessa linha, ele sustenta a necessidade categórica de um equilíbrio entre os anseios das sociedades e das partes que as compõem, sendo fundamental para a materialização do bem comum, ideia que ganha destaque com concepção do filósofo sobre a justiça distributiva:

1. À primeira dificuldade responde-se que, assim como se recomenda a moderação na generosidade das pessoas particulares, e se considera mau o esbanjamento, também há que ter uma certa moderação na distribuição dos bens comuns. Precisamente para isso é que serve a justiça distributiva. À segunda, que como a parte e o todo são em certo sentido a mesma coisa, assim também de algum modo o que pertence ao todo pertence à parte. Portanto, quando se distribui algo comum entre os particulares, de algum modo cada um recebe o que é seu (TOMÁS DE AQUINO, 1990, Segunda Parte, q.58, art1º).

Além de sustentar a interconexão da parte com um todo, sendo que o Direito ordena o bem comum, Tomás de Aquino (1990) defende, também, que é natural do homem viver em sociedade, pois não consegue sobreviver sozinho. Um ponto central do comunitarismo é justamente a ideia de que é equivocada e inverídica a noção de um sujeito individualizado no campo moral e capaz de dar sentido à sua existência sem a relação com o outro e com o processo histórico.

O principal defensor dessa ideia é Alasdair MacIntyre (1929 - até os dias de hoje), cujas principais contribuições giram em torno da moral e filosofia política. Ele reforça a importância dos valores compartilhados na sociedade ou comunidade na qual o sujeito irá desenvolver suas potencialidades e, ao mesmo tempo, reconhecer o que é bom para si e para a sociedade. Assim, “a vida do ser é uma narrativa inserida em um contexto, em um cenário e, só compreendemos essa vida, só conferimos inteligibilidade a essa vida, na medida em que compreendemos a narrativa e compreendemos a vida do outro” (MOTTA, 2006, p. 68).

Segundo MacIntyre (2001), a vida do ser humano acontece no contexto social e é narrada a partir dessa perspectiva. Ele destaca que:

[...] a história da minha vida está sempre contida na história das comunidades que deram origem à minha identidade. Nasci com um passado, e tentar me isolar

desse passado, à maneira individualista é deformar meus relacionamentos presentes. A posse de uma identidade histórica e a posse de uma identidade social coincidem (MACINTYRE, 2001, p. 371).

Além das questões suscitadas, observa-se que o reconhecimento dos indivíduos é integrado a contextos culturais e sociais, ganhando destaque as instituições sociais no desenvolvimento do significado individual e da identidade. Um dos principais defensores dessa ideia é Charles Taylor (1931 - até os dias de hoje), um filósofo canadense que tem trazido contribuições efetivas para a autocompreensão humana e o avanço da humanidade. Em sua obra “Seguindo uma regra”, o autor questiona o porquê de as pessoas serem potencialmente falhas no cumprimento de regras e quais os fatores que facilitam e permitem a elas obterem êxito no cumprimento das regras (SOUZA, 2009).

A tradição intelectual presume que, para seguir regras, os seres humanos necessitam compreender as proposições e premissas sobre o modo de segui-las. Taylor (apud SOUZA, 2009) destaca que é um equívoco supor que a compreensão é mediada por uma representação. Segundo o autor, o ser humano só segue regras que de forma explícita têm ressonância para o sujeito. Contudo, destaca que a norma não possui os princípios de sua própria aplicação, pois para isso, há a exigência e concepção a partir de uma prática, um senso das coisas, que ele chama de pano de fundo. Sobre essa questão, Souza (2009) esclarece:

Os sentidos são as portas para a experiência enquanto bits de informação para o self agente de avaliação e contratante de um nível de racionalidade que lhe permite firmar acordos morais e especular qual seria a melhor vida a ser vivida. Como o juízo sobre os valores deve permanecer, se deve ser reavaliado e/ou reafirmado. Segundo Taylor, esse agente, o self, é influenciado pela cultura de onde emerge, tendendo nas sociedades ocidentais, caminhar em direção a razão instrumental, a autorrealização e ao atomismo. O progresso da instrumentalização da razão é o que nos permite a dominação da natureza, através de elaborados esquemas científicos autossuficientes que têm na matemática sua mais alta expressão, “aplicação mais econômica dos meios para determinado fim. Eficiência máxima, a melhor relação custo-benefício, é sua medida de sucesso” (SOUZA, 2009, p. 14).

Outro ponto do autor que merece destaque é a ideia de que a era moderna ampliou o individualismo e o desencantamento do mundo, uma vez

que a sociedade deixa de se sustentar por pilares sagrados e abriu seus arranjos sociais para serem redesenhados e revisitados, além de ter a felicidade como objetivo a ser alcançado. A partir desse cenário, o autor compreende que há uma sobreposição do individual sobre o coletivo. Contudo, como uma possibilidade, Taylor destaca a importância de uma ética da autenticidade, com a reformulação desses horizontes de significado na busca de uma autodefinição no diálogo (SOUZA, 2009).

Complementa essa questão a perspectiva de organização da sociedade. Um dos autores que desenvolve bem esse tema é o teórico político norte americano, Michael Walzer (1935 - até os dias de hoje), que destaca que a sociedade é organizada em várias esferas que se relacionam, dentre elas, a política, a educacional, a econômica, cultural, religiosa, entre outras. Dentro dessas esferas existem aspectos como normativas, padrões e sistemas diferentes (WALZER, 2003). Sua principal obra, “Esferas da Justiça”, foi escrita como uma crítica às ideias de Nozick. Nas palavras do autor:

Todos os bens que a justiça distributiva considera são bens sociais. Não são e nem devem ser valorados pelas suas particularidades. Alguns objetos domésticos são apreciados por razões particulares ou sentimentais, mas apenas em culturas onde o sentimento se ligue a tais objetos. Um belo dia de sol, o aroma da grama recém cortada, a emoção diante de uma vista da cidade: são bens que possuem valor de acordo com as idéias da pessoa, estão, portanto, sujeitos a um processo mais amplo de concepção e criação (WALZER, 2003, p. 21).

Percebe-se que o autor defende e realça a relevância da comunidade para o desenvolvimento social, sendo que os membros devem participar da divisão, intercâmbio e divisão dos bens sociais, de modo que é necessária a construção de consensos compartilhados na elaboração de direitos e deveres.

Em suma, Walzer (2003) sustenta uma perspectiva de comunidade distributiva que compartilha bens através da divisão do trabalho e outras diversas formas que criam estratégias para distribuir os demais bens, o que significa dizer que existem diversas formas de comunidades que adotam diferentes estratégias e critérios na distribuição social. Portanto, como comunitarista, enfoca a justiça distributiva na esfera do bem-estar social, com reconhecimento das necessidades. Nessa perspectiva, a justiça distributiva é fundamental para a manutenção da sociedade e é realizada a partir de determinados contextos e cenários.

Por fim, é importante trazer à tona a questão do efeito do capitalismo. Uma referência relevante sobre esse tópico é Michael Sandel (1953 - até os dias de hoje), um filósofo norte americano que aponta que, no contexto

atual, o mundo do capitalismo globalizado releva uma gama de conflitos de interesses entre grupos sociais que demandam perspectivas de bens totalmente diversos entre si, sobretudo com o surgimento das tecnologias da informação, comunicação, redes mundiais, dentre outros. Isso faz com que sejam transpostas barreiras territoriais e indenitárias (SANDEL, 2011).

No atual século, segundo Sandel (2011), há um embate entre as escolas do ponto de vista individual e outras sustentadas no bem comum, sobretudo aquelas fundadas nas crenças morais de um povo ou de uma nação, promovendo uma crítica ao liberalismo e, principalmente, defendendo que a identidade do homem, nas suas esferas sociais, culturais e éticas, é descortinada pela imersão dele num contexto atual.

Face ao exposto, observa-se que para a Teoria Comunitária, as comunidades representam o caminho na busca de melhores condições de vida da sociedade e enfatiza o compromisso que as gerações possuem com seus pares, bem como renúncias que são necessárias para a vida conjunta. Questiona-se, todavia, se a perspectiva comunitarista da conta de sustentar uma análise da realidade pluralista da sociedade atual, sobretudo, frente aos movimentos populacionais entre fronteiras. Seria essa teoria capaz de garantir uma visão de justiça que contemple a pluralidade de valores e padrões contemporâneos que acompanham esse fenômeno, não permitindo a redução do conceito de justiça a apenas um conjunto de princípios? A próxima seção discute essa questão e compara a abordagem comunitarista com a liberal, tendo em vista a complexa questão das migrações internacionais.

3 EM BUSCA DE UMA TEORIA COMPLEXA DAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS

As teorias comunitaristas e liberais na fundamentação do Estado de Direito contribuem com diversas visões e compreensões sobre o lugar do indivíduo na sociedade. Como visto, na teoria comunitarista, prevalece a noção do todo sobre as partes, enquanto a teoria liberal dá destaque à liberdade sobre a igualdade e do justo sobre o bem. Por meio desse princípio basilar, as abordagens se desenvolvem com grandes diferenciações, sobre muitos aspectos. Importa, contudo, observar que tais oposições remetem à tensão original entre o individualismo e organicismo.

Nesse sentido, acredita-se que as teorias liberais e comunitaristas podem ser insuficientes para explicar o contexto globalizado atual. Partindo desse argumento, uma nova leitura surgiu com o pensamento pós-moderno. Por meio dessa visão, emergiram novas formas de se observar as sociedades, os direitos, culturas e pluralidades, de modo geral. A base do pós-modernismo é a necessidade de contextualização e abertura a um diálogo que contemple a

diferença, diversidade de ideias e visões de mundo, no qual os valores diversos possam ser inseridos no ato de pensar o direito, sobretudo para saber lidar com questões complexas, dentre as quais se encontra o multiculturalismo. Nessa linha, o pós-modernismo representa, com relação ao conhecimento jurídico, a compreensão de que a justiça contempla uma pluralidade de valores e padrões, não permitindo que ela seja reduzida a apenas um conjunto de princípios (PESSOA; SILVA, 2014).

Conforme Pessoa e Silva (2014, p. 34), “num mundo onde os pensadores, a fim de racionalizar os problemas, voltam-se para a complexidade das estruturas, a justiça não poderia ser um dado fornecido por poucas variáveis e fixada como um padrão imutável no tempo e no espaço.” Nesse sentido, o pensamento complexo mostra-se como uma boa alternativa para as novas acepções de justiça nas teorias jurídicas. Com isso, é importante observar que as teorias acerca dos direitos humanos destacam o direito à cultura que diferentes povos podem fornecer como padrões de justiça antes desconhecidos pelos pensadores jurídicos. Tais questões são relevantes, sobretudo pela complexidade que permeia os direitos fundamentais, que acabam por ter um núcleo forte, mas sua moldura será permeável para contemplar as possibilidades oferecidas pela realidade. Nesse sentido, o pensamento pós-moderno: “[...] trouxe para o Direito a possibilidade do diálogo entre diversas teorias, culturas e valores. A principal questão da justiça não é mais a busca por instituições justas, mas como a justiça poderia ser promovida nas instituições que estão postas” (PESSOA; SILVA, p. 10).

Cabe considerar que sobre uma certa perspectiva, a razão humana acompanha o desenvolvimento da sociedade. Dessa maneira, as ferramentas que nos ajudam a explicar o humano estão conectadas a uma lógica mais universalista, na medida que a razão humana evolui ao longo da história. Conforme colocado por Hegel (2000), o Estado é o resultado desse crescimento da razão humana, representando uma síntese das vontades individuais e que resguardam a liberdade.

O Estado para Hegel não é concebido a partir de um acordo de interesses individuais, ele vai além desses interesses, pleiteando, também, a escassez dessas esferas como racionais em si mesmas. Nesse sentido, o Estado: “[...] não será uma instância que universalmente instaure um só conteúdo jurídico inexorável [...], mas será o elemento processual de organização da própria vida do povo. O Estado é uma individualidade com seus próprios interesses e necessidades históricas” (MASCARO, 2013, p. 262). Portanto, o Estado é uma instituição que irá contribuir para a organização da vida em sociedade e vai possibilitar que os imigrantes possam ter direitos sociais garantidos, sobretudo para compreender que o imigrante é um sujeito de direitos.

Diante dessa questão, observa-se que o Estado irá garantir dialeticamente as necessidades que perpassam a vida em sociedade, o que demanda pensar acerca de novas configurações da cidadania e, conseqüentemente, a questão da migração internacional. Nesse sentido, faz-se importante resgatar aqui o pensamento de Will Kymlicka (1962 - até os dias de hoje). Kymlicka (1995) argumenta sobre uma concepção de uma estrutura liberal que possa oferecer um tratamento justo para os grupos minoritários, divididos por ele em duas categoriais principais: os grupos poliétnicos ou imigrantes e minorias nacionais, como aqueles que possuem cultura e linguagem comum.

O autor defende que as nações minoritárias são grupos que merecem direitos exclusivos do Estado, o que se justifica historicamente e pelo papel que desempenham. Já os grupos poliétnicos são menos merecedores de tais direitos, pois ao se deslocar, o sujeito assume uma responsabilidade de se integrar às normas e condições daquele país. Contudo, ele ressalta que isso não quer dizer que não tenha que ser garantido nenhum direito, pois toda a minoria cultural tem liberdade para fazer escolhas sobre a sua vida, contudo, não faria jus aos mesmos direitos. É importante salientar que o autor é sensível a determinadas realidades e observa que essa regra tem exceções, por exemplo, os problemas enfrentados pelos refugiados, seja por conflito ou pobreza e ressalta que esses grupos teriam direitos específicos (KYMLICKA, 1995).

A partir dessa perspectiva, uma distinção que o mesmo autor estabelece é quanto a proteções externas e internas. No caso da proteção externa entre grupos, elas se justificam caso tenham como fim a promoção da igualdade, desde que não permitam a opressão ou exploração. Em contrapartida, as restrições internas não são coniventes com a perspectiva liberal, pois tolhem a autonomia da pessoa, ainda que em certos casos sejam concedidas a minorias nacionais (KYMLICKA, 1995). Nessa linha, observa-se que há um esforço no sentido de conciliar o modelo liberal de justiça com a defesa do multiculturalismo, que reconhece os direitos e liberdades coletivas das minorias étnicas e nacionais, nos moldes de um multiculturalismo liberal.

Em meio ao processo de construção dessa perspectiva, Kymlicka acaba por promover a defesa, em alguns aspectos, do liberalismo, em face do comunitarismo. Ele destaca que para os liberais modernos, a cultura e o contexto social são valores fundamentais e incorporados à sua teoria, reconhecendo que houve uma ausência desses elementos na concepção clássica, reforçando que os elementos humanos são sim formados no contexto social e isto é relevante para a defesa individual das escolhas e liberdades civis. Contudo, o autor expõe que é fundamental assegurar as condições

culturais para que os cidadãos possam ter acesso a revisitar suas liberdades individuais e preservar suas condições de socialização. O autor é categórico no sentido da preservação da liberdade de escolha e de que os modos de vida boa não sejam determinados pela comunidade: “[...] A cultura tem seu valor enquanto base para a autonomia privada, não sendo por isso valorosa por si mesma” (SILVA, OLIVEIRA, 2015, p. 122).

Diante disso, a noção de cultura societal passa a ser entendida como uma cultura formada tanto por valores e memórias compartilhadas, a partir de histórias e línguas específicas, como por instituições e práticas comuns, nas quais se encontram os significados das vidas individuais e comunitárias dentro de um território. Isto faz com que a cultura continue existindo, mesmo quando seus membros são livres para modificar o caráter desta, fornecendo opções válidas para escolhas e seus significados, caracterizando como uma pré-condição de fazer julgamentos inteligentes sobre como conduzir a vida. Nessa perspectiva é fundamental que possa ser respeitado o sentimento de pertença comunitária, defendida como um bem social primário (KYMLICKA, 1995).

Cabe ressaltar que, embora Kymlicka reforce a importância da comunidade e da cultura no processo de formação humana, ele possui suas distinções com a teoria comunitária, já que sua perspectiva de cultura não privilegia as escolhas individuais para os membros dessa cultura nacional que necessita de liberdade para questionar, revisitar e rejeitar as tradicionais maneiras de viver, permitindo tal teoria infração às liberdades dos membros dos grupos (COSTA; WERLE, 2013). Dessa forma, compreende-se uma teoria de cunho estritamente liberal.

Diante disso, Kymlicka (1995) defende o princípio da neutralidade, na qual o Estado deve garantir a existência de uma adequada diversidade de opções culturais, a partir do reconhecimento e promoção das características e especificidades culturais. Essa proposição liberal de promoção do bem comum, contudo, deve respeitar os interesses dos membros da comunidade, isto é, suas metas devem expressar as preferências individuais: “[...] o modo de vida da comunidade forma a base para um ranking de concepções de bem e o peso dado a cada preferência individual depende do quanto ela contribui ou se ajusta o bem comum” (COSTA; WERLE, 2013, p. 45). Nessa perspectiva, é fundamental que o Estado busque preservar a diversidade cultural, garantindo direitos diferenciados para os grupos culturais minoritários.

O cerne da argumentação de Kymlicka (1995) é a ideia de que a origem dos direitos não está ligada à comunidade, mas sim ao indivíduo, uma vez que cada pessoa tem o direito de manifestar e ter preservada a sua identidade, seja ela cultural, linguística ou religiosa. Portanto, a base dos direitos coletivos se encontra no sujeito e não na comunidade, permitindo

que grupos específicos tenham direitos diferenciados, tais como o direito ao território, língua, representação e outros. Portanto, as teorias de Kymlicka representam um avanço em prol da consideração da complexidade das migrações internacionais atuais tendo em vista os motivos do deslocamento e as maneiras de acolhimento e interiorização dessa população.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo do texto, as teorias comunitaristas e liberais contribuem na reflexão sobre o lugar do indivíduo na sociedade e sobre o Estado de Direito, propriamente. A teoria comunitarista propõe a prioridade do bem sobre o justo e o esforço de identificação do bem com o próprio padrão da vida comunitária. Fazendo um contraponto a essa questão, o liberalismo dá destaque à liberdade sobre a igualdade e do justo sobre o bem.

Na teoria comunitarista, a noção é de que o todo viria antes das partes, além disso está muito ligada a uma ideia de cooperação social determinando os deveres que o indivíduo tem, deveres éticos para com o bem comum. Em contrapartida o liberalismo destaca que os princípios de justiça não podem ser selecionados pela sociedade.

Todas essas questões contribuem para uma tensão original entre o individualismo e organicismo. A partir das questões suscitadas, observa-se que a Teoria Liberal e Comunitarista, por si só, são insuficientes para fazer valer os direitos fundamentais. Isso se deve a diversos fatores do contexto atual, como a globalização, o incremento dos direitos humanos, os organismos internacionais que atuam em face de sua proteção, dentre outros.

Em resposta à insuficiência mencionada, o pensamento pós-moderno apresentou uma nova leitura para conceber a justiça, considerando a complexidade do conhecimento humano e o empenho em pensar propostas mais comprometidas com a realidade pluralista da sociedade atual, a partir das diversas teorias, culturas etc. Essa nova leitura dos direitos permitiu que certas matérias, antes consideradas não jurídicas, fossem abrangidas no desenvolvimento das teorias comprometidas com os dados oferecidos pelo meio. A marca do pós-modernismo está ligada à necessidade de contextualização e abertura a um diálogo que contemple a diferença, diversidade de ideias e visões de mundo, no qual os valores diversos possam ser inseridos no ato de pensar o direito, sobretudo para saber lidar com questões complexas, dentre as quais se encontra o multiculturalismo. Nessa linha, o pós-modernismo representa, com relação ao conhecimento jurídico, a compreensão de que a justiça contempla uma pluralidade de valores e padrões, não permitindo que ela seja reduzida a apenas um conjunto de princípios (PESSOA; SILVA, 2014).

Conclui-se que a polarização de teorias liberais e comunitárias, por si só, não dá conta da complexidade que envolve a migração internacional, sobretudo pelos diversos fatores que motivam o deslocamento humano, além de poder oferecer respostas simplistas a questões complexas, de modo que é preciso pensar na ampliação dessas teorias políticas, com o intuito de equalizar e garantir a justiça no que tange a migração internacional, particularmente para permitir novas concepções e formatos sociais que favoreçam um maior acolhimento dos imigrantes. Considera-se, dessa forma, que o pensamento complexo se mostra como uma boa alternativa para as novas acepções de justiça nas teorias jurídicas. Com isso, é importante observar que as teorias acerca dos direitos humanos destacam o direito à cultura que diferentes povos podem fornecer como padrões de justiça antes desconhecidos pelos pensadores jurídicos. Tais questões são relevantes, sobretudo pela complexidade que permeia os direitos fundamentais, que acabam por ter um núcleo forte, mas sua moldura será permeável para contemplar as possibilidades oferecidas pela realidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 47, n. 114, dez. 2006.

ALMEIDA, V. Diálogos de Cooperação: soberania estatal e políticas de controle migratório. 1. SEMINÁRIO DO OBSERVATÓRIO DE MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 2018. **Anais do III Seminário de Imigração e Emigração Internacional**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2018.

BOBBIO, N. **Diário de um século**: autobiografia. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BRANT, L. N. C.; BIAZATTI, B. O. O papel das recomendações da Assembleia Geral das Nações Unidas na formação do Direito Internacional. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. 1, p. 192-214, 2015.

BRITO, F. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 30, n. 1, p. 77-97, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v30n1/v30n1a05.pdf> Acesso em: 14 jul. 2019.

CANDEIAS, M. M. A. A Genealogia dos Direitos Humanos e a Influência do Liberalismo Político de John Locke na sua Conformação. **RIDB**, v. 3, n. 9, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_06537_06721.pdf Acesso em: 2 nov. 2022.

CASELLA, P. B.; ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, L. Imigração e mercado de trabalho no Brasil: características e tendências. **Cadernos Obmigra**, v. 1, n. 2, 2015.

COHEN, J.; ARATO, A. **Civil Society and Political Theory**. Cambridge: MIT, 1992.

COSTA, S.; WERLE, D. L. Questão do Reconhecimento na Teoria Social Contemporânea: Liberais, Comunitaristas e as Relações Racionais no Brasil. **Anais do XXI Encontro Anual da ANPOCS**, 2013. Disponível em: www.anpocs.org/index.php/encontros/papers/21-encontro-anual-da-anpocs/st-3/st15-2/5317-sergiocosta-a-questao/file. Acesso em: 14 jul. 2019.

CRUZ JÚNIOR, A. S. Justiça como equidade: Liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2004.

CUNHA, A. G. **Dicionário Etimológico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DURKHEIM, E. **De la division du travail social**. Paris: Félix Alcan, 1922.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FUKUYAMA, F. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FURQUIM, L. T. **O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122010-111403/publico/2010_LiliandeToniFurquim.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.

GALUPPO, M. C. Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: **Mandamentos**, 2002.

GARGARELLA, R.; FREIRE, A. R. **As Teorias da Justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOZZINI, G. **Le migrazioni di ieri e di oggi**: una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

HART, H. **O Conceito do Direito**. 3 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1961.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KLEFFENS, E. N. A soberania em direito internacional. *In*: **Boletim da Faculdade de direito**, vol. XXXII, p. 11-159. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1957.

KYMLICKA, W. **Multicultural Citizenship**: A Liberal Theory of Minority Rights. Oxford Political Theory. (English Edition), 1995.

MACINTYRE, A. **Depois da Virtude**: Um Estudo em Teoria Moral. 2.ed. Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001.

MASCARO, A. L. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDEIROS, A. A. D. Função Social da Dogmática Jurídica: apontamentos sobre a visão de Tércio Sampaio Ferraz. **Revista Sapere Aude**, ano 4, vol. 7, 2016.

MESQUITA, J. F. **O Conceito de Sociedade Civil em Kant**. Dissertação (Mestrado em Filosofia): Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2939/1/457460.pdf> Acesso em: 02 nov. 2022.

MOTTA, A. R. **Comunitarismo e Liberalismo na Filosofia do Direito de Hegel**: Um estudo sobre o lugar da filosofia política hegeliana frente aos pressupostos comunitaristas e liberais. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: server05.pucminas.br/teses/Direito_MottaAR_1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

NYERS, P. No One is Illegal Between City and Nation. **Studies in Social Justice**, v. 4, n. 2, p. 127-143, 2010.

OLIVEIRA, A. T. R. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**, vol.34 no.1 São Paulo Jan./Apr., 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171. Acesso em: 14 jul. 2019.

OLIVEIRA, N. Revisitando a crítica comunitarista ao liberalismo: Sandel, Rawls e teoria crítica. Síntese: **Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 41, n. 131, p. 393-413, 2014.

OTERO, C. S.; SILVA, N. T. R. C. A Função Social do Direito nas Atuais Sociedades Complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana. **Publica Direito**, 2012. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8597a6cfa74defcb#:~:text

=A%20nova%20função%20do%20Direito,e%20estatais%20estritamente%20regionais%20que. Acesso em: 9 jul. 2019.

PESSOA, G. P.; SILVA, P. G. C. O Direito e a Pós-modernidade: contribuições do pensamento pós-moderno para as recentes teorias jurídicas. **Publica Direito**, 2014. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa10e81e2f9a723f. Acesso em: 14 jul. 2019.

REIS, R. R. Soberania, Direitos Humanos e migrações internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, volume 19, número 55, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

RIDGLEY, J. Cities of Refuge: Immigration Enforcement, Police, and the Insurgent Genealogies of Citizenship in U.S. Sanctuary Cities. **Urban Geography**, v. 29, n. 1, p. 53-77, 2008.

RIO DE JANEIRO. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: United Nations Information Centres (UNIC), Janeiro, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SANDEL, M. J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 35. ed. Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, A. L. C. Controle Social das Migrações e Gestão da Diversidade: Reflexões para a Construção de um Novo Marco Normativo Migratório Brasileiro. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, 2013.

SILVA, L. T.; OLIVEIRA, C. L. A proposta de cidadania liberal multicultural de Will Kymlicka. **Revista Direito Público**, v. 11, n. 63, p. 119-132, maio/jun., 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2285>. Acesso em: 14 jul. 2019.

SILVA, A. R.; SAMPAIO, T. H. **Diálogos Possíveis**: História e Literatura em Perspectiva, v. 1. São Carlos: UFSCar/CPOI, 2021. Disponível em: <https://www.sibi.ufscar.br/arquivos/dialogos-possiveis-historia-e-literatura-em-perspectiva-volume-1.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

SCHAEFER, D. L. Robert Nozick and the Coast of Utopia. **The New York Sun**, 2008. Disponível em: <https://www.nysun.com/sports/reconsiderations-robert-nozick-and-coast-utopia>. Acesso em: 14 jul. 2019.

TAIAR, R. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direitos Humanos): Universidade de São Paulo. https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/rogerio_taiar_tese.pdf. Acesso em: 02 nov. 2022.

TALAVERAS, R. F. M. **Liberalismo, Comunitarismo e Teoria do Discurso** - sobre as interpretações da justiça na democracia. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/91791>. Acesso em: 14 jul. 2019.

TOMAS DE AQUINO. **Tratado de justiça**. Porto; RES, 1990.

WALZER, M. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica da tradução: Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O HUMOR COMO FONTE DE DANO MORAL COLETIVO: O ABUSO DE DIREITO NO CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO

THE HUMOR AS A SOURCE OF COLLECTIVE MORAL DAMAGE: THE ABUSE OF RIGHT IN PIOLOGO BROTHERS CASE

Driane Fiorentin de Moraes*

Iuri Bolesina**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O caso dos irmãos Piologo (Mundo Canibal): ação civil pública 1059191-91.2016.8.26.0100 (SP). 3 Definindo o abuso de direito como ato ilícito cível. 4 O humor no cenário jurídico contemporâneo. 5 O humor como fonte de dano moral coletivo e/ou de dano social. 6 Conclusão.

RESUMO: O presente estudo debruça-se sobre o humor como abuso de direito e fonte de dano moral coletivo (ou de dano social), a partir de julgado envolvendo os youtubers Irmãos Piologo. Investiga-se o seguinte problema: por quais razões jurídicas o humor pode tornar-se abuso de direito e configurar dano moral coletivo? Utilizou-se como metodologia a abordagem indutiva, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa de documentação indireta. O texto desenvolve quatro momentos: Primeiro, apresentou-se o caso jurídico que gerou o debate mencionado; segundo, expôs-se as definições acerca do abuso de direito enquanto ato ilícito civil; terceiro, tratou-se da contextualização do humor no cenário jurídico contemporâneo; e, por fim, debateu-se o humor como fonte de dano moral coletivo e/ou de dano social. Por fim, de modo geral, concluiu-se que, mesmo a liberdade de expressão sendo considerada pelo STF como um sobredireito, isto não impede o seu exercício abusivo, nos termos do art. 187, do Código Civil. Logo, mesmo o humor com seu conteúdo satírico, pode tornar-se ilícito e danoso, afetando direitos individuais, coletivos ou difusos. Nos dois últimos casos, a configuração danosa

* Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Rio Grande do Sul. Mestranda no PPGD IMED. Bolsista PROSUP CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Violência e Controle, coordenado pelo Prof. Dr. Felipe da Veiga Dias (IMED). Linhas de pesquisa: criminologia midiática e gênero.

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul ? UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional ? IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Sócio fundador da Visual Jus, startup de Visual Law. Tem experiência na área do Direito Civil e Processo Civil, com ênfase em Responsabilidade Civil. É membro associado do IBERC - Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Autor de obras sobre Responsabilidade Civil e Direito à Extimidade.

Artigo recebido em 20/11/2021 e aceito em 02/03/2023.

Como citar: MORAIS, Driane Fiorentin de; BOLESINA, Iuri. O humor como fonte de dano moral coletivo: o abuso de direito no caso dos irmãos piologo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 195, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

pode tornar-se dano moral coletivo, por lesar interesses transindividuais de um grupo determinável (dano coletivo) ou indeterminável (dano difuso).

Palavras-chave: abuso de direito; dano moral coletivo; humor; liberdade de expressão; responsabilidade civil.

ABSTRACT: *The present study focuses on humor as abuse of rights and source of collective moral damage (or social damage), based on a judgment involving youtubers Piologo brothers. The following problem is investigated: for what legal reasons can humor become abuse of rights and constitute collective moral damage? In this sense, the inductive approach method, the monographic procedure method and the indirect documentation research technique were used as methodology. The text went through four moments: First, the legal case that generated the mentioned debate was presented; second, the definitions about the abuse of rights as a civil unlawful act were exposed; third, it was about the contextualization of humor in the contemporary legal scenario; and, finally, humor was discussed as a source of collective moral damage and / or social damage. Finally, in general, it was concluded that, even though freedom of expression being considered by the Supreme Court as a super right, this does not prevent its abusive exercise, under the terms of art. 187, of the Civil Code. Therefore, even humor with its satirical content, can become illicit and harmful, affecting individual, collective or diffuse rights. In the last two cases, the harmful configuration can become collective moral damage, as it damages transindividual interests of a determinable group (collective damage) or indeterminable (diffuse damage).*

Keywords: *abuse of rights; civil liability; collective moral damage; humor; freedom of expression.*

INTRODUÇÃO

Em Estados adjetivados como democráticos é habitual o debate acerca do alcance das liberdades fundamentais ou, em sentido inverso, sobre a sua limitabilidade. Não escapa destas tensões o direito à manifestação, sobretudo porque intensificado com as relações no seio da internet, em especial nas redes sociais e assemelhados. No âmbito do direito civil, a questão da limitação perpassa a caracterização do abuso no exercício do direito, consoante previsto no art. 187, do Código Civil, pela violação da boa-fé, dos bons costumes, da função social e/ou da função econômica.

Exemplo deste debate que ganhou os holofotes midiáticos foi a decisão da 8ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação civil nº 1059191-91.2016.8.26.0100, no caso conhecido como “Irmãos Piologo”. O julgado, no corpo de Ação Civil Pública movida pela Defensoria Pública, envolveu animações humorísticas publicadas no Youtube, no canal dos irmãos Piologo, outrora conhecido como Mundo Canibal. Na decisão, a corte reconheceu o abuso de direito e condenou os réus ao pagamento de R\$ 80 mil reais em razão de danos morais coletivos.

A partir deste caso, buscar-se-á responder o seguinte problema de pesquisa: por quais razões jurídicas o humor pode tornar-se abuso de direito e configurar dano moral coletivo? Em atenção ao caso exposto, buscou-se desenvolver este artigo com o objetivo de promover o debate em torno dos limites instituídos à liberdade de expressão e aos pressupostos que configuram abuso de direito e o dano moral coletivo.

Portanto, propõe-se estruturar o artigo em quatro segmentos: de forma inicial, será descrito o caso jurídico que gerou o debate mencionado no presente trabalho, buscando expor as fundamentações judiciais empregadas pelo juízo a quo e pela turma recursal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em um segundo momento, será exposto as definições acerca do abuso de direito enquanto ato ilícito civil. A seguir, tratar-se-á da contextualização do humor no cenário jurídico contemporâneo. E, por fim, do humor como fonte de dano moral coletivo e/ou de dano social.

Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia utilizada será: como método de abordagem o indutivo, visto será partido de um ponto específico para então adentrar em um ponto geral; como método de procedimento o monográfico; e, como técnica de pesquisa a documentação indireta, tendo em vista que se utiliza como fontes obras bibliográficas disponíveis em torno do assunto.

1 O CASO DOS IRMÃOS PIOLOGO (MUNDO CANIBAL): AÇÃO CIVIL PÚBLICA 1059191-91.2016.8.26.0100 (SP)

Em atenção a alguns vídeos humorísticos publicados no Youtube pelos irmãos Piologo, conhecidos no meio virtual pelo canal “Mundo Canibal”, a Defensoria Pública de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública (BRASIL, 2016). A ação foi processada e julgada pela 44ª Vara Cível de São Paulo, no dia 10 de junho de 2016, objetivando a condenação dos autores em indenização por danos morais coletivos e a remoção dos vídeos.

Os vídeos mencionados no processo continham animações cujo conteúdo foi interpretado como discriminatório pela Defensoria Pública. O primeiro vídeo citado na ação detinha como título “Ensinando carinhosamente pro seu sobrinho que High School Musical não é um filme de homi”, na qual o tio, aparentemente em tom de brincadeira, ataca fisicamente o sobrinho como forma de ensiná-lo que o filme citado no título não seria adequado para ele.

Em seguida, a segunda animação mencionada, cujo título “Piripaque” seguia a mensagem “sabe aquelas situações onde você sabe o que quer fazer, mas não tem coragem de fazer”, simulavam situações como: aborto provocado por terceiro através de agressão física desferido pelo namorado ao

descobrir que sua parceira estava grávida; assassinato da mãe ao contar para seu filho que era prostituta; assassinato do filho ao declarar sua orientação sexual a seu genitor que lhe dá um tiro no estômago e na cabeça.

Ainda, em outro vídeo chamado “Sr. Donizildo em Whatahell Prostituto”, os personagens simulam uma conversa na qual uma prostituta transexual cobra um valor irrisório pelo seu serviço seguido de cenas incitando violência, tortura e mutilação da personagem (a personagem após ser torturada, tendo os seios alongados e os genitais masculinos cortados cruelmente, só se interessa pelo valor irrisório do programa que acertara com seu algoz).

Os criadores, Rodrigo e Ricardo Piologo, foram denunciados pelo Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero, conjuntamente com o Núcleo de Promoção e Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial (NUDDIR); além dos Núcleos de Infância e Juventude e de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulheres, os quais fazem parte da Defensoria Pública de São Paulo (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2020). A defensoria postulou nuclearmente: remoção dos vídeos, retratação dos autores e dano moral coletivo. Para tanto, usou como norte o seguinte argumento:

Nos vídeos supracitados, há clara incitação ao crime de aborto provocado por terceiro, homicídio e lesão corporal (contra o filho por ser homossexual e contra a mãe por ser prostituta), tortura e lesão corporal grave (contra transexual), com inequívoca manifestação de ódio e desprezo a determinados grupos sociais [...]. Este discurso de ódio é incompatível com o respeito à dignidade da pessoa humana, não só da pessoa, individualmente considerada, mas da dignidade das coletividades. A Defensoria Pública respeita e zela pelo direito à liberdade de expressão. Não entanto, monitora também a sua compatibilidade com outros direitos humanos, como o de não ter a integridade física e psicológica ameaçadas, de não sofrer opressões e ofensas, de não ser inferiorizado no campo social, de não ter agravada a situação de vulnerabilidade na qual se encontram determinados grupos. Além disso, em relação a grupos vulneráveis é, especialmente, dificultosa a caracterização de um “livre mercado de ideias”, tendo em vista que estes grupos, geralmente, possuem pouco ou nenhum poder político e acervo econômico, capazes de possibilitar que se utilizem os mesmos meios de comunicação [...] para contestar as ideias difundidas por estes canais e debatê-las, de modo democráticos. Faz-se necessária a

intervenção da Defensoria Pública, nesse contexto, para que essa vulnerabilidade seja minimamente superada ou minimizada, estabelecendo a devida proteção a grupos minoritários e vulneráveis [...].

Em sentença prolatada no dia 18 de setembro do ano de 2017, o juízo de 1º grau julgou improcedente os pedidos iniciais, reconhecendo que, apesar do conteúdo dos vídeos ser questionável, não configurava conduta criminosa a ser cerceada ou punida pela justiça brasileira. Em sua fundamentação, o juízo a quo ressaltou que a liberdade de expressão deve ser praticada de maneira conjunta com os demais direitos constitucionais.

Destacou ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal entende que a liberdade de manifestação de opiniões, desde que não configure crime, não podem ser restringidas. Mencionou que liberdade artística pode ser objeto de percepções diferentes, sobretudo quando se trata do humor. Por fim, destacou que: “não pode o Estado limitar a liberdade de expressão se não houver ilícito civil ou crime praticado pelos réus. Neste caso estão em uma linha limítrofe e, nesta linha, tenho por princípio que, na dúvida, deve prevalecer a liberdade de expressão”¹.

Já em sede de recurso, julgado no dia 1º de julho de 2020, a desembargadora e relatora Clara Maria Araújo Xavier, reformou a decisão originária. De plano, destacou que mesmo a liberdade de expressão não configura um direito absoluto, fundamentando tal alegação no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê a responsabilidade em caso de abuso deste direito. Relembrou ainda que o artigo 5º, inciso IV e IX da Constituição Federal prevê a liberdade artística, hipótese defensiva suscitada pelos apelados, não podendo o Estado-juiz impedir esta expressão humorística através da remoção dos conteúdos dos meios virtuais.

Reconheceu, contudo, que apesar de não ser possível decidir pela remoção dos vídeos, não ficam seus autores isentos de responder pelo abuso deste direito, mediante indenização. Desta forma, acolhe a relatora a tese da parte autora de que não há necessidade de reconhecimento de ilícito penal

¹“Anoto que os valores representados pela imagem e pelos vídeos produzidos e divulgados pelos réus contam com veemente repúdio por parte deste julgador. A estigmatização e a marginalização de grupos sociais historicamente desfavorecidos (no caso: mulheres e população LGBT) são totalmente contrárias às minhas crenças pessoais. De qualquer forma, o direito não é pautado por juízos estéticos baseados em opiniões, sentimentos e emoções. Em suma, em que pese o desconforto e a repugnância gerados pelo conteúdo em comento, os réus têm o direito de se manifestar artisticamente nesse sentido, e, por isso, o pedido em seu desfavor deve ser rejeitado. Afinal de contas, é disso que se trata a liberdade de pensamento e de expressão: liberdade para as ideias que eu não concordo, sob pena do outro também querer limitar as minhas ideias com as quais ele não concorda”.

para que se constate o abuso de direito no exercício da liberdade de expressão. Outrossim, menciona as agressões gratuitas direcionadas às minorias pelos responsáveis das animações, afastando a ideia de que os réus não possuíam contato com a realidade pela qual estas minorias diariamente passam.

Por fim, expressou o reconhecimento de discursos de ódio presente nos vídeos e o excesso ao exercício a liberdade de expressão, com fulcro no artigo 187 do Código Civil, além do afronte ao princípio da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Em suma, culminou acolhendo o recurso e fixando indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). O valor, por comando judicial, deve ser revertido em favor da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para fins de políticas que promovam a igualdade e o combate à discriminação.

Depois da condenação, em sua página no Youtube, no dia 17 de julho de 2020, os irmãos e corréus publicaram um vídeo esclarecendo o ocorrido e alegando em sua defesa que nenhum grupo apontado como “ofendido” pela Defensoria teria de fato reclamado sobre o conteúdo dos vídeos citados no processo. Segundo sua fala, muito pelo contrário, pois receberam apoio destes grupos.

Em sequência, destacaram que ambas as instâncias judiciais reconheceram a inexistência de prática que configurasse ilícito penal. Por fim, demonstraram estar indignados pela mesma decisão que os absolveu de práticas criminosas os condenarem por danos morais coletivo, em especial porque, se o problema eram os vídeos, estes deveria ter recebido ordem para exclusão, o que não ocorreu. No fundo, a decisão, segundo afirmaram, teve como única função converter a situação em mera condenação econômica.

2 DEFININDO O ABUSO DE DIREITO COMO ATO ILÍCITO CÍVEL

O Código Civil de 2002 trouxe na redação do seu artigo 187 o que se conhece por abuso de direito, prevendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)”. Trata-se de uma diretriz jurídica que, embora positivada no Código Civil de 2002, já aparecia de modo assemelhado em decisões judiciais anteriores, em atenção às necessidades sociojurídicas (NETTO, 2015, p. 183).

Neste contexto, “o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento (CARPENA, 2002, p. 381).”

Logo, o comportamento do agente é lícito a priori, porém, no seu exercício, viola a ordem material e descumpre o sentido social do direito que executa (NETTO, 2015, p. 184).

Para bem se compreender o abuso do direito, precisa-se partir de que o direito tem sempre uma finalidade, em razão da qual a norma jurídica à protege. Por que se protege o pátrio poder [sic]? Para que o pai eduque o filho. Por que se protege a livre concorrência? Para que as empresas possam servir melhor ao público e obter lucros. Por que o patrão tem direito de admitir e despedir empregados? Para que escolha melhores empregados e assim por diante. Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar de finalidade econômica e social do direito. Todas as vezes que o direito é exercido de acordo com essas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos. Acontece, porém, que o titular de um direito, em vez de exercê-lo no sentido destas finalidades, o faz no sentido de finalidade contrária, contrastando expressamente, com a finalidade para a qual o direito foi instituído. Tem-se, então, o exercício antissocial do direito e este exercício antissocial é que se conceitua como abuso de direito. [...] O fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão [...] (CAVALIERI FILHO, 2015).

Note-se, antes de tudo, que o título “abuso de direito” é uma contradição em si mesmo, podendo conduzir a erros de interpretação. Como bem advertiu Planiol (1923, p. 287): “o direito termina onde o abuso começa” (*le droit cesse où l’abus commence*); se é abuso não pode ser Direito. Portanto, embora o direito em si seja, em tese, tutelado, a ilicitude floresce no critério objetivo-finalístico do seu exercício, visto que afronta os princípios ou as funções que regem tal direito (NETTO, 2015, p. 189).

Em razão a essa subjetividade finalística, a noção de culpa é preterida, sendo suficiente que o titular exceda de forma notória o direito, deixando de observar o princípio da boa-fé, os bons costumes e/ou a função social da norma em exercício, consoante orientação do Enunciado 37, do CJF. O mesmo pode ser dito sobre o dano, pois, o ato ilícito é apartado de

responsabilidade civil, e o dano é requisito apenas desta (Enunciado 539, do CJF)².

A definição global de abuso de direito, porém, não prescinde do entendimento sobre seus dois requisitos de concretização, sendo eles: violação funcional e excesso manifesto. A violação funcional opera-se sobre a boa-fé, a função social, a função econômica e/ou os bons costumes. Já, por seu turno, o excesso manifesto é a métrica utilizada para definir quando um direito deixa de sê-lo para tornar-se abuso. Vejam-se cada um deles:

A boa-fé aparece como pressuposto da adequada convivência social e a sua prática é juridicamente exigida em todas as interações entre as pessoas. É, atualmente, uma condição-sem-a-qual (*conditio sine qua non*) não há que se falar em exercício regular de direito (USTÁRROZ, 2010, p. 27). Condutas como a falta de transparência, a deturpação da verdade, a quebra da confiança, a deslealdade, a ardisidade, sobretudo quando visam enganar ou lesar, são considerados atos de má-fé. Com efeito, a boa-fé não é um ato de boa vontade, mas um padrão de conduta exigido juridicamente. Aí é que se fala em “boa-fé objetiva”, ou seja, não perquirindo os aspectos psicológicos do agente, mas, tão somente, se sua conduta (em seus aspectos factuais) foi leal, confiável, transparente, honesta. Assim, costuma-se dizer que atendeu a boa-fé aquele que se portou de modo irrepreensível, sendo honesto, leal, confiável e ético (dentre outros adjetivos positivos).

Martins-Costa (2008, 83-91) entende que a boa-fé é a que melhor sistematiza a concretização do art. 187 enquanto barreira ao exercício jurídico desleal das liberdades na vida em sociedade. Nessa função de baliza, explica a autora, a boa-fé coliga-se à confiança, a fim de impedir condutas que defraudem a expectativa de confiança. A boa-fé, assim, atua como o elo de integração entre as liberdades coexistentes. Não por outro motivo, Farias e Rosenvald (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 709) lecionam que a boa-fé configura o núcleo violado em todas as questões de abuso de direito.

A função social diz respeito ao fato de que todos os institutos jurídicos possuem uma destinação social, ou seja, uma finalidade que lhes

²“Caracteriza o abuso do direito pela conduta daquele que exerce um direito subjetivo ou potestativo de forma desproporcional, independente das suas consequências concretas. Mesmo que não resultem danos patrimoniais ou morais do comportamento do agente, poderá o sistema sancionar o ofensor pela nulidade do ato, pela decadência de um direito, perda de uma situação jurídica favorável ou mesmo simplesmente punir o agente, a par de qualquer outro reflexo de seu comportamento” (NETTO, Felipe Peixoto et al. Curso de direito civil: Responsabilidade civil. 2015, p. 190).

dá sentido na vida em sociedade, ao lado de outras funções³. Uma vez que os direitos não são absolutos (não podem ser fruídos ilimitadamente como se cada pessoa fosse um soberano de si e de todos), seu exercício deve compatibilizar-se com os preceitos éticos e morais de convivência social. A função social representa um interesse que é relevante para a sociedade, mas não necessariamente atende as paixões ou desejos da maioria.

Desse modo, no caso das liberdades comunicativas, pode-se dizer que a função social possui duas faces inter-relacionais: uma face individual e outra social. A face individual prestigia a identidade pessoal e a autonomia, tanto para fins de manifestação, quanto para fins de livre e condigno desenvolvimento pessoal e crítico, de sujeito que é e está no mundo. A face social, por sua vez, prestigia o princípio democrático possibilitando a multiplicidade, a pluralidade e a diversidade de manifestações e de pensamentos, assim como o maior acesso possível às informações de interesse público e ao conhecimento produzido, sem, contudo, chancelarem-se manifestações opressoras ou que gerem risco ou danos a direito alheio (MELLO, 2005, p. 600-601). Daí porque aquilo que vai além desse desiderato constitucional pode ser limitado em forma e/ou em conteúdo, nunca por meio da censura, mas, sim, valendo-se da responsabilização. A lógica constitucional brasileira acerca da liberdade de manifestação tolera o exagero, a galhofa e, em certos casos, até mesmo a mentira, desde que ela não seja prejudicial ou exponha terceiro a perigo.

A função econômica ou o fim econômico dos direitos diz respeito à utilidade ou ao benefício econômico que se pode obter com o exercício de certo direito; também pode referir-se às perdas econômicas que se terá pelo seu não exercício (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 600-601). Em termos de responsabilidade civil, portanto, refere-se a abusar deste perfil econômico de modo a lesar terceiros. Logo, o atendimento da função econômica exige harmonia ou proporcionalidade entre aquilo que se ganha (ou deixa de perder) diante de eventual prejuízo suportado por terceiro.

Por fim, os bons costumes, desde a Constituição Federal de 1988 e da repersonalização do direito civil, podem ser entendidos como a matriz de moralidade, cambiável no tempo e no espaço, que coordena a eticidade coexistencial em sociedade (CASTRO, 2017), ou seja, os padrões de comportamento desejados constitucionalmente em torno da moral para uma coexistência social fundada em respeito recíproco, na pluralidade e na

³“Em linha de princípio, um mesmo direito subjetivo pode ter fim econômico e fim social específicos que, todavia, devem coincidir ou ao menos não se contradizer em vista da coerência lógico-sistemática do ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, os direitos de crédito têm o fim econômico de assegurar o cumprimento e a satisfação do crédito pelo devedor, e aí reside igualmente seu fim social, em vista da proteção da utilidade, previsibilidade e segurança das relações econômicas” (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 133).

razoabilidade (FARIAS; NETTO, 2015, p. 2130. Essa leitura desfilia-se por completo daquela perspectiva que por muito tempo orbitou o direito penal, gerando-se a conotação de que “maus costumes” era algo muito próximo de condutas criminosas ou afeta a “moralidade sexual”. Hoje, no civil, “bons costumes” é aquilo que se deseja de cada um para uma sociedade democrática.

O último ponto a ser tratado no exame do abuso de direito diz respeito à expressão “manifestamente” que consta no art. 187. Ela trata do contexto em que, apenas será considerado como abuso de direito, o excesso evidente, ou seja, que se apresentar ostensivamente intolerável perante o Direito, de modo claro e notório objetivamente⁴. Logo, essa notoriedade impede que o intérprete, por uma leitura muito própria - subjetivamente -, reconheça o abuso de direito - não obstante seu reconhecimento ocorra caso a caso (RODOVALHO, 2011, p. 198). De qualquer sorte, como cautela jurisdicional, entende-se que os julgadores, ao reconhecerem o abuso de direito, devem apontar expressamente o “porquê” e “em qual momento” do exercício do direito da parte manifestamente excedeu-se. Com esse ponto sendo tratado especificamente na decisão, tem-se maior segurança jurídica e menor margem para o aparecimento da discricionariedade judicial (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 244).

3 O HUMOR NO CENÁRIO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Como se disse em outra oportunidade (BOLESINA, 2017, p. 212 e ss), as liberdades comunicativas (todas as manifestações do pensamento e da expressão) estão inseridas e um contexto onde todos (ofensores, ofendidos, interessados, coniventes, irrisignados) rogam pela tolerância e pelo seu respeito⁵. Tudo isso pode indicar que algo vai mal em relação à liberdade de expressão, mas também pode indicar que há uma resistência, um incômodo, em relação a certas práticas nefastas a tal liberdade. Para ser

⁴ A expressão “manifestamente” não é imune de críticas, já que o termo gera dubiedade: deve-se analisa-lo em grau (excede exageradamente os limites) ou em quantidade (excede de modo a ser notado pelo julgador)? Soma-se a tal crítica o argumento segundo o qual o abuso de direito configura-se no momento da conduta, de modo que o manifesto excesso seria apenas a medida do abuso a ser absorvida pelo intérprete (CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187). Relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 416).

⁵ “*Se ha dicho que cuando una sociedad y sus gobernantes recurren con mucha insistencia a la tolerancia, quiere decir que algo no funciona correctamente. Cuando se recuerda constantemente la necesidad de respetar las opiniones y creencias de los demás, de admitir y tolerar la diferencia, indica que hay, al menos, síntomas preocupantes para la convivencia e, incluso, para la cohesión social*” (PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Tecnos: Madrid, 2001, p. 11).

exato, é justamente nesta relação entre liberdade de expressão e censura, manipulação e violência, que se insere o diferencial entre uma liberdade de expressão formalmente democrática e uma liberdade de expressão substancialmente democrática⁶.

De plano, significa (I) entender que, apesar da grande importância, mesmo as liberdades comunicativas não são absolutas e podem sofrer limitação; e (II) que, justamente pelo seu caráter não-absoluto, deve-se evitar os extremos (censura ou liberdade ilimitada). Reconhecer que se vive em uma sociedade na qual há disparidade nas relações de fruição de poderes e tendência à constância de conflitos é o primeiro e mais importante passo para um estudo crítico da liberdade de expressão. Esse movimento que impele ao conflito não é necessariamente negativo, pois a sua ausência pode significar letargia e/ou tirania e barrar a mudança. É a premissa segundo a qual “não há democracia sem entropia. A ordem perfeita é a dos cemitérios”(SILVA, 2016).

Essa mesma lógica se aplica à liberdade artística voltada para o humor ou para pessoas que se aventuram a tentar humor (independente da via artística), pois, diferente da comunicação como algo geral, o humor intencional é um fenômeno fundamentalmente social e humano. Esta temática é atravessada atualmente por discussões não apenas jurídicas, mas político-sociais, que dizem respeito ao “politicamente (in)correto”. De regra, evita-se a “caça às bruxas” - para não responder intolerância com intolerância -,

⁶ A noção da liberdade de expressão formalmente democrática é aquela na qual o foco recai eminentemente sob a adequação jurídica (sendo irrelevantes ou pouco relevantes as realidades sociais). Assim, os elementos normativos limitam-se a não obstruir, suprimir ou punir a liberdade de manifestação. Há um amplo e geral direito de expressão, inclusive no que tange a pautas discriminatórias, por exemplo. Por seu turno, uma liberdade de expressão substancialmente democrática pauta-se pela avaliação crítica do cenário e pela noção de proporcionalidade, isto é, considera elementos sociais que afetam o jurídico e não adota postura absoluta em prol ou contra a liberdade de expressão. Aqui o Estado age como o fiel da balança da liberdade de expressão tendo como norte a ideia de proporcionalidade. Lhe cabe o dever de respeitar, defender, promover e assegurar mecanismos de distribuição igualitária do poder de manifestação e acesso ao discurso e as informações, bem como impondo limites ou punições aos excessos cometidos por meio dessa liberdade ou contra essa liberdade (MICHELMAN, Frank. *Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos*. Trad. Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007, p. 59).

buscando harmonizar direitos e filtrar efetivas ilicitudes de manifestações apenas moralmente reprováveis ou opiniões impopulares⁷.

Cita-se, por oportuno, que o termo “politicamente correto” se refere à ideia de respeito à diversidade e ao acolhimento substancialmente democrático dos chamados grupos socialmente vulneráveis, evitando perpetuar privilégios e discriminações históricas e socioculturais⁸. O oposto disso seria o “politicamente incorreto”⁹. Nos moldes atuais, este debate nasceu nas universidades e na sequência alcançou as redes e mídias sociais. Hoje, o termo é aceito por visões moderadas que entendem a insustentabilidade

⁷ “Quando foi lançado o filme “Guerra nas Estrelas Episódio 1: A Ameaça Fantasma”, algumas lideranças do movimento negro nos Estados Unidos protestaram. Acharam que o filme tinha um conteúdo racista, porque o seu personagem Jah Jah Binks [...] lembraria os negros do movimento rastafári, com suas gíngas e tranças características, e que teria por isso os ridicularizado. Este exemplo caricatural mostra que, a rigor, é possível ver preconceito em toda a parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure encontrar significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito. Mas o pior não é isso. Exageros à parte, talvez estes caçadores do vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. [...] Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias. Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis” (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

⁸ Dentre vários efeitos, tem-se, por exemplo, a defesa pelo abandono de certas expressões dado o seu caráter pejorativo, preconceituoso ou francamente discriminatório, tais como “da cor do pecado” (ofensa racista mascarada como elogio estético, mas que, de fato, conecta o negro aos pecados carnis) ou “veado” (ofensa homofóbica que animaliza o gay ou o conecta a expressões como transviado e desviado adotadas pela ditadura).

⁹ O termo “politicamente correto” já teve inúmeros significados ao longo da história como leciona Moira Weigel. Especula-se que sua primeira menção foi em 1793, na Suprema Corte Norte-americana significando quase nada. Posteriormente, ele ganhou uma conotação positiva, quando Toni Cade Barbara, ativista feminista negra, em *The Black Woman*, escreveu: “um homem não pode ser politicamente correto e chauvinista também”. Bambera lutava pela igualdade de gênero e, com o termo, advogava contra os homens que defendiam abertamente a superioridade masculina em relação às mulheres. Mais adiante, a polarização se inicia quando a expressão se torna objeto de batalha semântica entre direita e esquerda. A chamada “direita política” - liberais, libertários e conservadores - e também pelos adeptos das teorias conspiratórias, buscaram indicar uma conotação pejorativa para o termo, orbitando a ideia de censura e imposição cultural ou ideológica (WEIGEL, Moira. *Political correctness: how the right invented a phantom enemy*. *The Guardian*, v. 30, p. 41-48, 2016).

democrática de certas situações, pois defasadas, anacrônicas, preconceituosas ou discriminatórias. A manifestação “politicamente incorreta”, via de regra, não chega ao nível criminoso do discurso de ódio. Ela fica aquém, consubstanciada em uma posição impopular ou opinião cujo preconceito é velado ou simbólico, naturalizado ou tolerado socialmente. Ainda assim, têm repercussões em quem é seu alvo, mesmo que, supostamente, em menor dimensão.

A expressão é atualmente objeto de uma batalha semântica entre os extremos da Esquerda e da Direita. Como refere Moira Weigel (2016), de uma bandeira de emancipação, a expressão “politicamente correto” vai se tornando um inimigo-fantasma de todo o movimento “anti-politicamente correto”, que não raro apela para afirmações genéricas e levianas de que a geração atual é narcisista e deveras sensível, buscando impedir que qualquer um opine sobre aquilo que entendem ofensivo. A batalha chegou-se ao ponto míope de inversões como “racismo reverso” e “orgulho hétero”, dando a entender que, na atualidade, brancos e heterossexuais sofrem preconceitos ou são discriminados negativamente. Tal lógica também vai aparecer de modo assemelhado no chamado “humor politicamente incorreto”, ou melhor, na sua defesa¹⁰.

Juridicamente, o Brasil, em termos constitucionais, prevê a liberdade de manifestação artística em variados artigos, sendo destacável a previsão fundamental do art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou

¹⁰ Em entrevista, o jornalista Leonardo Sakamoto questionou o seguinte para Pedro Arantes (SAKAMOTO, 2012): “Por que esse humor autoproclamado “politicamente incorreto” insiste em satirizar pobres, pessoas com deficiência, homossexuais, negros, mulheres e, apenas raramente, se aventura a criticar ricos e poderosos? Acho que o humor “politicamente incorreto”, com raras exceções, nada mais é que o velho humor que sempre ridicularizou esses grupos que você aponta. Acontece que, com a organização desses grupos e a conquista gradual de direitos, é cada vez menos aceitável que se faça piadas desse tipo, ridicularizando um negro por ser negro, uma mulher por ser mulher, um homossexual por ser homossexual. É menos aceitável não porque o mundo está mais chato ou careta, mas porque esses grupos historicamente ridicularizados, ao se organizarem, conquistaram direitos e voz para reagir. A partir do momento que esse humor passa a ser menos aceitável, existe uma reação daqueles que querem continuar fazendo essas velhas piadas. Essa reação, que se diz libertária na medida em que combate a “ditadura do politicamente correto”, de fato está reagindo contra a perda de uma liberdade: a liberdade de um grupo historicamente dominante de oprimir, pela via do humor, os outros grupos sociais. A liberdade de alguns em limitar a liberdade e o direito dos outros. Uma liberdade que, no fim das contas, não passa de privilégio. Assim, ao invés de dizer que o humor politicamente incorreto insiste em satirizar esses grupos que você aponta, o melhor seria dizer que o velho humor que insiste nessa sátira revestiu-se de uma nova roupagem e se autoproclamou, como reação, politicamente incorreto. Esse humor pode até criticar ricos e poderosos, mas raramente o objeto da crítica será o fato de serem ricos e poderosos. Eles serão ridicularizados por serem mulher-gay-gorda-velho etc. Criticar os ricos e poderosos por serem ricos e poderosos não faz parte da pauta dos “politicamente incorretos” porque no fim das contas, eles dividem os mesmos privilégios”.

licença”. Em termos jurisprudenciais, há o famoso precedente da ADPF 130, no STF, no qual veda-se a censura e reconhece-se o caráter não-absoluto das liberdades de manifestação e a sua limitabilidade diante de abusos, inclusive por meio de condenações por dano moral¹¹. Mais especificamente quanto ao humor, um dos principais julgados do assunto no Supremo Tribunal Federal foi a ADI 4451-DF (com a mesma lógica no voto da sua Medida Cautelar), onde ementou-se o seguinte:

1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. [...] 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

Ainda no campo do Judiciário, ademais, há o estudo realizado por Oliva, Antonialli e Santos (2019, p. 19-44), o qual analisou 148 decisões sobre restrições à liberdade de manifestação ligadas ao humor. Os resultados

¹¹ Consta na ementa da ADPF 130: “Primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa”.

mostraram que um terço das decisões envolviam pessoas comuns; outro terço a classe política; e o terço final coube a celebridades, empresas, dentre outros. Nestes casos, em 2º grau, as pessoas comuns obtiveram sucesso na causa em 71% delas e a classe política em 50%. Quanto aos pedidos, 99% dos casos pleiteou danos morais, 25% a retirada do conteúdo, 9% direito de resposta e 3% a abstenção de exibição.

Isso evidencia como o Poder Judiciário, ao mesmo tempo que tutela da liberdade de humor, inclina-se a sancionar aquilo que entende como excessos manifestos que configuram abuso de direito. Não obstante, é preciso observar que a ADI 4451-DF tinha um contexto muito próprio, um plano de fundo particular da sátira política, sobre políticos específicos. Isso a afasta, parcialmente, de outros tipos de sátiras que atingem grupos socialmente vulneráveis, enquanto coletividade. Como efeito, reflete na divergência de ao menos duas frentes: 1) de um lado ter-se um alvo/vítima concreta e, de outro lado, vítimas genéricas porque o grupo é difuso ou coletivo; 2) de um lado enfrentar mais o atentado aos direitos da personalidade (não exclusivamente) e, de outro lado, mais preconceitos e discriminações veladas/toleradas/naturalizadas/simbólicas¹².

No caso de grupos socialmente vulneráveis, como se verá na sequência, a ocorrência de dano moral coletivo ou de dano social é propícia a acontecer. Isso se dá justamente pelo fator vulnerabilidade, o qual exige uma tutela chamada pelos estudiosos dos direitos da personalidade como “quanto mais - tanto mais” (BARRETO, 2009), ou seja, quanto mais ameaça/violação, tanto mais devem ser os esforços para evitar/reparar a ameaça/dano.

4 O HUMOR COMO FONTE DE DANO MORAL COLETIVO E/OU DE DANO SOCIAL

Não se dúvida, como referido no julgado do STF, que o humor exerce importantes funções sociais, políticas e psicológicas com reflexos

¹² “[...] violência simbólica é essa coerção que se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro, etc.) resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto” (BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 6. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 47). Trata-se, em suma, de violências naturalizadas, exercidas de modo inconsciente, com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem e a exercem.

nos fóruns públicos, sociais e particulares¹³. No mesmo sentido, ratifica-se que o humor pode ser um canal pelo qual o pensamento crítico e a dúvida são suscitados do mesmo modo que o jornalismo tradicional consegue. Como refere o jornalista Carlos Lins da Silva (2019), o humor e os temas de relevância social sempre andaram juntos, podendo ser abordados de modo sério ou satírico. Enquanto àquele interpela pelo o common sense (bom senso), este aborda pelo nonsense (o disparate, o contrassenso), ambos sendo aptos para fins os informacionais que se propõem. O ponto crítico, todavia, reside na circunstância de que existem múltiplas formas de humor, das mais ingênuas, passando pelas formas ácidas e até as sombrias.

Acontece que, um mesmo conteúdo pode ser apresentado de modo emancipador ou opressor. Neste segundo caso, diz-se que o humor é tóxico, pois apenas reforça certos preconceitos e discriminações já existentes¹⁴. Então, por mais que o Judiciário tenda a dizer acertadamente que não lhes cabe julgar se o humor é bom ou ruim (se a piada é inteligente ou não; se é rude, ofensiva ou tem bom gosto) é, sim, sua função dizer se ele é violador de direitos ou não, passando, obrigatoriamente, pela discussão das violências estruturais, simbólicas e toleradas socialmente. Não se trata, portanto, de paternalismo judicial ou do judiciário como superego da sociedade (MAUS, 2000), revelando-se, em realidade, na desconstrução de posições anacrônicas incondizentes com os preceitos constitucionais contemporâneos da igualdade e da diferença, plasmados no respeito, na diversidade e na pluralidade.

¹³ “Although it is essentially a form of social play enabling us to have fun and derive emotional pleasure from nonserious incongruities, humor serves a number of important and “serious” psychological functions. The psychological functions of humor can be classified into three broad

categories: (1) emotional and interpersonal benefits of mirth, (2) tension relief and coping, and (3) social functions in group contexts” (MARTIN, Rod A.; FORD, Thomas. The psychology of humor: An integrative approach. Academic press, 2018, p. 33).

¹⁴ “O Ministério do trabalho lançou um documento chamado: ‘Brasil, Gênero e Raça’ em que distingue Racismo, Preconceito, Estereótipo e Discriminação. Racismo é a ideologia que postula a existência de hierarquia entre grupos humanos, que no caso em tela pode ser traduzida na pretensão da existência de uma certa hierarquia entre negros e brancos [...]. Preconceito é uma indisposição, um julgamento prévio negativo que se faz de pessoas estigmatizadas por estereótipos. Compulsando a obra de Ferreira aprendemos que preconceito é uma idéia pré-concebida ou mais precisamente, a suspeita, a intolerância e a aversão a outras raças religiões e credos. O Estereótipo consiste em um atributo dirigido a determinadas pessoas e grupos que funciona como uma espécie de carimbo ou rótulo, que retrata um pré-julgamento. As pessoas rotuladas são sempre tratadas e vistas de acordo com o carimbo que recebem em detrimento de suas verdadeiras qualidades. A Discriminação é a denominação atribuída a uma ação ou omissão violadora do direito das pessoas com base em critérios injustificados e injustos tais como: raça, sexo, idade, crença, opção religiosa, nacionalidade, etc” (BECCARI, Cristina Baida. Discriminação social, racial e de gênero no Brasil. 2008 Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/91/1991/>. Acesso em: 01. ago. 2020).

Há mais aceitação sobre a limitação do humor que pratica discursos criminosos, de ódio e discriminação contra grupos vulneráveis quando isso é explícito. O drama subsiste, contudo, em situações turvas, naturalizadas, simbólicas ou invisibilizadas. Nestes casos, torna-se complexo alcançar o requisito “excesso manifesto” do abuso de direito, tendo em conta que se a violência é naturalizada, primeiro, ela deixa de ser vista como violência e, segundo, nunca é considerada “excesso” por quem a normalizou. A violência, assim, fica banalizada pela incapacidade de pensar, encarada como algo cotidiano e/ou inofensivo¹⁵.

Por outro lado, quando se reconhece este tipo de violação, a questão jurídica na esfera cível tende a encerrar-se em condenações judiciais indenizatórias. Como demonstrou a pesquisa anteriormente citada, em regra repara-se o prejuízo sofrido por meio do dinheiro, reconhecendo o dano moral, e em menor escalada tutelas diferenciadas, como retratações. Atualmente, “não há mais dúvidas, no estágio atual do desenvolvimento da ciência jurídica, que o dano injusto proveniente do ato praticado em abuso do direito deva ser objeto de indenização (GUERRA, 2007, p. 208)”. E essa reparação não objetiva restaurar o estado anterior à lesão do bem imaterial atacado, já que os bens atingidos não são passíveis de serem trocados por dinheiro ou outros bens (KOSAKA, 2009, p. 81).

Em termos coletivos, a tutela volta-se para uma violação global, inicialmente por meio do que o Brasil, criativamente, chama de “dano moral coletivo”. Pode-se sintetizar afirmando tratar-se de um dano que “transcende a pessoa e alcança um ente ideal e transindividual, seja ele a coletividade ou um grupo (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 2260”. É uma lesão a interesses transindividuais de um grupo determinável (dano coletivo) ou indeterminável (dano difuso), sendo um dano distinto e autônomo em relação aos danos extrapatrimoniais que os membros deste grupo podem vir a sofrer individualmente.

Sendo assim, o dano moral diz respeito a lesão inoportuna em face de direitos incorpóreos, os quais demandam um custo não financeiro a sociedade ou a vítima do dano (KOSAKA, 2009, p. 77). Necessário ainda

¹⁵ Arendt há muito escreveu sobre a “banalidade do mal” como algo naturalizado pela “incapacidade de pensar” (de questionar a dinâmica, de desconstruir o pré-dado, de enfrentar as palavras). O mal, então, como algo que, conscientemente ou não, intencionalmente ou não, se decide por torná-lo comum ou normal. Disse ela: “Há alguns anos, em um relato sobre o julgamento de Eichmann em Jerusalém, mencionei a ‘banalidade do mal’. Por mais monstruosos que fossem os atos, o agente não era nem monstruoso nem demoníaco; a única característica específica que se podia detectar em seu passado, bem como em seu comportamento durante o julgamento e o inquérito policial que o precedeu, afigurava-se como algo totalmente negativo: não se tratava de estupidez, mas de uma curiosa e bastante autêntica incapacidade de pensar” (ARENDDT, Hannah. *Thinking and moral considerations: a lecture*. Social Research, v. 38, n. 3, 1971, p. 417).

destacar que o dano citado não possui necessariamente ligação com a dor ou sofrimento imposto à vítima e/ou familiares, visto que o prejuízo causado é relativo a sentimentos subjetivos e pessoais, não sendo aplicado de forma uníssona (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 262).

Apesar de próximos, o dano moral coletivo é categoria distinta do dano social¹⁶. O dano social, criação doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo, é visto como lesão a interesses transindividuais que atinge a sociedade difusamente, afetando negativamente elementos socialmente relevantes, seu patrimônio moral ou sua qualidade de vida¹⁷. É um dano autônomo em relação aos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais que os membros deste grupo podem vir a sofrer individualmente.

Por serem figuras próximas, mas diferentes, tem-se que um mesmo fato pode vir a gerar dano moral coletivo e dano social. Neste sentido, o STJ (REsp 1.293.606-MG) já decidiu pela possibilidade de cumulação do dano

¹⁶ “Não se pode negar que há uma forte aproximação entre o dano moral coletivo e a figura do dano social, que seria uma variação da pena civil pensada para o habitat brasileiro pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo. [...] Nesta linha de pensamento, o dano moral coletivo seria uma espécie de dano social, mas ao contrário deste - ainda de contornos imprecisos e tratado por escassa doutrina - o modelo do dano moral coletivo foi objeto de delineamento legislativo, o que permitiu a sua ampla aplicação jurisprudencial em razão da segurança jurídica proporcionada” (ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 260).

¹⁷ A “pena” - agora, ente aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito. [...] o mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares - no sentido de que ele cabe dizer ‘imagine se todas as vezes fosse assim!’. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida - mais especialmente na qualidade de vida. Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus voos, não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa - ou outra que a imite - está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. [...] Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoas jurídicas, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população (AZEVEDO. Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil o dano social. In: Novos estudos e pareceres de direito privado, 2009, p. 381/382).

moral coletivo e do dano social¹⁸ Este também é o entendimento do CJF, no Enunciado 456: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

Ademais, entende-se se tratar de prejuízos sobre elementos que amarram as tramas sociais e que são positivamente valorados - muitas vezes considerados essenciais - na comunidade, na coletividade ou no grupo. São exemplos a pluralidade, a diversidade, a boa-fé, dentre outros. De acordo com a Lei 7.347/85, são hipóteses que podem encaixar-se neste contexto os danos: ao meio-ambiente; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística; a honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Destarte, em especial o dano moral coletivo - mas nada obstante também o dano social - alinham-se, no caso inicialmente apresentado, aos argumentos nucleares da Defensoria Pública. O argumento fortalece-se ao recordar-se que os alvos do humor abusivo foram a população LGBT+, mulheres, crianças e adolescentes, isto é, categorias sociais reconhecidas como vulneráveis social e politicamente. Assim, no caso do dano moral coletivo, a lesão estaria na dignidade do grupo ou da categoria e, no caso do dano social, nos valores estimados pela comunidade brasileira, plasmados no respeito, na pluralidade e na diversidade.

¹⁸No REsp 1.293.606-MG cunhou-se a seguinte ementa: “[...] 3. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 4. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 5. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 6. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonogados pelo plano [...]”.

Em verdade, no caso ora em análise, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o dano moral coletivo, justificando a condenação em virtude da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade e bem poderia ter feito o mesmo ou um adendo (caso houvesse sido postulado) em relação ao dano social.

A decisão é interessa, ademais, porque os valores foram destinados para políticas afirmativas que promovam a igualdade e o combate à discriminação. Deste modo, atendem-se as funções indiretas ou secundárias da responsabilidade civil também chamadas de preventiva e de punitiva-pedagógica.

CONCLUSÃO

As tensões democráticas em torno do abuso no exercício do direito à liberdade de manifestação também alcançam o humor. O debate jurídico, então, envolve a limitabilidade deste direito diante da prática de ato ilícito. Este contexto veio à tona no caso dos Irmãos Piologo, veiculado pela Defensoria Pública, por meio de uma Ação Civil Pública. Na situação, buscava-se a condenação dos réus a danos morais coletivos, em razão de humor ofensivo a grupos sociais vulneráveis, publicado no antigo canal do Youtube, Mundo Canibal. Em segundo grau, os irmãos foram condenados em 80 mil reais.

Viu-se que o abuso de direito configura ato ilícito, com base no art. 187, do Código Civil. Apesar dele configurar-se independente de dano, nota-se que, no caso analisado, reconheceu-se o dano moral coletivo. Embora não dito expressamente, há evidente violação à função social do humor e, no caso, também aos bons costumes desejados constitucionalmente. A condenação, assim, seguiu os parâmetros indicados juridicamente pelo STF, na ADPF 130, isto é, a liberdade de expressão como um sobredireito, mas que pode ser, posteriormente, limitada e também gerar responsabilização.

Assim, por mais que o sistema judicial brasileiro afirme não ser sua seara o julgamento sobre a qualidade do humor, ou melhor dizendo, da manifestação artística no geral, não se exime do seu dever jurídico de analisar se a expressão discutida viola os direitos individuais e/ou coletivos. Logo, esse direito deve ser praticado de forma proporcional aos demais, visando o respeito e a razoabilidade prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, vale ressaltar que a decisão que condenou os irmãos Piologo pela ocorrência de dano moral coletivo, isto é, lesão a interesses transindividuais de um grupo determinável (dano coletivo) ou indeterminável (dano difuso). De fato, a condenação faz sentido em vista da divulgação de conteúdo contendo animações que simulavam agressão física, torturas e

assassinatos de pessoas que representavam determinados grupos vulneráveis. A condenação não deslegitimou ou impediu a circulação do trabalho dos artistas, mas os sancionou tão somente pelo abuso do direito cometido.

Conclui-se, então, que embora não seja plausível a censura da liberdade de expressão (e as categorias que compreendem está), não há como ignorar a responsabilização civil, posterior, dos sujeitos que extrapolam os limites da boa-fé, da função social, da função econômica e/ou dos bons costumes.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. **Thinking and moral considerations**: a lecture. Social Research, v. 38, n. 3, p. 417-446, 1971.

BARRETO, W. P. **Os direitos da personalidade na jurisprudência alemã contemporânea**. 2009. Disponível em: www.advocaciabarreto.com.br. Acesso em: 01 mai. 2015.

BECCARI, C. B. **Discriminação social, racial e de gênero no Brasil**. 2008 Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/91/1991/>. Acesso em: 01. ago. 2020

BOLESINA, I. **O Direito à Extimidade**: As Inter-relações entre Identidade, Ciberespaço e Privacidade. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRASIL. Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 jul 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 16 jul 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 jul 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 18 jul 2020.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 17 jul 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1568935**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. DJ: 05/04/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=03209489620118190001&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 17 jul 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 607** - Legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de interesses difusos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4362356&numeroProcesso=733433&classeProcesso=RE&numeroTema=607>. Acesso em: 18 jul 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Civil Pública nº 1059191-91.2016.8.26.0100. São Paulo. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000LB1J0000&processo.foro=100&processo.numero=1059191-91.2016.8.26.0100&uuidCaptcha=sajcaptcha_8f5051dae4614f19a56b26c52f893de5. Acesso em: 17 jul 2020.

CARPENA, H. **O Abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional**”. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, v. 2, p. 377-396, 2002.

CASTRO, T. A. D. V. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 244.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 jul 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **Autores de vídeo homofóbico deverão pagar R\$ 80 mil para promover igualdade**. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/discurso-discriminatorio-excludente-direitos-gera-indenizacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 16 jul 2020.

GUERRA, A. D. M. *et al.* **Responsabilidade Civil por abuso do direito**. 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7525>. Acesso em: 15 jul 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Vídeos “homofóbicos, transfóbicos e machistas” devem sair do ar; autores pagarão R\$ 80 mil por danos morais coletivos**. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7495/V%C3%ADdeos%E2%80%9Chomof%C3%B3bicos%2C+transf%C3%B3bicos+e+machistas%E2%80%9D+devem+sair+do+ar%3B+autores+pagar%C3%A3o+R%24+80+mil+por+danos+morais+coletivos>. Acesso em: 16 jul 2020.

JORDÃO, E. F. **O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica**. Revista Baiana de Direito, v.04, p. 255-292, 2009.

KOSAKA, F. K. **Apontamentos sobre dano moral coletivo**. Cadernos de Direito, v. 9, n. 16/17, p. 75-91, 2009.

MARTINS-COSTA, J. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 83-91.

MAUS, I. O judiciário como superego da sociedade - sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *In: Novos Estudos*, nº 58. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000.

MELLO, M. A. M. F. Liberdade de expressão. *In: Rocha, Fernando Luiz Ximenes; Moraes, Filomeno (Orgs.). Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 600-601.

MICHELMAN, F. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. Trad. Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007. p. 59.

NETTO, F. P. *et al.* **Curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 2015.

OLIVA, T. D.; ANTONIALLI, D. M.; SANTOS, M. W. Censura judicial ao humor: análise de decisões judiciais envolvendo liberdade de expressão na internet. *In: Revista Direitos Culturais, Santo Ângelo*, v. 14, n. 34, p. 19-44, maio/ago. 2019.

PISÓN, J. M. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Tecnos: Madrid, 2001, p. 11

PLANIOL, M. **Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit**. 9. ed. t. 2. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1923. p. 287.

RODOVALHO, T. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

ROSENVALD, N. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAKAMOTO, L. O humor deve ter limites ou vale tudo em nome da liberdade de expressão? **Blog do Sakamoto**, São Paulo, 17 dez. 2012. Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2012/12/17/o-humor-deve-ter-limites-ou-vale-tudo-em-nome-da-liberdade-de-expressao/>. Acesso em: 9 jul. 2017.

SILVA, C. E. L. Especialistas debatem o limite entre liberdade de expressão e humor no jornalismo. **Insper**, 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/especialistas-debatem-o-limite-entre-liberdade-de-expressao-e-humor-no-jornalismo/>. Acesso em: 04 mai. 2020

SILVA, J. M. **A astuciosa lógica dos que condenam manifestações fazendo-se de democratas**. 2016. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=8733>. Acesso em: 18 de jun. 2016.

TEPEDINO, G. (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 416.

USTÁRROZ, D. **Temas atuais de direito contratual**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010, p. 27.

WEIGEL, M. Political correctness: how the right invented a phantom enemy. **The Guardian**, v. 30, p. 41-48, 2016.

DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: REPERCUSSÕES DA SUPERAÇÃO DO SIGILO COMO ÚNICO INSTRUMENTO DE TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA NAS EXCEÇÕES DO ART. 4º DA LGPD

RIGHT TO PRIVACY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA: REPERCUSSIONS OF OVERCOMING CONFIDENTIALITY AS THE ONLY INSTRUMENT TO PROTECT HUMAN DIGNITY IN THE EXCEPTIONS OF ART. 4TH OF THE LGPD

Dhiego Melo Job de Almeida*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direito à privacidade sob a perspectiva de ser deixado a só frente ao avanço tecnológico. 3 Do direito à proteção de dados pessoais como direito da personalidade autônomo e direito fundamental implícito a direito fundamental positivado (EC nº. 115/2022). 4 Da superação do paradigma do sigilo como único instrumento para proteção de dados pessoais e aplicações às exceções legais da LGPD. 5 Conclusão.

RESUMO: A privacidade sob a perspectiva do direito a ser deixado a só já não oferece a proteção necessária à tutela da dignidade humana frente às formas de tratamentos de dados pessoais viabilizadas pelas Tecnologias da Informação e Comunicação à disposição do setor público e privado. A proteção dos dados pessoais emergia, então, como um direito da personalidade autônomo ao direito da privacidade e um direito fundamental implícito, e, recentemente incorporado ao texto constitucional, é mais apto a resguardar projeções da dignidade da pessoa humana que não mais encontravam uma barreira eficiente na privacidade e no seu principal instrumento de viabilização: o sigilo. A aplicação dos princípios gerais de proteção e a garantia dos direitos do titular às exceções do art. 4º, inciso III, da LGPD deve ser orientada, então, pela superação do paradigma reducionista do sigilo, por se tratar de um instrumento atrelado essencialmente ao direito à privacidade

* Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Estado do Maranhão (2019), Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus (2016), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2013). Professor da Academia Nacional de Polícia na disciplina de Investigação Policial. Delegado de Polícia Federal com atuação na chefia da Delegacia de Repressão a Crimes Previdenciários no Estado do Maranhão (2014 a 2017), no Setor de Inteligência da Polícia Federal no Estado do Maranhão (2017 a 2020). Atualmente lotado no Serviço de Inquéritos Especiais do STF e do STJ na Coordenação Geral de Repressão à Corrupção em Brasília/DF (SINQ/CGRC/DICOR/PF). Áreas de estudo: Investigação Criminal, Inteligência Policial, Corrupção e Proteção de Dados Pessoais.

Artigo recebido em 21/01/2022 e aceito em 28/03/2023.

Como citar: ALMEIDA, Dhiego Melo Job de. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: repercussões da superação do sigilo como único instrumento de tutela da dignidade humana nas exceções do art. 4º da LGPD. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 221, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

em sua concepção de liberdade negativa, enquanto o direito à proteção de dados pessoais abrange as perspectivas de liberdades negativa e positiva, dialogando não só com o direito à privacidade, mas com outros direitos da personalidade e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Palavras-chave: privacidade; sigilo; proteção de dados pessoais; LGPD; exceções legais.

***ABSTRACT:** Privacy from the perspective of the right to be left alone no longer offers the necessary protection to protect human dignity against the forms of processing of personal data made possible by Information and Communication Technologies available to the public and private sector. The protection of personal data emerged, then, as a personality right autonomous from the right to privacy and an implicit fundamental right, and, recently incorporated into the constitutional text, is more able to safeguard projections of the dignity of the human person that no longer found a barrier efficient in terms of privacy and its main instrument of viability: secrecy. The application of the general principles of protection and the guarantee of the holder's rights to the exceptions of art. 4, item III, of the LGPD must therefore be guided by overcoming the reductionist paradigm of secrecy, as it is an instrument essentially linked to the right to privacy in its conception of negative freedom, while the right to protection of personal data covers the perspectives of negative and positive freedoms, dialoguing not only with the right to privacy, but with other personality rights and fundamental rights provided for in the Constitution.*

Keywords: privacy; confidentiality; protection of personal data; LGPD; legal exceptions.

INTRODUÇÃO

Situar a proteção de dados pessoais como um direito autônomo da personalidade - e não uma projeção específica do direito à privacidade -, e como direito fundamental significa dotar o indivíduo de instrumentos que vão além do sigilo para tutelar sua dignidade, muitas vezes ameaçada por determinadas formas de tratamento de dados pessoais.

O avanço tecnológico viabilizou formas de tratamento de dados pessoais pelo setor público e privado que tornaram insuficientes os meios de proteção da dignidade humana que operam unicamente sob o manto do sigilo, que é o instrumento atrelado intrinsecamente à noção do direito à privacidade sob a perspectiva de ser deixado a só.

Assim, o sigilo como instrumento único de viabilização do direito à privacidade não se mostra suficiente para proteger a projeção específica da personalidade humana por meio do tratamento de dados pessoais. É sob esse prisma que se propõe abordar as exceções legais ao tratamento de dados previstas no art. 4º, III, da Lei nº. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), referentes ao tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Este artigo avalia inicialmente as mudanças que as novas Tecnologias da Informação e da Comunicação impuseram à sociedade, notadamente na forma de tratamento de dados pessoais pelo Estado e pelas empresas privadas, e em que medida foi necessária a consolidação de um direito à proteção de dados pessoais para proteger aspectos da personalidade humana.

Após, situa-se o direito à proteção de dados pessoais como direito da personalidade autônomo ao direito à privacidade e como direito fundamental implícito, apontando quais eram as repercussões dessas construções dogmáticas, além da posterior incorporação ao texto constitucional pela Emenda Constitucional 115/2022.

Sob o contexto do direito à proteção de dados pessoais como direito da personalidade autônomo e direito fundamental, discute-se as exceções de tratamento de dados previstos no art. 4º, III, da LGPD, demonstrando a insuficiência de conceber a proteção de dados pessoais alicerçada unicamente sob o instrumento do sigilo.

Ao remeter a uma legislação específica vindoura, a LGPD condiciona desde já a observância ao devido processo legal, aos princípios gerais de proteção e aos direitos do titular previstos na Lei.

Em termos metodológicos, adotou-se uma abordagem qualitativa predominantemente baseada na pesquisa e revisão bibliográfica, pois se buscou analisar a doutrina e legislação sobre o tema proteção de dados pessoais e o sigilo. Os dados primários consultados abrangem o texto constitucional e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, enquanto os secundários referem-se aos artigos e obras de referência sobre os temas discutidos.

1 DIREITO À PRIVACIDADE SOB A PERSPECTIVA DE SER DEIXADO A SÓ FRENTE AO AVANÇO TECNOLÓGICO

O direito à privacidade sob a perspectiva do direito de ser deixado a só (right to be left alone) remete a ideia do refúgio, do isolamento, do segredo (DONEDA, 2020, pos. 388), ou, ainda, à solidão e à autonomia (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 439).

Essa conformação específica do direito à privacidade ganhou contornos jurídicos somente no final do século XIX com o multicitado artigo The right to privacy de Samuel Warren e Louis Brandeis (1890). Antes do século XIX, são poucas as referências a fatos e episódios que vinculem o direito à privacidade a essa conotação específica de direito de ser deixado a só (BESSA, 2003, p. 80).

O texto, cuja repercussão à época deve-se tanto ao mérito próprio como o momento em que foi divulgado (BESSA, 2003, p. 83), reflete

como mudanças políticas, sociais e econômicas do final do século XIX promoveram o reconhecimento de novos direitos, ou novas leituras de direitos tradicionais, como o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193).

O direito à privacidade, ainda que incorpóreo, era tido inicialmente como um direito individualista, elitista e eminentemente patrimonialista, reservado a pessoas com determinada projeção social (DONEDA, 2020, pos. 450), beirando a uma conotação quase egoísta (MENDES, 2014, p. 29).

A própria noção de privacidade é fortemente influenciada pela cultura, pois é condicionada a fatores sociais, políticos e econômicos, não havendo como conceber o contexto jurídico da privacidade sem incluí-la em determinado plano histórico (DONEDA, 2020, pos. 1576).

Os exemplos citados no artigo *The right to privacy* representam o momento histórico e o caráter individualista desta conotação específica de direito à privacidade, com críticas, por exemplo, à exposição por meio de fotografias instantâneas ou da vida privada em jornais (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195-196).

A perspectiva do direito à privacidade como direito de ser deixado a só de Samuel Warren e Louis Brandeis era de que qualquer registro de emoções e pensamentos, seja, em escrita, áudio ou vídeo, e independentemente do valor artístico ou da intenção de publicar, deveria ser resguardado do público.

Esse direito à privacidade, ainda marcadamente de caráter individualista, assegurava à pessoa a faculdade de resistir a eventuais violações por parte de indivíduos, de empresas privadas ou do Estado sobre aspectos de sua vida que a pessoa desejava que fossem mantidas apenas para si (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440).

Prevalecia, então, um direito à privacidade na forma de liberdade negativa, que impunha abstenções por parte de terceiros quanto a eventuais intrusões na esfera própria do indivíduo.

A resistência a intrusões tinha como principal instrumento o sigilo, que não é propriamente o bem protegido ou o direito fundamental, mas a faculdade de agir para manter o sigilo e resistir ao devassamento da privacidade (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 443)¹.

Essa perspectiva de direito à privacidade, além de ter como principal instrumento o sigilo, operava sob a distinção entre público e privado: o direito

¹“Um segredo, tal como outras categorias de propriedades pessoais, é por definição a parte do conhecimento cujo compartilhamento com outros é recusada, proibida e/ou estritamente controlada. O sigilo traça e assinala, por assim dizer, a fronteira da privacidade; esta é o espaço daquilo que é do domínio da própria pessoa, o território de sua soberania total, no qual se tem o poder abrangente e indivisível de decidir ‘o que e quem eu sou’, e do qual se pode lançar e relançar a campanha para ter e manter suas decisões reconhecidas e respeitadas” (BAUMAM; LYON, 2013, p. 24).

à privacidade dividia aquilo que poderia ficar sob a guarda do indivíduo daquilo que era público e terceiros poderiam ter acesso (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 441).

Ocorre que avanços tecnológicos na sociedade modificaram a forma como inicialmente o Estado e, posteriormente, as empresas privadas passaram a tratar um aspecto considerado até então apenas uma projeção específica da privacidade: os dados e informações pessoais, especialmente aqueles armazenados em bancos de dados².

Essas mudanças - tanto no setor público como privado - se deram no contexto da passagem da sociedade pós-industrial para a denominada sociedade da informação. A informação passou a ser o elemento nuclear ao desenvolvimento da economia: “A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial” (BIONI, 2019, p. 34).

A informação só adquiriu esse status mediante o avanço das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), que permitiram a coleta, o processamento e a disponibilização de informações em quantidade e formas ainda não experimentadas pela sociedade. Houve, portanto, uma mudança quantitativa e qualitativa da forma como a informação era processada (BIONI, 2019, p. 35; MENDES, 2014, p. 27).

Quando a tecnologia passa a permitir o armazenamento e o processamento rápido e eficiente de dados pessoais, a proteção da privacidade passou a ser associada às informações pessoais (MENDES, 2014, p. 32).

Os dados e informações pessoais³ adquiriram, então, uma maior importância na medida em que as TICs permitiram a extração de uma maior utilidade nas atividades de tratamento, englobando as fases da coleta, do armazenamento, do processamento, da difusão e do descarte de dados e informações pessoais. Assim, o discurso sobre a privacidade passa a girar em torno das questões relacionadas à proteção de dados e informações

²“Os bancos de dados podem ser manuais, na forma de dossiês e fichários organizados, ou automatizados. Embora ambos apresentem riscos à violação da privacidade do indivíduo, não se pode negar que a maior ameaça reside naturalmente na informatização do tratamento dos dados pessoais” (MENDES, 2014, p. 59). Na LGPD, banco de dados é conceituado como um conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico (art. 5º, IV).

³“Em relação à utilização dos termos ‘dado’ e ‘informação’, é necessário notar preliminarmente que o conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica uma certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos servem a representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. (...) A doutrina e mesmo a lei, não raro, tratam estes dois termos indistintamente” (DONEDA, 2020, pos. 3457).

peçoais, e, mais especificamente, daqueles dados e informações peçoais armazenados em bancos de dados (DONEDA, 2020, pos. 3435 e 3537).

A perspectiva individualista da privacidade perde, então, força a partir de 1960, ao mesmo tempo em que se projetam formas de proteger os dados e informações peçoais, notadamente daqueles que estavam organizados em bancos de dados.

Foi inicialmente o Estado quem passou a tratar os dados peçoais com o fim de extrair conhecimento por meio da formação de grandes bancos de dados. A justificativa para a formação desses repositórios e posterior tratamento adveio da mudança do papel do Estado de Estado liberal para o Welfare State, que acarretou uma ressignificação do relacionamento entre cidadão e Estado, havendo uma maior demanda por direitos. Partia-se do pressuposto de que a administração pública seria mais eficiente quanto mais informações possuísse de sua população. Isso justificaria, por exemplo, censos e pesquisas, notadamente em um Estado de Bem-Estar Social, que impõe prestações positivas por parte do Estado (DONEDA, 2020, pos. 450).

Quanto ao aspecto tecnológico, o Estado era o maior detentor de informações da população, e isso se deu por uma razão simples: os meios computacionais à disposição do Estado eram muito superiores aos de organismos privados (DONEDA, 2020, pos. 450).

Com o desenvolvimento e a disseminação de tecnologias da informação a custos mais acessíveis, as empresas privadas passaram também a tratar informações e extrair utilidade delas (DONEDA, 2020, pos. 481).

No setor privado, os dados peçoais dos consumidores transformaram-se em verdadeiros ativos na economia da informação, e viabilizaram - ou elevaram a outro patamar - atividades como a publicidade direcionada⁴, por exemplo.

Portanto, se no setor público a necessidade de tratamento de dados peçoais por parte do Estado foi motivada para finalidades como, por exemplo, a implementação de políticas públicas, no setor privado os dados passaram a ser tratados para fins comerciais.

Entretanto, determinadas formas de tratamento de dados peçoais, especialmente aquelas proporcionadas pelos avanços tecnológicos, passaram a trazer riscos à autonomia, à individualidade e à liberdade, necessitando-se, assim, de instrumentos regulatórios que viabilizassem sua proteção (DONEDA, 2020, pos. 327).

⁴ (...) [A] publicidade direcionada é uma prática que procura personalizar, ainda que parcialmente, tal comunicação social, correlacionando-a a um determinado fator que incrementa a possibilidade de êxito da indução ao consumo. Essa prática subdivide-se em publicidade (direcionada) contextual, segmentada e comportamental - espécies do gênero publicidade direcionada (BIONI, 2019, p. 42).

A discussão, assim, não mais se centrava em eventual intromissão a uma parcela específica da intimidade, como o domicílio ou as comunicações telefônicas, ou mesmo a preocupação com fotografias ou outros aparelhos que gravassem ou reproduzissem cenas e sons, muitos de maneira dissimulada (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 206), mas a toda uma projeção da personalidade que estava em risco devido ao tratamento de dados pessoais, especialmente daqueles que inicialmente estavam organizados em bancos de dados.

A regulação jurídica das situações criadas por meio do progresso tecnológico passou a exigir um direito próprio e autônomo ao direito à privacidade, que não tivesse o sigilo como único instrumento de proteção.

Essa regulação não foi uniforme durante todo o tempo, pois transformações econômicas, sociais e tecnológicas nas últimas décadas impuseram alterações na disciplina de proteção de dados pessoais (MENDES, 2014, p. 37).

As primeiras normas de proteção de dados pessoais⁵ surgem na década de 1970 como reação ao processamento eletrônico de dados nas administrações públicas e empresas privadas, bem como às ideias de centralização dos bancos de dados, motivadas pelo contexto de planejamento e da burocracia do Estado Social. Essas normas tinham caráter essencialmente procedimental, em detrimento da previsão de direitos aos titulares (MENDES, 2014, p. 38).

Focava-se na tecnologia, controlando a criação desses bancos de dados por meio da concessão de autorizações e licenças para seu funcionamento, com foco na esfera governamental (BIONI, 2019, p. 174).

Os bancos de dados centralizados não se concretizaram, não por conta de reivindicações sociais, mas mais devido às transformações tecnológicas que possibilitaram a descentralização dos bancos de dados nas pequenas unidades organizacionais do governo e da iniciativa privada (MENDES, 2014, p. 40):

A segunda geração de leis de proteção de dados pessoais é caracterizada por uma mudança do âmago regulatório. Preocupa-se não somente com as bases de dados estatais, mas, também, com as da esfera privada. A figura do Grande Irmão (uma única e centralizada base de dados) é diluída pela de Pequenos Irmãos (bancos de dados

⁵ Essas gerações de proteção de dados levam em consideração o contexto europeu, que influenciou o modelo brasileiro de proteção de dados pessoais. O modelo americano apresenta características distintas, como a ausência de uma autoridade central e de uma norma geral de proteção de dados pessoais. O modelo americano também é marcado pela setorização dos sistemas de proteção de dados, além da distinção, em geral, entre tratamento de dados pelo setor público e privado.

dispersos no plano estatal e privado) (BIONI, 2019, p. 175).

A segunda geração constatou a necessidade de tratar prioritariamente o direito à privacidade, em vez de procedimentos, pois o temor de um banco de dados único e centralizado, que poderia ser refreado por meio de normas procedimentais, dá origem ao receio de milhares de bancos de dados descentralizados, mas conectados em rede e gerenciado por organizações públicas ou empresas privadas. É dessa geração o fortalecimento das discussões quanto à efetividade do consentimento do cidadão, à sua liberdade de escolha e às consequências que a não disponibilização dos dados poderia acarretar na exclusão social mediante a perspectiva do “tudo ou nada” (MENDES, 2014, p. 40-41).

Essa geração transfere, então, para o próprio titular dos dados a responsabilidade por protegê-los mediante o consentimento (BIONI, 2019, p. 175).

A terceira geração tem como marco referencial a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, que declarou a inconstitucionalidade de parte da Lei do Censo. Embora não tenha previsto expressamente o direito à proteção de dados pessoais, forjou o direito à autodeterminação informativa, que, em suma, dá a prerrogativa de cada indivíduo em divulgar e utilizar seus dados pessoais. Esse direito à autodeterminação informativa possui, além da dimensão individual, uma dimensão metaindividual (coletiva), tratando-se de uma condição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, assim, da concepção da privacidade individualista (e isolacionista) de um direito de ser deixado a só (SARLET, 2020, p. 189-190).

A grande diferença entre a terceira e a segunda geração é que o cidadão passa a se envolver continuamente em todo o processo, desde a coleta, o armazenamento e a transmissão, e não apenas na opção “tudo ou nada”. No aspecto tecnológico, além da capacidade de armazenamento e velocidade de transmissão, os bancos de dados deixam de ser localizados fisicamente (MENDES, 2014, p. 41-42).

As leis de terceira geração tornaram-se insuficientes por motivo semelhante ao da segunda geração: novamente a ideia de consentimento mostrou-se insuficiente, seja devido aos altos custos em fazer valer o direito - e ver-se excluído de oportunidades sociais ou econômicas da perspectiva “tudo ou nada” -, seja em decorrência da ausência de mecanismos efetivos para reparar eventuais casos de violação de direitos (MENDES, 2014, p. 41-42).

Finalmente, as leis de quarta geração buscam solucionar essas lacunas de proteção, tirando, por exemplo, da esfera de controle do indivíduo

determinadas categorias de dados, como os dados sensíveis⁶, e integrando uma regulamentação geral de proteção de dados pessoais a normas setoriais suplementares, ampliando, assim, a proteção do indivíduo (MENDES, 2014, p. 43). Outra característica das leis de quarta geração é a ampla disseminação de autoridades independentes e a permanência do protagonismo do consentimento, que não só não perdeu sua centralidade, como passou a ser adjetivado, devendo ser livre, informado, inequívoco explícito e/ou específico (BIONI, 2019, p. 176-177).

2 DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DA PERSONALIDADE AUTÔNOMO E DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO A DIREITO FUNDAMENTAL POSITIVADO (EC Nº. 115/2022)

Os direitos da personalidade são os direitos referentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade (TEPEDINO, 2004, p. 24). São caracterizados pela generalidade, extrapatrimonialidade, caráter absoluto, inalienabilidade, imprescritibilidade e intransmissibilidade (TEPEDINO, 2004, p. 33).

Estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil do Capítulo II, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”. O direito à privacidade, por exemplo, está previsto nos artigos 20 e 21 da norma.

Só que nem todos os direitos da personalidade estão tipificados no Código Civil. A personalidade humana projeta-se sob diversas formas e circunstâncias, em uma pluralidade de situações existenciais (PERLINGIERI, 2002, p. 155).

A evolução dos fatos sociais tornou difícil estabelecer de antemão todas as situações jurídicas que a pessoa humana seria titular e que mereceria proteção por ser uma manifestação da personalidade humana. Além disso, a distinção rígida entre direito público e privado também não favorecia a tutela humana, na medida em que algumas projeções da personalidade exigem proteção simultânea do Estado e das sociedades intermediárias (família, empresas, associações etc) (TEPEDINO, 2004, p. 37-38).

Antes mesmo da edição da LGPD já se entendia que os dados pessoais eram uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular, tratando-se de um novo tipo de identidade da pessoa, justificando-se, dogmaticamente, a

⁶ Segundo art. 5º, II, da LGPD, considera-se dado sensível o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

inserção de dados pessoais na categoria de direitos da personalidade (BIONI, 2019, p. 99-100).

A proteção de dados pessoais era mais uma possibilidade de tutelar a personalidade do indivíduo contra os potenciais riscos de algumas formas de tratamentos de dados pessoais. Protegia-se, assim, o titular desses dados, e não os dados per se (MENDES, 2014, p. 32).

Só que esse direito à proteção de dados pessoais não se confundia com o direito à privacidade, entendendo-se contraproducente e incoerente aplicar a proteção de dados pessoais sob o prisma do direito à privacidade:

O eixo da privacidade está ligado ao controle de informações pessoais do que seja algo íntimo ou privado do sujeito. A proteção dos dados pessoais não se satisfaz com tal técnica normativa, uma vez que a informação pode estar sob a esfera pública, discutindo-se, apenas, a sua exatidão, por exemplo (BIONI, 2019, p. 100).

Ainda segundo Bruno Bioni, a inserção dos dados pessoais na categoria de direitos da personalidade, mas longe das lentes do direito à privacidade, dá coerência a uma série de direitos do titular, como o direito de retificação e direito de revisão de decisões automatizadas, além de facilitar a interpretação e aplicação, evitando a mistura de conceitos basilares (2019, p. 101)⁷.

Além de direito da personalidade autônomo, o direito à proteção de dados pessoais também pode ser considerado um direito fundamental implícito.

Com efeito, não havia previsão expressa de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais na Constituição Federal (CF), e a LGPD, por sua vez, não servia como justificção constitucional direta para o reconhecimento de um direito fundamental (SARLET, 2020, p. 182).

A ausência de um direito específico de proteção de dados pessoais fazia com que este fosse reconduzido a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental implícito ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito de liberdade e os direitos especiais da personalidade, notadamente os direitos à privacidade e à intimidade (SARLET, 2020, p. 184).

⁷Essa construção dogmática não é unânime, havendo quem entenda a proteção de dados pessoais como uma dimensão do direito à privacidade, partilhando, assim, dos fundamentos da tutela da personalidade e da dignidade do indivíduo (MENDES, 2014, p. 35), ou como uma decorrência do direito à privacidade, sendo uma espécie de herdeira, atualizando o direito à privacidade e impondo características próprias (DONEDA, 2020, pos. 4052).

Entretanto, uma leitura harmônica e sistemática da CF, já permitia consagrar um direito fundamental implícito à proteção de dados pessoais. É certo que a positivação no texto constitucional agrega um valor positivo substancial, assegurando à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio, e o insere no regime jurídico-constitucional em sentido material e formal, com todas as consequências, como a aquisição de status normativo superior em relação ao restante do ordenamento jurídico, a condição de limite material à reforma constitucional (art. 60, §§ 1º ao 4º, da CF) e aplicação imediata, vinculando atores públicos e privados (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2020, p. 186).

Além disso, a constitucionalização de um direito fundamental à proteção de dados pessoais o coloca no mesmo patamar de outros direitos e garantias fundamentais, especialmente o direito à privacidade, corroborando o entendimento que se tratam de direitos distintos⁸.

Com a EC nº. 115/2022, foi acrescido o inciso LXXIX no art. 5º da CF, prevendo, nos termos da lei, que resta assegurado o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. A lei citada no dispositivo é a LGPD, publicada antes da promulgação da EC.

O texto da emenda também esclarece que os dados pessoais devem ser protegidos em quaisquer meios, sendo o meio digital apenas mais um a contar com a proteção constitucional.

A EC 115/2022 também acrescentou a competência da União de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei (art. 21, XXVI, da CF) e a competência privativa da União em legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais (art. 22, XXX, da CF).

O direito à proteção de dados pessoais não é uma mera opção terminológica, pois representa uma mudança conceitual para efeito de proteção jurídico-constitucional da projeção da personalidade (SARLET, 2020, p. 188).

É certo que há pontos de convergência (ou zonas de contato) entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade.

Tanto o direito à proteção de dados pessoais como o direito à privacidade aplicam-se às relações do indivíduo com o setor público ou entre o indivíduo e o setor privado. No primeiro caso por expressa

⁸ “A proposta, no caso de vir a ser aprovada e incorporada à Constituição Federal, proporcionará certa ‘equalização’ entre uma série de direitos fundamentais que possuem repercussão direta sobre dados pessoais, como o direito à privacidade, o direito à informação e a transparência”. (DONEDA, 2020, pos. 7095)

previsão legal no art. 1º da LGPD⁹; no segundo, pela construção doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Uma segunda aproximação refere-se à dignidade humana como o parâmetro normativo que dá sentido tanto ao direito à privacidade como ao direito à proteção de dados pessoais (QUEIROZ; PONCER, 2020, p. 75).

A dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico com status constitucional, que funciona como fonte de direitos e de deveres e responsabilidades, incluindo os não expressamente enumerados, e como elemento que informa a interpretação de outros direitos (BARROSO, 2012, p. 154-156).

Seu núcleo é composto de três elementos - o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário -, cada um deles que, analisado com uma perspectiva filosófica laica, neutra e universalista, possui repercussões jurídicas específicas (BARROSO, 2012).

O valor intrínseco do ser humano, considerado como elemento ontológico, manifesta-se do postulado antiutilitarista e antiautoritário:

O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário (BARROSO, 2012, p. 163).

A autonomia, como elemento ético da dignidade humana, “[É] o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa” (BARROSO, 2012, p. 167). Está ligado ao conceito de autodeterminação, da pessoa definir as próprias regras que regerão sua vida¹⁰.

O valor comunitário é elemento social da dignidade, representada por restrições em nome de valores sociais ou interesses estatais:

A expressão valor comunitária, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes

⁹ Segundo art. 1º da LGPD, a Lei dispõe 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.

¹⁰ “A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)” (BARROSO, 2012, p. 168)

forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (1) Os compromissos, valores e “crenças” compartilhadas” de um grupo social” e (2) normas impostas pelo Estado (BARROSO, 2012, p. 173/174).

O valor comunitário como restrição da autonomia pessoal busca a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo, e a proteção dos valores sociais compartilhados (BARROSO, 2012, p. 175).

Dessa forma, tanto o direito à proteção de dados pessoais como o direito à privacidade buscam resguardar a dignidade da pessoa humana e os elementos do valor intrínseco, da autonomia e do valor comunitário.

Só que o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade apresentam também pontos de distensão:

O direito à proteção de dados pessoais apresenta zonas de contato com outros direitos, como o direito à privacidade e o direito à autodeterminação informativa, mas não se confunde com estes, não havendo sobreposição entre a autodeterminação informativa e proteção de dados, nem privacidade e outros direitos da personalidade (SARLET, 2020, p. 189).

Quando à privacidade e à proteção de dados pessoais, a proteção de dados pessoais vai além da privacidade e de sua proteção, pelo menos no sentido da privacidade como recolhimento e segredo (SARLET, 2020, p. 191).

O direito à privacidade é viabilizado por meio de uma liberdade negativa, ou seja, uma abstenção por parte do Estado ou do setor privado na intromissão de determinada esfera da individualidade. A resistência a essa intromissão se dá por meio do sigilo.

O objeto de proteção do direito à privacidade por ser uma res (uma coisa, não necessariamente física) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais) (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 440).

Na relação indivíduo e Estado, é garantido, por exemplo, o sigilo profissional, o sigilo de correspondência, o sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas (dados em trânsito), dos dados telefônicos e

telemáticos armazenados¹¹, dos dados fiscais, dos dados bancários e dos dados genéticos.

Ainda que esses dados possam ser compartilhados com terceiros (voluntária ou involuntariamente), devem permanecer sendo considerados como privados, preservando-se o sigilo. Essa associação da “privacidade como sigilo” é decorrência de nossa tradição jurídica de sempre buscar delimitar juridicamente no direito brasileiro as situações que não se configurariam “quebra de sigilo” e as hipóteses excepcionais em que seria autorizado o afastamento de sigilo, especialmente no caso de investigações criminais (ABREU, 2021, p. 589).

A partir do momento em que determinado dado é tido como sigiloso, o indivíduo passa a ter a faculdade de resistir a eventual intromissão fora das hipóteses legais de exceção, insurgindo-se, assim, contra a coleta desses dados.

Por outro lado, a proteção de dados pessoais é viabilizada tanto por liberdades negativas (direito de defesa) como positivas (direito a prestações). O direito à proteção de dados pessoais, assim como os demais direitos fundamentais, apresenta uma dimensão subjetiva e objetiva. As posições subjetivas assumem a natureza defensiva (negativa), mas também direitos a prestações, ou seja, uma atuação do Estado por meio da disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa (SARLET, 2020, p. 194)¹².

Um exemplo de liberdade negativa é a vedação de coleta de dados pessoais sensíveis fora das hipóteses legais. Já o acesso aos dados (art. 18, II), a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (art. 18, III) e a requisição de informação das entidades públicas e privadas com os

¹¹ Encontra-se superada, assim, a concepção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior de que o sigilo seria um instrumento de proteção apenas das comunicações, mas não dos dados armazenados. Ressalte-se, contudo, que o autor embora considerasse que a proteção constitucional do sigilo não alcançasse dados armazenados (art. 5º, XII), o acesso a eles ainda estaria albergado pela garantia constitucional da privacidade, caso fossem relevantes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do cidadão (art. 5º, X) (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 67). Concluem os autores: “O dilema entre a inviolabilidade dos dados em trânsito e a vulnerabilidade dos dados armazenados, na leitura de Ferraz Júnior, é falso: mesmo reconhecendo a distinção entre dados em fluxo de comunicação e dados estáticos, esses últimos podem estar abarcados com proteção máxima à intimidade de seu titular” (2020, p. 74).

¹² “Quanto aos efeitos gerados por essa proteção, amoldando-a ao conceito de autodeterminação informativa, é possível pensá-los a partir de uma dupla dimensão. De um lado, (a) essa proteção se desdobra como liberdade negativa do cidadão, oponível diante do Estado, demarcando seu espaço individual de não intervenção estatal (dimensão subjetiva). De outro lado, (b) ela estabelece um dever de atuação estatal protetiva no sentido de estabelecer condições e procedimentos aptos a garantir o exercício e a fruição desse direito fundamental (dimensão objetiva)” (MENDES; RODRIGUES JÚNIOR; FONSECA, 2021, p. 86).

quais o controlador realizou o compartilhamento de dados (art. 18, VII) inserem-se no contexto de liberdades positivas.

O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais operam, dessa forma, sob lógicas distintas: “as regras jurídicas da privacidade como sigilo sobre certas informações servem como ferramentas de ‘opacidade’ - isto é, criam espécies de zonas de não interferência alheia e assim impõem limites substantivos aos poderes público e privado”. Já o direito à proteção de dados pessoais busca oferecer uma ampla estrutura de proteção regulatória quanto às operações de tratamento de dados (ABREU, 2021, p. 592).

Essas divergências parecem explicar por que Ingo Sarlet, por exemplo, entendia que o fundamento constitucional direto mais próximo do direito fundamental à proteção de dados seria o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e não o direito à privacidade (2020, p. 185).

Portanto, antes da incorporação pela EC 115/2022, a melhor construção dogmática situava o direito à proteção de dados pessoais como um direito da personalidade autônomo e um direito fundamental implícito, mas sob permanente diálogo com outros direitos da personalidade e/ou direitos fundamentais além do direito à privacidade. A previsão do direito à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais corroborou esse entendimento.

A LGPD, embora tenha sido publicada antes da EC 115/2022, parece ter adotado essa opção dogmática. Segundo art. 2º, a proteção de dados pessoais tem como fundamentos não só o respeito à privacidade, como uma série de outros direitos, como a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III), o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (inciso V) e a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (inciso VI).

Corroborando esse entendimento, princípios como o da qualidade dos dados na perspectiva do direito de retificação dos dados (art. 6º, V) e do não discriminação (art. 6º, IX), vedando a realização de tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, dialogam muito mais com os direitos da identidade do sujeito e com o direito à igualdade¹³, do que com o direito à privacidade em si.

¹³ “Ademais, a disciplina da proteção de dados pessoais passa a envolver outra questão, anteriormente ignorada: o problema da igualdade. A igualdade se apresenta como m tema para essa disciplina, na medida em que a vigilância realizada por organismos privados ou estatais, a partir de informações obtidas em bancos de dados, pode acarretar a seleção e a classificação dos indivíduos, de modo a afetar expressivamente as suas oportunidades de vida na sociedade” (MENDES, 2014, p. 37).

3 DA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DO SIGILO COMO ÚNICO INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E APLICAÇÃO ÀS EXCEÇÕES LEGAIS DA LGPD

A maior parte das relações do indivíduo com o Estado até o advento da LGPD era estruturada na forma de liberdades negativas por meio da invocação do direito à privacidade e do seu instrumento - o sigilo - por parte do indivíduo frente ao Estado.

Essa perspectiva reducionista de apenas um direito - privacidade - e um instrumento - sigilo - era atenuada pela previsão de direitos e garantias na Constituição, como o habeas data (art. 5.º, LXXII), e na legislação infraconstitucional, na forma da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), por exemplo.

Na ausência de uma norma geral de proteção de dados, o indivíduo invocava o sigilo como forma de resistir à intromissão do Estado (liberdade negativa) ou fazia uso de alguns dos direitos e garantias citados (liberdades positivas).

A superposição entre a proteção oferecida pelo direito à privacidade e a proteção oferecida pelo direito à proteção de dados pessoais é apenas relativa:

Isso não altera o fato de haver uma distinção entre essas duas concepções: a privacidade pode ir além do direito à proteção de dados em sua exigência de proteção, e a proteção de dados também pode ir além da privacidade. Isso se mostra principalmente a partir do fato de que, segundo a compreensão europeia do direito, também existe uma proteção de dados pessoais na esfera pública, por exemplo, em praças públicas, ou na escola, ou no local de trabalho. Inversamente, os obstáculos, por exemplo, para intervenções policiais na privacidade, na moradia ou em anotações pessoais, são claramente maiores do que os obstáculos para intervenções policiais em dados pessoais. Por conseguinte, a privacidade e a proteção de dados podem se fortalecer e complementar mutuamente; o direito protetivo que seja mais forte em cada caso define o padrão de proteção (DÖHMANN, 2020, p. 116).

Além disso, o sigilo, caracterizado pela instrumentalidade, é uma faculdade também à disposição da sociedade e do Estado, neste caso, não como um instrumento do direito à privacidade, mas como proteção da

segurança da sociedade e do Estado¹⁴ ou para viabilizar a elucidação do fato ou no interesse da sociedade em uma investigação criminal¹⁵:

Note-se, pois, que a faculdade de resistir ao devassamento (de manter sigilo), conteúdo estrutural de diferentes direitos fundamentais, não é um fim em si mesmo, parte indiscernível de um direito fundamental (uma espécie de direito fundamental da pessoa ao sigilo), mas um instrumento fundamental, cuja essência é a assessoriedade. A inviolabilidade do sigilo, como tal, pode garantir o indivíduo e sua privacidade, ou a privacidade de terceiros, ou ainda a segurança da sociedade e do Estado (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 444).

A inviolabilidade do sigilo não é, portanto, exclusiva ao direito à privacidade, ou seja, é *conditio sine qua non* (condição), mas não é *conditio per quam* (causa) do direito fundamental à privacidade (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445).

A tradição jurídica que confere a determinados categorias de dados pessoais como dados sigilosos remete à noção do direito à privacidade, que, por sua vez, opera sob o paradigma do “público x privado”. A privacidade então é reduzida ao sigilo, calibrando o caráter sigiloso de uma informação de acordo com a qualidade íntima da informação ou da atividade que o gera (ABREU, 2021, p. 588).

Há, assim, diferentes graus de sigilo: embora todos exijam autorização judicial para o afastamento, em tese, o ônus argumentativo no caso da quebra de dados mais “íntimos” é maior (ABREU, 2021, p. 589).

ALGPD busca mudar esse paradigma ao prever princípios e direitos do titular que vão além do direito à privacidade e da faculdade do sigilo (liberdade negativa), dotando o indivíduo de instrumentos que resultem em prestações positivas por parte do Estado.

Além disso, antes da LGPD, os dados pessoais não considerados íntimos o suficiente para merecer a invocação do sigilo não receberiam, em tese, a devida proteção.

Os dados cadastrais, por exemplo, como nome, endereço, estado civil, filiação, e que “condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade,

¹⁴ Segundo o artigo 5º, XXXIII, da CF, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Este inciso veio a ser regulamentado pela Lei nº. 12.527/2011, denominada de Lei de Acesso à Informação.

¹⁵ De acordo com o artigo 20 do Código de Processo Penal, a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 449), embora não estejam protegidos sob o manto do direito à privacidade, são considerados dados pessoais, na medida em que trata-se de uma informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, na definição do art. 5º, I, da LGPD. Contam, dessa forma, com a proteção do direito autônomo à proteção de dados pessoais.

É sob essa ótica, portanto, que se propõe a análise das exceções legais previstas no art. 4º, III da LGPD. Segundo o §3º, eventual legislação específica que venha a ser editada sobre o tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais deve prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD¹⁶.

O devido processo legal, garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV, foi estruturado na LGPD sob a forma de diversos procedimentos previstos para fazer valer os direitos do titular. Portanto, eventual legislação deverá obedecer a esses procedimentos previstos na LGPD. Os princípios gerais de proteção estão previstos no art. 6º da LGPD, enquanto os direitos do titular estão discriminados no Capítulo III (arts. 17 a 22).

Por óbvio, a observância do devido processo legal, dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular devem levar em consideração o sopesamento dos interesses de outros indivíduos, da sociedade e do próprio Estado.

Quanto ao Estado, quando este executa as atividades excepcionadas pela LGPD, também possui à sua disposição a faculdade do sigilo, invocada com o fim de proteger os interesses e viabilizar a consecução dos objetivos do Estado nas áreas de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado e nas atividades de investigação e repressão de infrações penais.

As hipóteses previstas no art. 4º, III referem-se a atividades exercidas por diferentes agências e órgãos estatais, inseridas por sua vez em diferentes ramos do direito, como o Direito Administrativo (“segurança pública” na ênfase preventiva), Direito Militar (“defesa nacional”), Inteligência (“segurança do Estado”) e Direito Processual Penal (“atividades de investigação e repressão de infrações penais”) (ABREU, 2021, p. 602).

¹⁶ Há entendimento de que antes da edição de lei específica sobre cada um desses temas, essas atividades de tratamento de dados já devem seguir os princípios e direitos previstos na LGPD, pois deverão ser observados no futuro (ABREU, 2021, p. 601).

Assim, a proteção de dados pessoais nessas atividades excepcionadas deve, ainda, dialogar com esses ramos jurídicos específicos, bem como com as normas setoriais que buscam garantir direitos e garantias fundamentais dos indivíduos frente ao Estado e que vão além do direito à privacidade, como os já referidos *habeas data*, a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet.

A LGPD - e a legislação que venha a disciplinar as exceções legais - impõe, assim, não o abandono da proteção conferida pelo direito à privacidade, pelo instrumento do sigilo, pela proteção por normas setoriais e pelos ramos jurídicos específicos, mas a observância também do devido processo, dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular, buscando, assim, tutelar de forma efetiva a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O artigo demonstrou que os avanços tecnológicos no âmbito da denominada Sociedade da Informação acarretaram mudanças que tornaram insuficientes a proteção da dignidade da pessoa humana unicamente por meio do direito à privacidade sob a perspectiva do direito de ser deixado a só.

Esse direito à privacidade sob a perspectiva de ser deixado a só era marcadamente tido como uma liberdade negativa, e previa apenas o sigilo como instrumento para resistir a eventuais violações por parte de terceiros.

O direito à proteção de dados pessoais surge, então, como um direito que prevê tanto liberdades negativas como liberdades positivas, e que foi sendo consolidado por meio de gerações de marcos regulatórios, sempre levando em consideração de um lado as tecnologias à disposição do setor público e privado, e do outro os direitos do indivíduo e formas de garanti-los.

Dogmaticamente, situava-se o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo ao direito à privacidade e direito fundamental implícito.

Essa alocação dogmática trazia como consequências imediatas dotar o indivíduo de direitos que vão além de eventual resistência à intromissão e apontar as zonas de contato do direito à proteção de dados pessoais não só com o direito à privacidade, mas com outros direitos, como a liberdade, a igualdade e transparência. A incorporação do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental explícito pela EC 115/2022 corroborou esse entendimento.

A proposta é que a análise das exceções legais previstos no art. 4º, III, da LGPD, seja orientada pela superação do paradigma do sigilo como único instrumento para proteção dos dados pessoais, pois o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular, aos

quais a legislação futura deverá obedecer, traz instrumentos que resultam em prestações positivas por parte do Estado.

A conceituação de dados pessoais previstos na LGPD também protege dados que não contavam com a proteção do instrumento do sigilo, como é o caso da categoria de dados cadastrais.

Por fim, proteger os dados pessoais não significa abandonar outras esferas de proteção, como aquelas proporcionadas i) por outros direitos e garantias fundamentais, como a própria privacidade, a liberdade e a igualdade, ii) por normas setoriais, como a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet e iii) por outros ramos jurídicos, como o Direito Administrativo, o Direito Militar e o Direito Processual Penal, pois todos visam, em última instância, tutelar a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. S. Tratamento de Dados Pessoais para Segurança Pública: Contornos do Regime Jurídico Pós-LGPD. In: MENDES, L.; DONEDA, D.; SARLET, I. W. et al. (Coord.) **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 587-607.

BARROSO, L. R. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, 2012, p. 127-196

BAUMAN, Z.; LYON, D. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros Rio de Janeiro: Zahar, 2013

BESSA, L. R. **O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

BIONI, B. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

DOHAMANN, I. S. G. A proteção de dados pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. In: MENDES, L.; DONEDA, D.; SARLET, I. W. et al. (Coord.) **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97-113.

DONEDA, D. C. M. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1993. p. 430-459.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O.; FONSECA, G. C. S. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção Constitucional dos Dados Pessoais: Rumo a um Direito Fundamental Autônomo. In: MENDES, L.; DONEDA, D.; SARLET, I. W. et al. (Coord.) **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 40-78

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

QUEIROZ, R. M. R., PONCE, P. P. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. **Revista Internet & Sociedade**, 2020, p. 64-90.

TEPEDINO, G. **Temas de Direito Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

SARLET, I. W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, 2020. p. 179-218.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, p. 123-220, 1890.

PARA UMA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DA BIOPOLÍTICA

FOR A CRITIQUE OF HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF BIOPOLITICS

André Simões Chacon Bruno*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O que se compreende por uma teoria tradicional dos direitos humanos. 3 Sobre a crítica biopolítica da teoria tradicional dos direitos humanos. 4 Marx, Arendt e Agamben: abstratidade e formalidade dos direitos humanos, ou “A sacralidade da nudez de ser unicamente humano”. 5 O campo e a bifrontalidade dos direitos humanos. 6 Considerações finais.

RESUMO: A presente pesquisa possui como principal objetivo realizar uma crítica biopolítica dos direitos humanos. Para sua consecução, foi proposta, em primeiro lugar, a partir de um diálogo com a história do direito, uma genealogia do moderno sujeito de direito, a base jurídico-filosófica da ideia de direitos humanos, e que foi aqui identificada como uma teoria tradicional dos direitos humanos. Depois, buscou-se apresentar, em um segundo momento, as radicais críticas de Karl Marx e de Hannah Arendt quanto a abstratidade e mera formalidade das declarações de direitos humanos. Por fim, tendo como base sobretudo a contribuição fornecida pelos aportes teóricos de Giorgio Agamben, foi promovida uma crítica dos direitos humanos na era da biopolítica, a qual tem como principal desiderato denunciar as aporias que ficam veladas numa teoria tradicional dos direitos humanos, uma vez que esta possui, como ponto de fuga irretirável, a figura do refugiado, o conceito-limite que põe em radical crise as categorias fundamentais do Estado-nação e a própria ideia de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; biopolítica; Filosofia do Direito; Giorgio Agamben.

ABSTRACT: *This research has as its main objective to carry out a biopolitical critique of human rights. To achieve this, it was first proposed, from a dialogue with the legal history, a genealogy of the modern subject of law, the legal-philosophical basis of the idea of human rights, which was here identified as a traditional theory of human rights. Then, we sought to present, in a second moment, the powerful critiques of Karl Marx and Hannah Arendt regarding the abstractness and mere formality of human rights declarations. Finally, based mainly on Giorgio Agamben's theoretical contributions, it was promoted a critique of human rights in the era of biopolitics, whose main aim is to denounce the apories that are veiled in a traditional theory of human rights, since it has the figure of the refugee as an irretrievable escaping point, the limit-concept that puts the fundamental categories of the nation-state and the very idea of human rights in a radical crisis.*

Keywords: *Human Rights; biopolitics; Philosophy of Law; Giorgio Agamben.*

* Mestre e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5032-1855>.

Artigo recebido em 27/11/2020 e aceito em 30/01/2023.

Como citar: BRUNO, André Simões Chacon. Para uma crítica dos direitos humanos na era da biopolítica. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 44, p. 243, jul./dez. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Desde então vivemos juntos; seria uma vida pacífica se um sexto não se imiscuísse sempre. Ele não nos faz nada, mas nos aborrece, e isso basta: por que é que ele se intromete à força onde não querem saber dele? Não o conhecemos e não queremos acolhê-lo. Nós cinco também não nos conhecíamos antes e, se quiserem, ainda agora não nos conhecemos um ao outro; mas o que entre nós cinco é possível e tolerado não o é com o sexto. Além do mais somos cinco e não queremos ser seis. [...] Longas explicações significariam, em nosso círculo, quase uma acolhida, por isso preferimos não explicar nada e não o acolhemos. Por mais que ele torça os lábios, nós o repelimos com o cotovelo; no entanto, por mais que o afastemos, ele volta sempre. “Comunidade”, de Franz Kafka (2002).

Há muito a ser debatido em torno dos direitos humanos. Aliás, sempre houve. Esta é uma afirmação que poucos discordariam. No entanto, num tempo e num país onde as diversas formas da violência [simbólica, física, política e social, nos termos de Crettiez (2011, ps. 12-21)] encontram-se imperantes, reinando incontestes como formas privilegiadas de ação social, entende-se que o assunto e sua problemática retomam sua vigência e validade.¹ Os direitos humanos e suas controvérsias são um daqueles assuntos que, sobretudo no Brasil, nunca caducam, tendo em vista que as diversas causas das formas de violência, opressão e sofrimento social por aqui instituídas possuem o péssimo hábito de não serem jamais estruturalmente, logo, efetivamente, endereçadas, e, assim, continuam sempre tendo lugar.

A questão seria um tanto quanto menos problemática se a única questão que devesse ser debatida fosse apenas aquela concernente às formas de melhor se assegurar, proteger e garantir direitos humanos. Um grande problema reside, todavia, no fato de que o tema, intrinsecamente polêmico, goza de má reputação hodiernamente, sendo objeto das mais diversas críticas

¹ Apenas à maneira de exemplo, podemos citar o caso brasileiro. No diagnóstico acurado de Eduardo Bittar (2018, p. 14), acompanhado de um forte lastro empírico, a situação atual do Brasil “é de enfraquecimento da democracia, crise de representatividade política, pandemia de violência, virulência do neoconservadorismo, ampliação das desigualdades socioeconômicas, aumento das expressões da opinião pública autoritária, ampliação das injustiças sociais e insegurança generalizada. A desconfiança, a instabilidade e a polarização política são as marcas do cenário social do Brasil contemporâneo”. Seu texto é de 2018. Não há dúvidas de que, de 2018 até hoje, sobretudo após a insurgência da Pandemia do Covid-19 e o aprofundamento da onipresente crise econômica, todos estes traços se ampliaram sobremaneira.

dos mais variados espectros políticos e ideologias, algumas realizadas de boa-fé - atuando seja no sentido de procurar maneiras de melhorar o sistema de proteção aos direitos humanos, seja no de buscar outras formas emancipatórias, para além dos sistemas existentes - e outras, porém, nem tanto, tencionando a desnecessidade e, até mesmo, o próprio fim dos direitos humanos. Deste tipo crítica não se discorrerá aqui. O foco deste ensaio reside no enquadramento dos entusiastas, de quem reconhece e reafirma a importância dos direitos humanos. Mas, mesmo neste caso, é sabido que a teoria dos direitos humanos possui diversas insuficiências, fraquezas e problemas, os quais, embora necessitem ser endereçados e devidamente enfrentados, muito frequentemente não o são. Eis, portanto, nosso problema e nosso exercício: como pensar as aporias inerentes ao tema dos direitos humanos, buscando não sua derrocada, mas sua melhoria? Não seu fim, mas sua real concreção?

O lugar teórico no qual nos movemos, o da filosofia e teoria geral do direito, insiste que o tema seja tratado a partir de dois planos: primeiro, o do direito. Neste, o que se almeja é demonstrar a nascitura do moderno sujeito de direito, a base jurídico-filosófica sobre a qual se assenta a ideia de direitos humanos. Quanto a isto, se verificará o que será aqui designado como o modo de funcionamento de uma teoria tradicional dos direitos humanos. O segundo plano, porém, é o da filosofia. E, neste âmbito, o que se verifica é a necessidade de operar sob um panorama biopolítico,² uma vez que, conforme propõe Giorgio Agamben (2010, p. 117), “Somente porque em nosso tempo a política se tornou integralmente biopolítica, ela pôde constituir-se em uma proporção antes desconhecida como política totalitária”. Nesse sentido, as contribuições trazidas por Agamben, mas também por Karl Marx e Hannah Arendt, que serão os principais autores, embora não os únicos, a colaborarem neste plano, permitem que sejam construídos aportes para uma crítica dos direitos humanos na era da biopolítica. Esta, por sua vez, tem como principal desiderato demonstrar o que fica velado, inobservado ou esquecido, enfim,

²Mais especificamente, neste trabalho, pela acepção que o filósofo italiano Giorgio Agamben dá a este termo. O termo, popularizado na contemporaneidade a partir dos trabalhos de Michel Foucault, não foi, no entanto, por ele cunhado. Em verdade, segundo Roberto Esposito (2017, p. 19), Foucault repropôs e requalificou este conceito, o que veio a acarretar uma profunda modificação em todo o espectro da filosofia política, de modo que a noção de biopolítica, a partir desse momento, não apenas se instalou no centro do debate internacional, mas abriu mesmo uma fase inteiramente nova na reflexão contemporânea. Foucault procura se distanciar, contudo, do fenômeno da soberania ao falar da biopolítica, ao contrário de Agamben, o qual “parte do modelo jurídico-político da soberania, poder de retirada e deriva mortal, procurando justamente nele o ponto de ligação com o poder. A deriva mortal, a implicação da vida no poder soberano é, para Agamben, o verdadeiro significado da biopolítica. Fica claro que existe uma evidente correção de rumo mais do que, como afirma o filósofo, uma extensão da análise Foucaultiana” (BAZZICALUPO, 2017, p. 95).

as diversas aporias que podem ser encontradas numa teoria tradicional dos direitos humanos, a qual possui, no âmbito de nossa crítica, como ponto de fuga irretroatável a figura do refugiado, o conceito-limite que põe em radical crise as categorias fundamentais do Estado-nação e a própria ideia de direitos humanos.

Desta forma, se o plano de fundo desta crítica se situa num horizonte biopolítico, isto se dá, por sua vez, porque o rio da biopolítica, que corre contínua e subterraneamente, carrega consigo as formas de vida e lhes imprime sua insígnia, de tal modo que, a partir de certo ponto, é como se em todo grande evento político decisivo se pudesse enxergar uma dupla face: de um lado, os indivíduos, as liberdades e os direitos; porém, de outro, “a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam libertar-se” (AGAMBEN, 2010, p. 118).

1 O QUE SE COMPREENDE POR UMA TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Num primeiro movimento, se procurará promover uma proposta de genealogia teórica acerca da noção de sujeito de direito, pois o seu sucesso na filosofia do direito produzida na modernidade veio a indubitavelmente guiar a fortuna de toda a teoria do direito que lhe sucedeu, promovendo uma verdadeira revolução, ao menos em termos teóricos, na forma de compreensão do jus. Pois, a partir da sua construção pelos teóricos modernos, toda a teoria do direito passou a ter a noção do sujeito de direito como a categoria central, primária, ao redor da qual tudo o mais gravita, o que é ainda mais verdadeiro em se tratando da teoria dos direitos humanos. É, portanto, para nossos fins, todo este edifício que será aqui entendido como uma “teoria tradicional” dos direitos humanos.

Nesse sentido, o que é mais característico na expressão “direito subjetivo”, segundo Michel Villey (2009, p. 253), em seu sentido mais autêntico e originário, é a aplicação do selo do direito, a rubrica do jurídico, isto é, da força normativa do direito, a uma faculdade do sujeito, a um de seus poderes. Isso pode ser exemplificado pelo direito subjetivo de propriedade, ou seja, o poder de usar, desfrutar e dispor da coisa, que se atribui ao proprietário, ele mesmo garantido, sancionado pelo direito. Desta forma, pode-se dizer que essa complexa noção é o resultado da associação de duas ideias: a de direito e a de poder. Mas esta noção, hodiernamente tão comum e até mesmo banal, não é a que sempre vigeu, não podendo ser encontrada na antiguidade clássica, não em Roma, tampouco na maior parte da Idade Média.

A compreensão do jus que reinava na linguagem jurídica clássica era uma linguagem objetiva, que visava um mundo de coisas, de bens exteriores, pois é apenas nas coisas e na partilha que delas se faz que se manifesta a relação jurídica, a qual se dava entre pessoas. O que estava por trás desta compreensão era a filosofia clássica do direito natural, a de Aristóteles e sua escola (São Tomás), a qual construía a ciência jurídica sobre a natureza.³ Contudo, não se tratava aqui da “natureza do homem”, como será o caso dos modernos, mas a “natureza cósmica”: “o jurista descobre o direito pela observação da ordem presente no corpo social natural, de onde só podem extrair relações, proporções, conclusões objetivas” (VILLEY, 2009, p. 253). Para esta compreensão, o jus (o direito) consistia naquilo que é justo, a justa relação objetiva, de forma que o objeto da arte jurídica residia precisamente na partilha.⁴ Mais especificamente, ainda, o jus designava a parte que cada uma recebe segundo a justiça, uma vez que a justiça tem como objetivo atribuir a cada um o seu direito - o consagrado “*suum jus cuique tribuere*” dos romanos, o qual segue, como se sabe, a concepção aristotélica de justiça particular (DOUZINAS, 2009, p. 61). O jus designava, portanto, a justa parte de cada cidadão na sua relação com os outros, de modo que eles, assim, não constituíam direitos individuais, mas entidades reais no mundo, relações objetivas (geralmente eram coisas, especialmente objetos incorpóreos, inclusos aí também instituições, como o casamento, a paternidade ou o comércio, por exemplo) entre cidadãos (DOUZINAS, 2009, p. 62). A linguagem dos modernos, por outro lado, é uma linguagem

³ Nesse sentido, é prudente observar, no entanto, que entre a experiência dos juriconsultos romanos - muito influenciada por Aristóteles - e a escolástica tomista muito tempo se passou, sob o qual a doutrina de maior prevalência foi a de Santo Agostinho. E, para o agostinismo jurídico, doutrina eminentemente voluntarista, a única fonte de direito era a vontade de Deus; vontade geral e imperativa, revelada parcialmente pelas Escrituras e manifestada na ordenação providencial da história. Contudo, entre as diversas mudanças sociais ocorridas na baixa Idade Média, uma das mais importantes foi o advento da escolástica (o “saber das escolas”), sobretudo a de São Tomás de Aquino, momento no qual há uma retomada do saber profano, especialmente de Aristóteles. E, para este pensamento, “[...] o direito contido nas Escrituras (direito divino) ou aquele ditado pelos reis (direito positivo) não eram os elementos decisivos para encontrar o *iustum*, a solução justa, que constituía o corpo do direito (*ius est quod iustum est*, o direito é o que é justo). Esse *iustum*, esse direito decisivo, era anterior a todo direito positivo, estava inscrito numa ordem natural, estabelecida por Deus, mas à qual Ele próprio obedecia” (HESPANHA, 2019, ps. 209-212).

⁴ Pensando em termos aristotélicos, a justiça, entendida como “*dikaion*”, correspondia a “[...] um estado de coisas no mundo, uma distribuição de coisas ou a divisão justa decidida pelo juiz e, na qualidade de objeto da justiça, o objetivo dos atos humanos e o resultado de uma consideração judicial. Na forma de arte jurídica, *dikaion* visa a uma proporção correta entre as coisas ou ‘uma relação externa a ser estabelecida entre as pessoas com base nas coisas’”; ou seja, nesta concepção, “O jurista não se ocupa da defesa das prerrogativas ou dos direitos individuais, mas da observação da ordem cósmica ou cívica, da qual ele deriva sua orientação” (DOUZINAS, 2009, p. 54).

individualista, centrada no sujeito. Ela possui a tendência de conceber as “qualidades” ou as “faculdades” do sujeito em particular, abstraídas da “natureza humana” do ser individual, e, assim, de exprimir as forças que se irradiam de seu ser, onde encontrar-se-ão poderes, entendida esta palavra como uma capacidade da pessoa, a qual é inerente ao sujeito, ou seja, no sentido subjetivo. Consequentemente, este poder é, inicialmente, concebido de maneira ilimitada (VILLEY, 2009, ps. 253-255).

Nesse sentido, pode-se dizer também, com Costas Douzinas (2009, p. 37), que os direitos humanos, formados por esta compreensão individualista do direito subjetivo,

[...] são tanto criações quanto criadores da modernidade, a maior invenção política e jurídica da filosofia política e da jurisprudência modernas. Seu caráter moderno pode ser encontrado em todas as suas características essenciais. Primeiramente, eles marcam uma profunda mudança no pensamento político de dever para direito, de civitas e communitas para civilização e humanidade. Em segundo lugar, invertem a prioridade tradicional entre indivíduo e sociedade. O Direito Natural clássico e medieval expressava uma ordem correta do cosmos e das comunidades humanas dentro dele, uma ordem que dava ao cidadão seu lugar, sua hora e sua dignidade, ao passo que a modernidade emancipa a pessoa humana, transforma o cidadão em indivíduo e o situa no centro da organização social e política.

Percebe-se, portanto, como há uma grande diferença entre a linguagem e o sentido do jus na linguagem jurídica clássica e na linguagem jurídica moderna. Mas qual teria sido, então, o ponto de mutação? Seguindo Villey (2003, ps. 130-131), pode-se reconhecer esta virada na derrocada da filosofia natural clássica que se sucedeu a partir do sucesso do individualismo

proveniente do nominalismo,⁵ sobretudo a partir de Guilherme de Ockham. O nominalismo é uma filosofia muito antiga, que já tinha adeptos na Antiguidade, mas que floresceu nos séculos XI e XII e conheceu seu apogeu a partir do século XIV. Seu desenvolvimento mais pleno, porém, está ligado ao nome de Ockham, teólogo franciscano, fundador da “via moderna”, o modo de pensar que veio a prevalecer sobre a “via antiqua”, o método tradicional. Assim, com a aplicação do nominalismo na esfera do direito com Ockham, o que se percebe é a eclosão, quanto as fontes do direito, do positivismo jurídico, e, quanto à sua estrutura, a da noção de direito subjetivo individual (VILLEY, 2009, p. 225).

A influência do nominalismo pode ser enxergada, em seguida, em toda a carreira da noção do sujeito de direito e da moderna construção da teoria dos direitos humanos. Nesse sentido, foi Hobbes quem veio a tirar todas as consequências do nominalismo para o direito, podendo ser considerado o fundador da filosofia do direito individualista moderna propriamente dita;⁶ pois é em Hobbes que aparece, pela primeira vez, a substituição do conceito de justiça pela ideia de direitos. Conforme escreve Douzinas (2009, ps. 83-85), sua definição do direito natural, presente no Capítulo XIV do *Leviatã*,⁷ consiste numa clara, concisa e epigramática declaração e definição

⁵ Conforme esclarece Hespanha (2019, p. 314), a ideia de que é o indivíduo, tomado isoladamente - em detrimento da ideia de levar em consideração o homem inserido num grupo, caracterizado pelas funções que aí desempenha -, que está na base do direito, remonta ao nominalismo de Duns Scotto e Guilherme de Ockham. Esta questão tem a ver com o velho debate escolástico a respeito da “querela dos universais”, na qual se opunham realistas e nominalistas. Para os primeiros, adeptos da filosofia clássica, o homem “real”, situado em certas estruturas sociais (como “pai”, “cidadão”, “filho”), possuía existência “real”, sendo que também eram reais ou naturais os direitos e deveres que desta situação decorriam. Os nominalistas, por outro lado, negavam essa “realidade”, entendendo que tais situações e relações não passam de construções mentais, uma vez que o que existem são tão somente os indivíduos isolados. Estes, por sua vez, não possuem outros direitos ou deveres senão aqueles reclamados por suas naturezas individuais ou por suas vontades. Assim, reconhece-se que é exatamente este pendor “voluntarista” e individualista do nominalismo que se encontra na base dos modernos jusnaturalismos e, também, do positivismo.

⁶ Em Michel Villey (2016, p. 146): “A noção hobbesiana do direito vincula-se à tradição de Gerson e de Guilherme de Ockham, que reduz o direito à moral, ou à ausência de lei moral geradora de liberdades. O direito é licença, permissão de agir (*of doing*). Observemos a distância que separa esse ‘direito natural’ do *dominium naturale* dos escolásticos espanhóis. O *dominium* é um poder de governo outorgado por Deus, fração de potência concedida aos homens. O *jus naturale* de Hobbes é desdobramento da ação livre do indivíduo que nenhuma lei vem entrar: emanção do próprio sujeito, autêntico direito subjetivo. Todo homem o possui por si só”.

⁷ Em Hobbes (2003, p. 112), pode-se ler que: “O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *Jus Naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”.

dos modernos direitos do homem. Não derivando os direitos mais de uma ordenação cósmica, mas exclusivamente da natureza “de cada homem”, Hobbes promove uma desidentificação entre o nomos, a lei, e o dikaion, a justiça, que para os clássicos eram inseparáveis, consistindo este, com efeito, num radical movimento, que modificaria irreversivelmente o conceito de justiça. Agora, o direito (natural) se identificou com a liberdade da lei de todas as imposições sociais,⁸ enquanto que a lei, por sua vez, já não conduz ao direito, uma vez que sua função é restringir esta mesma liberdade.⁹ Por fim, como resultado disto, o indivíduo foi separado da ordem social e instalado no centro: é, agora, o sujeito da modernidade e a origem da lei.

Daí em diante sua influência irá duradouramente persistir, aparecendo em diversos autores, sobretudo em John Locke, em quem a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (1789) - documento positivo que, juntamente com a *Declaration of Independence* (1776) e a *Bill of Rights* (1791) americanas, viriam a constituir o substrato teórico fundamental da moderna ideia de direitos humanos¹⁰ - muito se inspirou, e sobre a qual muitas críticas já foram feitas, à exemplo da crítica de Karl Marx, em *A questão judaica*, obra na qual o autor aponta como os direitos “formais”, as liberdades que foram ali enunciadas, não são para todos, mas apenas para alguns; tendo servido para a destituição da monarquia, vieram a garantir uma oligarquia, significando a dominação da classe política burguesa e a prevalência, na economia, do capitalismo (VILLEY, 2016, ps. 142-161).

Interessa saber, portanto, que a ideia do sujeito de direito não existiu desde sempre: é um produto da razão moderna e, enquanto tal, encontra-se em clara oposição em relação aos conceitos de direito e de justiça que em

⁸ “Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que o seu julgamento e razão lhe ditarem” (HOBBES, 2003, p. 112).

⁹ “Porque, embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *Jus* e *Lex*, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o direito consiste na liberdade de fazer ou omitir, ao passo que a lei determina ou abriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma questão” (HOBBES, 2003, p. 112).

¹⁰ Nesse sentido, conforme escreve Douzinas (2009, p. 99): “O impacto da Declaração Francesa, em particular, foi profundo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, seguiu de perto a Declaração Francesa, tanto em essência quanto em forma”. Ou, ainda, conforme Lynn Hunt (1996, p. 3): “*The framers of the UN declaration of 1948 closely followed the model established by the French Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789, while substituting ‘human’ for the more ambiguous ‘man’ throughout. Article 1 of the French declaration of 1789 decreed, for instance, that ‘Man are born and remain free and equal in rights’, virtually the identical language of the first article of the 1948 declaration*”.

outrora, e por tanto tempo, vigoraram. Não consistindo mais na justa divisão de uma distribuição legal, ligado a um estado de coisas no mundo, o direito passa a ser um atributo essencial do sujeito, “um poder que pertence ao indivíduo, uma qualidade essencial do sujeito” (DOUZINAS, 2009, p. 86).¹¹ E será este mesmo sujeito de direito que, considerado universal, sagrado e inalienável, se tornará a pedra angular das declarações de direitos humanos, a partir da sua posterior, e progressiva, positivação e universalização, e cujas principais características, e também otimismo, encontram-se bem ilustrados em A era dos direitos, de Norberto Bobbio (2004).

Segundo Bobbio (2004, p. 30), “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. A principal efígie deste universalismo radica-se, é claro, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, quando se alcança uma fase em que a afirmação dos direitos é, simultaneamente, universal e positiva: universal na medida em que os seus princípios tem como destinatários todos os homens e positiva porque ela põe em movimento um processo no qual, ao final, os direitos dos homens não serão mais apenas proclamados ou idealmente reconhecidos, mas efetivamente protegidos: “No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem” (BOBBIO, 2004, ps. 29-30). Direitos universais e positivos, consensualmente - e, portanto, historicamente - aceitos, razão pela qual, diz Bobbio (2004, p. 23), “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Esta conceituação “tradicional” dos direitos humanos se apresentará, por um lado, apesar de todas as muitas e diversas contradições que lhes são inerentes, indubitavelmente emancipador num primeiro momento, consistindo na justificação teórica para a defesa, proteção e enunciação de um número cada vez maior de direitos, tornados, agora, direitos humanos. Porém, como se verá, esta é apenas uma faceta da moeda.

2 SOBRE A CRÍTICA BIOPOLÍTICA DA TEORIA TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Vista uma proposta genealógica para a noção do moderno sujeito de direito, o próximo passo consiste na construção de uma crítica biopolítica

¹¹ Acompanhado, inexoravelmente, do positivismo jurídico, pois “O positivismo jurídico é o acompanhante inevitável dos direitos” (DOUZINAS, 2009, p. 92).

dos direitos humanos, a qual terá como lastro as decisivas contribuições de Marx, Arendt e, principalmente, Giorgio Agamben.

Para nos situarmos em relação ao paradigma biopolítico, podemos começar fazendo alusão à já muito trabalhada e comentada, sobretudo por diversos autores contemporâneos, como Giorgio Agamben e Roberto Esposito (2017, ps. 20-21), diferenciação promovida pelos gregos em relação à palavra “vida”. Como se sabe, para distingui-la, os gregos se serviam de dois termos, semântica e morfologicamente distintos: “*zoé*, que exprimia o simples fato do viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2010, p. 9). Trata-se, neste caso, de uma importante diferenciação, na medida em que *zoé* fazia referência à simples vida natural, o fato da mera existência biológica, enquanto que à palavra *bíos* ficava reservado o sentido mais preciso e articulado de um modo particular de vida, uma forma de vida qualificada.

No entanto, essa divisão causava, segundo Giorgio Agamben (2010, ps. 9-10), uma cisão: o âmbito da *zoé*, enquanto simples vida natural, ficava excluída da *pólis* propriamente dita, restando confinada, como mera vida reprodutiva, na esfera da *oikos*; enquanto a *bíos*, de modo oposto, identificava-se à vida politicamente qualificada, ou seja, à vida do cidadão na *pólis*.¹² Assim, é representativo que, num trecho que se tornaria canônico para a tradição política ocidental, Aristóteles defina a meta da comunidade perfeita justamente opondo o simples viver (*to zên*) à vida politicamente qualificada (*tò eû zên*); em suas palavras, “Formada a princípio para preservar a vida, a cidade subsiste para assegurar a vida boa” (ARISTÓTELES, 1998, p. 53). Segundo aponta Agamben, será em referência a esta definição que Foucault irá indicar, ao final de *A Vontade de Saber*, o processo pelo qual, nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, transformando-se a política em biopolítica: “O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política sua vida de ser vivo está

¹² E isto é muito importante, pois, conforme escreve Werner Jaeger (2013, ps. 106-107), “Só na *pólis* se pode encontrar aquilo que abrange todas as esferas da vida espiritual e humana e determina de modo decisivo a sua estrutura”. A *pólis* é, com efeito, o marco social da história da formação grega. “As palavras ‘política’ e ‘político’, derivadas de *pólis*, ainda se mantêm vivas entre nós e lembra-nos que foi com a *pólis* grega que apareceu, pela primeira vez, o que denominamos Estado - embora o termo grego possa ser traduzido tanto por Estado como por cidade”.

em questão” (FOUCAULT, 2017, ps. 154-155).¹³ Trata-se, esta referência, ao conceito de biopolítica apresentado por Foucault ao grande público em 1976, no último capítulo da História da Sexualidade 1: A vontade de saber, denominado “Direito de morte e poder sobre a vida”, e que o autor trabalhou também, sob outras perspectivas, nos cursos realizados no Collège de France: Em defesa da sociedade (1975-1976), Segurança, território população (1977-1978) e Nascimento da biopolítica (1978-1979).¹⁴ Esta tríade comporta o que se pode chamar de “cursos biopolíticos” de Michel Foucault, os quais, segundo Edgardo Castro (2014, ps. 124-125),

[...] podem ser considerados, em seu conjunto, como uma genealogia da racionalidade política moderna, na qual Foucault mostra como o exercício do poder político no contexto da estatalidade transcende os limites do dispositivo soberano. Com efeito, o funcionamento do poder político não se reduz aos mecanismos jurídicos pelos quais a lei se formula e se aplica; é exercida, também, por meio dos dispositivos do poder disciplinar e dos dispositivos de segurança que descrevem o funcionamento do biopoder. Retomando uma fórmula clássica, poderia ser dito, então, que o exercício moderno do poder político não consiste simplesmente em reinar,

¹³ A biopolítica significa, portanto, neste contexto, “[...] *una trasformazione, una cesura che avviene alle soglie della modernità, per cui il corpo vivente, la mera vita biologica, diventa la posta in gioco della politica*” (SALZANI, 2013, p. 77).

¹⁴ Para fazer apenas uma brevíssima e injusta sumarização, pode-se dizer que em *Em Defesa da Sociedade* Foucault percorre a história do século XIX sob a ótica da “estatização do biológico”, o que radicaliza a transformação do direito e da política soberana - o poder de fazer morrer ou deixar viver - no poder de “fazer viver ou deixar morrer” (BAZZICALUPO, 2017, ps. 48-49). Sobre esta transformação no exercício do poder, pode-se ler em Foucault (2017, ps. 146-149) o seguinte: “O direito que é formulado como ‘de vida e morte’ é, de fato, o direito de *causar a morte* ou de *deixar viver*. Afinal de contas, era simbolizado pelo gládio. [...] O poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culminava com o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la. Ora, a partir da época clássica, o Ocidente conheceu uma transformação muito profunda nos mecanismos de poder. O ‘confisco’ tendeu a não ser mais sua forma principal, mas somente uma peça, entre outras com funções de incitação, de reforço, de controle, de vigilância, de majoração e de organização das forças que lhe são submetidas: um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que a barrá-las, dobrá-las ou destruí-las”, de tal modo que “Pode-se dizer que o velho direito de *causar a morte* ou *deixar viver* foi substituído por um poder de *causar a vida* ou *devolver à morte*”. Já em relação aos dois outros cursos dedicados à biopolítica, pode-se dizer que “tendo como objetivo traçar a genealogia do ‘poder sobre a vida’, Foucault orienta o curso de 1978, *Segurança, território, população*, para um horizonte mais amplo, que, a seu ver, engloba a biopolítica: uma história da governamentalidade. Isso vai se repetir no curso seguinte, com o título explícito de *Nascimento da Biopolítica*, em que é feita uma análise da governamentalidade liberal” (BAZZICALUPO, 2017, ps. 53-54).

em estabelecer leis gerais, mas sobretudo em governar, em conduzir as condutas individuais e coletivas.

Em relação à biopolítica, Foucault (2017, p. 154) afirma que o “‘limiar de modernidade biológica’ de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas”. Por isso, o autor irá começar a focar em seus cursos no Collège de France, a partir de 1977, a passagem do “Estado territorial” ao “Estado de população” (FOUCAULT, 2008, p. 489), bem como o vertiginoso aumento de importância da vida biológica e da saúde da população como um problema do poder soberano, mas que se transforma, progressivamente, em “governo dos homens” (AGAMBEN, 2010, p. 11). Contudo, para além das contribuições de Michel Foucault, a perspectiva biopolítica está representada neste ensaio sobretudo pelas considerações de Giorgio Agamben, na medida em que a biopolítica se articula, para ele, no decorrer de toda a civilização ocidental, apresentando-se, porém, na modernidade, a partir da precedência da vida biológica sobre a vida política, fenômeno que ele denominou de “politização da vida nua”, a qual resulta justamente da ação do poder soberano, do qual é indissociável, de modo que, segundo Agamben (2010, p. 14), “Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano”. Nesse sentido, a implicação da vida nua na esfera política constituiria o núcleo originário da política ocidental, o que, para Agamben (2010, p. 14), implicaria na necessidade de um renovado questionamento entre a oposição aristotélica entre “viver” (zên) e “viver bem” (eû zên), uma vez que esta oposição constitui, ao mesmo tempo, “uma implicação do primeiro no segundo, da vida nua na vida politicamente qualificada”. Isso significa, por sua vez, que a nossa política teve como evento decisivo a definição de uma exclusão, uma vez que esta relação pode ser lida também como uma “exclusão inclusiva (uma exceptio) da zoé na pólis, quase como se a política fosse o lugar em que o viver deve se transformar em viver bem, e aquilo que deve ser politizado fosse desde sempre a vida nua” (AGAMBEN, 2010, p. 15). Um dos objetivos do primeiro *Homo sacer* era, pois, precisamente proceder à análise das razões e consequências desta exclusão, conforme escreve Agamben (2015a, p. 20) em *Stasis*:

Questa opposizione di “vivere” e “vivere bene” è, però, nello stesso tempo una implicazione del primo nel secondo, della famiglia nella città e della zoé nella vita politica. Uno degli scopi di *Homo sacer*. Il potere sovrano e la nuda vita era appunto quello di analizzare le ragioni e le conseguenze di questa esclusione - che è nello stesso tempo un’inclusione - della vita naturale nella politica.

Além disso, outra das principais teses apresentadas por Giorgio Agamben em seu projeto *Homo sacer* é também a de que a estrutura política fundamental em nosso tempo é o estado de exceção, o qual emerge sempre em primeiro plano e se torna, por fim, a regra.¹⁵ A criação de um estado de emergência teria se convertido, segundo o autor, numa das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, tornando-se mesmo um verdadeiro paradigma de governo, e, de modo a corroborar esta tese, Agamben (2004, ps. 24-38) expõe, no primeiro capítulo de *Estado de exceção*, de maneira ordenada por países, uma “Breve história do estado de exceção” - no qual se inclui, nas palavras de Adam Kotsko (2020, p. 112, grifo nosso), “a lengthy history of emergency powers in most modern European countries - culminating, of course, with Bush’s War on Terror”. Nesse histórico, começando pela França e ocupando-se depois da Alemanha, Suíça, Itália e Estados Unidos, Agamben aborda a evolução da doutrina constitucional e da legislação ao longo dos séculos XIX e XX, sendo que, inobstante as diferenças particulares existentes entre esses países, o sentido da evolução histórica resta muito clara: o que se tem é que o estado de exceção passa a progressivamente independer cada vez mais da ameaça bélica, que originalmente o justificava, e se desloca até as situações de emergência econômica (crises financeiras, desvalorizações drásticas),¹⁶ para, finalmente, converter-se numa prática habitual (CASTRO, 2013, p. 77). Este ilocalizável (o espaço da exceção), para o autor, funciona, pois, não na lógica normal do ordenamento jurídico, como no caso do direito penal, mas no paradigma do estado de exceção (isto é, da suspensão do direito), razão pela qual ele pode ser representado pela noção de campo, uma vez que o campo consiste justamente no espaço que

¹⁵ A tese histórico-interpretativa fornecida por Agamben (2004) consiste precisamente no fato de que, a partir da sua criação, a história do estado de exceção corresponde à história de sua progressiva emancipação a respeito de contextos e situações de guerra, para se converter, então, em um instrumento extraordinário da função de polícia que exercem os governos, tornando-se, por fim, o próprio *paradigma de governo* das democracias contemporâneas (CASTRO, 2013, p. 76); ou seja, para Agamben (2004, p. 13), “[...] o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma *técnica de governo* ameaça transformar radicalmente - e, de fato, já transformou de modo muito perceptível - a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. Além disso, a tendência em ato nas democracias ocidentais consiste também no fato de que, ainda que não se tenha eventualmente uma declaração formal do estado de exceção propriamente dito, pode ser observada a sua progressiva substituição por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo (AGAMBEN, 2004, ps. 27-28).

¹⁶ Em relação a este tema, remetemos para a obra *Constituição e estado de exceção permanente*, de Gilberto Bercovici, sobretudo para o capítulo 3, “O estado de emergência econômico e o Estado total” (BERCOVICI, 2004, ps. 65-107).

se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra (AGAMBEN, 2015b, p. 42). E, conforme escreve Agamben (2010, p. 26), “Quando nosso tempo procurou dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração. Não é o cárcere, mas o campo, na realidade, o espaço que corresponde a esta estrutura originária do *nómos*”.

Além disso, sabe-se que, dentre as diversas razões que motivaram a investigação promovida por Agamben, sobretudo no *Homo sacer I*, encontram-se duas insuficiências teóricas que o autor localiza: de um lado, em Foucault, que teria deixado de lado, em suas escavações, o local por excelência da biopolítica moderna, ou seja, a política dos grandes Estados totalitários do Novecentos, de modo que a sua pesquisa, que teria se iniciado com a reconstrução do “*grand enfermement*” nos hospitais e nas prisões, terminou por não se concluir com uma análise do campo de concentração; e, por outro lado, em Hannah Arendt, que vinte anos antes de Foucault já havia analisado em “*The Human condition*” (*A Condição Humana*) o processo que levou a vida biológica do *homo laborans* a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno - o que teria causado a transformação e a decadência do espaço público na sociedade moderna¹⁷ -, e, também, analisado a estrutura dos estados totalitários em “*Origins of totalitarianism*” (*Origens do totalitarismo*), mas que, todavia, em suas pesquisas, não abordou sob nenhum aspecto a perspectiva biopolítica (AGAMBEN, 2010, p. 116).

Desta maneira, é precisamente de forma a complementar estas “insuficiências” que o autor irá, na última parte do *Homo sacer*, abordar este problema, isto é, a relação entre biopolítica e totalitarismo, realizando um verdadeiro encontro entre estas duas potentes linhas de pensamento que, até então, não haviam se encontrado.¹⁸ Uma complementação que, por sua vez, apenas pode ser promovida num horizonte biopolítico, após sua interpenetração com o tema do totalitarismo. Mas, o que fica pressuposto nesta articulação, é um grande movimento teórico feito por Agamben. Para chegar a este ponto, o autor percorreu um caminho que o conduziu a

¹⁷ Sobre isto, conforme Assmann e Bazzanella (2012, p. 74): “A leitura que Hannah Arendt faz ao longo de toda sua obra e, de forma mais específica, em *A condição humana* (1991), procura demonstrar como na modernidade política, a *vita activa*, presente entre os gregos foi supressumida pelo trabalho e pelo labor nas sociedades de massas humanas atomizadas em processos de produção e de consumo. Tal fenômeno desdobra-se nas experiências totalitárias que o século XX vivenciou”.

¹⁸ Esta parece ser também a opinião de Daniel Arruda Nascimento (2012, p. 110): “Abrindo a terceira parte de *Homo sacer*, o filósofo se coloca entre Foucault e Arendt: o primeiro teria definido o conceito de biopolítica mas deixado de lado a análise do campo de concentração, a expressão por excelência da biopolítica moderna; a segunda teria elaborado um profícuo estudo sobre o fenômeno do totalitarismo mas deixado de aliar a este qualquer perspectiva biopolítica. O movimento pendular do seu projeto representa a tentativa de dar conta de ambos os aspectos sem desviar os olhos do que hoje demanda nossa atenção”.

interpretar a noção de soberania em termos de bando, e, também, a vida que é objeto do bando, entendida nos termos de uma vida sagrada (sacralizada), o que no contexto de seu pensamento significa dizer abandonada.¹⁹ A partir daqui Agamben problematiza, então, algumas questões centrais para a política contemporânea, as quais irão permitir o aparecimento da noção de campo, entendido como o paradigma político da modernidade. Desta forma, após a exposição destas categorias centrais do seu pensamento,²⁰ possibilita-se entrar na discussão que mais propriamente nos interessa, a discussão acerca dos direitos do homem na era da biopolítica.

Esta relação entre biopolítica e totalitarismo, contudo, somente pode ser construída a partir do conceito de vida nua,²¹ verdadeiro termo técnico na filosofia de Agamben, a qual está contida, para o autor, ainda que de modo implícito, em vários documentos que estão na base formadora e justificadora de várias de nossas instituições político-jurídicas. Sobre este termo, merece atenção o fato de que, segundo escreve Oswaldo Giacoia Junior (2018, p. 132), a vida nua não é simplesmente

[...] a vida natural, um fato biológico, mas um evento político: vida nua é o resultado político da *exceptio* da vida no Bann da soberania, isto é, da inclusão excludente da vida no interior dos cálculos e estratégias de poder e soberania. Vida nua é, portanto, um conceito central da biopolítica, que se caracteriza justamente por ser

¹⁹ Nos termos de Agamben (2010, p. 85), a vida sagrada, a vida *abandonada*, é a vida matável e insacriável do *homo sacer*: “Aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida matável e insacriável: o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da ‘origem do dogma da sacralidade da vida’. Sacra, isto é, matável e insacriável, é originalmente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono”.

²⁰ Tendo em vista o escopo deste trabalho e a limitação de espaço existente num artigo científico, não se poderá aqui exaurir estas conceituações, as quais serão tomadas como pressuposto. Para a referência, conceitos e implicações completas, consultar *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I* (AGAMBEN, 2010). Além disso, de forma complementar, sobre o conceito de biopolítica presente em Agamben, ver Bruno (2020); e, quanto ao tema do estado de exceção, conferir Bruno (2019).

²¹ O conceito de *vida nua*, de acordo com Leland De la Durantaye (2009, p. 203), não é uma criação agambeniana, mas uma espécie de “citação sem aspas” que Agamben faz de Walter Benjamin. Ela aparece em Benjamin sob a sigla “*das bloße Leben*” [vida nua/mera vida] nos ensaios “Destino e caráter” e “Sobre a crítica do poder como violência”, e que Agamben a conceba como “*la nuda vita*” não fica claro para o leitor, nem no seu ensaio de 1993, “A Linguagem e a Morte”, nem em nenhum outro ensaio, senão a partir da sua aparição no primeiro *Homo sacer*.

uma política no centro da qual a vida natural ingressa como aposta em jogo, o campo de incidência da decisão soberana, enquanto poder de vida e morte, de fazer morrer ou deixar viver - ou então, em sua inversão tipicamente moderna, poder de deixar morrer e fazer viver.

Agamben aponta, nesse sentido, como primeiro registro da vida nua como novo sujeito político, um documento que é unanimemente colocado à base da democracia moderna: o writ de Habeas corpus de 1679. Quanto a isto, Agamben (2010, p. 120) chama atenção para o fato de que a fórmula, que pode ser encontrada já no século XIII para assegurar a presença física de uma pessoa diante de uma corte de justiça, não tenha em seu centro “[...] nem o velho sujeito das relações e das liberdades feudais, nem o futuro citizen, mas o puro e simples corpus”. Esta situação é extremamente representativa, pois ela desnuda o fato de não ser o homem livre, dotado de prerrogativas e direitos, o novo sujeito da política, mas apenas o corpus. O corpus, deve-se dizer, do homo sacer (o ser matável, mas insacrificável), este ser bifronte, simultaneamente portador tanto da sujeição ao poder soberano, quanto das liberdades individuais. A própria democracia moderna nasce, portanto, como a reivindicação e a exposição deste “corpo”, o que significa que o que ela colocava no centro da sua luta com o absolutismo não era a bíos, a vida politicamente qualificada do cidadão, mas a zoé, ou seja, a anônima vida nua, apanhada, como tal, no bando soberano (AGAMBEN, 2010, p. 121).

Mas, além do writ de Habeas Corpus, Agamben irá dizer que neste mesmo sentido deve ser compreendida e interpretada a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. De acordo com o autor, a declaração inscreve-se na passagem da soberania real, do antigo regime, à soberania nacional. No entanto, o que ele quer chamar atenção, aqui, é como, muito mais que a proclamação de direitos extrajurídicos e supra-históricos impostos como limitações às normas do direito positivo, o que ela promove de modo mais essencial é a inscrição da vida na estrutura dos Estados modernos, ou seja, dos direitos do homem nos do cidadão (CASTRO, 2013, p. 69). Uma inscrição, deve-se observar, biopolítica par excellence, e que está intrinsecamente ligada à noção de sujeito de direito, a base conceitual sobre a qual veio a se erigir todo o edifício jurídico da modernidade.

Sobre isto, o argumento de Agamben (2010, ps. 124-125) centra-se no fato de que o texto da Declaração de 1789, ao ligar a vida nua natural, ou seja, o puro fato do nascimento, como fonte criadora e irradiadora de direitos termina por inaugurar a biopolítica moderna. Deve-se isto ao fato de que aquilo que é posto como sendo a base do ordenamento é precisamente a vida nua natural, a qual imediatamente se dissipa na figura do “cidadão”, na qual seus direitos são “conservados”. Deste modo, é justamente porque

o elemento nativo foi inscrito no próprio coração da comunidade política que a declaração pode atribuir a soberania à “nação”, realizando, assim, a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Contudo, o que esta passagem realiza também, é, com efeito, assegurar a exceptio (ou seja, a exclusão inclusiva) da vida na nova ordem estatal, pois se antes havia somente o “sujet”, o súdito, sujeitado ao poder real, o que se tem agora é a sua transformação em “cidadão”, a figura portadora imediata da soberania. Desta forma, os princípios da natividade e da soberania, que no antigo regime eram separados, agora se unem irrevogavelmente no corpo do “sujeito soberano”, isto é, a vida sagrada pressuposta e abandonada pela lei no estado de exceção, “o portador mudo da soberania” (AGAMBEN, 2015b, p. 104), que constitui o fundamento do novo Estado-nação.²²

Este processo, por sua vez, irá produzir consequências biopolíticas que somente hoje podemos visualizar e que, afinal, não podem ser compreendidas caso se esqueça que “[...] em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido pelo princípio de soberania” (AGAMBEN, 2010, p. 125, grifo nosso). Pode-se dizer que a raiz do problema é, portanto, a ficção implícita na qual o sistema se assenta: a de que o nascimento se converte imediatamente em nação [o termo que a designa, deve-se observar, não é mera coincidência, afinal, etimologicamente nação vem do latim natio, derivado de natus, participio passado do verbo nascor, que significa justamente nascer (LAFER, 1988, p. 136)], e de que nesta equação não possa existir resíduo algum.²³ Consequentemente, deve-se pensar de maneira séria, na esteira da argumentação de Agamben (2010, p. 125), o fato de que “Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão”.

Desta forma, para Agamben, a ênfase instrumental que foi dada aos direitos do homem e a multiplicação das declarações e convenções no âmbito das organizações supranacionais no segundo pós-guerra acabaram

²² Como escreve Agamben (2015b, p. 28) em *Meios sem fim*: “Estado-nação significa: Estado que faz da natividade, do nascimento (isto é, da vida nua humana) o fundamento da própria soberania”.

²³ O que, evidentemente, não procede. Nesse sentido, conforme Agamben (2010, p. 125): “Quando, após as convulsões do sistema geopolítico da Europa que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, o resíduo removido entre nascimento e nação emerge como tal à luz, e o Estado-nação entra em uma crise duradoura, surgem então o fascismo e o nazismo, dois movimentos biopolíticos em sentido próprio, que fazem portanto da vida natural o local por excelência da decisão soberana”.

impedindo que fosse promovida uma autêntica compreensão do significado histórico deste fenômeno, de tal modo que agora

[...] é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação. As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida nua natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania (AGAMBEN, 2010, p. 124).

A argumentação empreendida por Agamben no primeiro *Homo sacer* tem como plano de fundo, no capítulo intitulado “Os direitos do homem e a biopolítica”, as considerações feitas sobre o tema por Hannah Arendt, que intitulou o quinto capítulo do seu livro sobre o imperialismo, dedicado ao problema dos apátridas,²⁴ “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem” (ARENDDT, 2012, p. 369). Seguindo os rastros deixados por Arendt, Agamben (2010, p. 123) irá explorar a íntima e necessária conexão existente entre um termo (o Estado-nação) e outro (os direitos do homem), que a autora deixou, apesar dos seus penetrantes insights sobre a questão, a seu ver, injulgada, tendo em vista que, para o autor, enquanto os ditos “direitos sagrados e inalienáveis do homem” estiverem ligados ao sistema do Estado-nação, eles estarão, em verdade, sempre que não se possa configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado, desprovidos de qualquer tutela e qualquer realidade.

²⁴ “Muito mais persistentes na realidade e muito mais profundas em suas consequências têm sido a condição de apátrida, que é o mais recente fenômeno de massa da história contemporânea, e a existência de um novo grupo humano, em contínuo crescimento, constituído de pessoas sem Estado, grupo sintomático do mundo após a Segunda Guerra Mundial” (ARENDDT, 2012, ps. 380-381).

3 MARX, ARENDT E AGAMBEN: ABSTRATALIDADE E FORMALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, OU “A SACRALIDADE DA NUDEZ DE SER UNICAMENTE HUMANO”

A crítica político-filosófica dos direitos humanos, deve-se observar, não é nova,²⁵ tendo sido já promovida, como demonstra Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 276), antes mesmo das essenciais contribuições arendtianas, por Karl Marx, que teria sido, provavelmente, o grande precursor na denúncia de mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos.

De acordo com Giacoia Junior (2008, p. 276), Marx teria denunciado, em Sobre a questão judaica, como nas primeiras declarações de direito, ou seja, as constituições americana e francesa, havia um hiato mal ocultado pelo conectivo “e”, o qual, simultaneamente, ligava e separava o homem e o cidadão, porém, encobrindo não só uma diferença, mas, muito mais que isso, encobrindo uma contradição real, que é o fato de suas relações estarem baseadas em relações sociais de domínio e exploração. Para Marx, afinal, os modernos estados nacionais, com sua superestrutura jurídico-política lastreada na forma do Estado liberal, promovem a moldura institucional exigida pela correspondente configuração da sociedade civil burguesa.

Diante desse contexto, o que se tem é somente a expressão simbólica e jurídica do domínio econômico e da hegemonia política burguesa. Tem-se nela, desta forma, a tradução legal do mesmo princípio que rege a sociedade, o princípio dos egoísmos privados. Assim, pode-se dizer que a sociedade burguesa seria, para Marx, o lugar próprio do homem natural, do homem egoísta,²⁶ ligado à esfera da necessidade e da sobrevivência, o qual termina por se tornar a antítese do homem livre, ou seja, do cidadão, que representaria o universal humano em contraposição ao particular (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 276). A organização da sociedade moderna corresponderia, deste modo, a esta mesma oposição existente entre o “homem” e o “cidadão”, como se pode apreender pelo que escreve Marx (2010, p. 53):

²⁵ A tradição crítica dos direitos humanos, no início voltada para o direito natural moderno, faz sua aparição, na verdade, em pensadores tanto à direita quanto à esquerda, no final do século XVIII e início do século XIX, podendo-se citar, por exemplo, Burke, Bentham e, sobretudo, Marx: “Edmund Burke ridicularizou sua abstração e racionalismo; Jeremy Bentham seu obscurantismo e indeterminação; Karl Marx sua íntima ligação com interesses de classe que, apesar das aparentes alegações da teoria, tornavam os direitos naturais adversos à emancipação do ser humano” (DOUZINAS, 2009, p. 122).

²⁶ “A sociedade feudal foi dissolvida em seu fundamento, no homem, só que no tipo de homem que realmente constituía esse fundamento no homem egoísta. Esse homem, o membro da sociedade burguesa, passa a ser a base, o pressuposto do Estado político. Este o reconhece como tal nos direitos humanos” (MARX, 2010, p. 52).

Por fim, o homem na qualidade de membro da sociedade burguesa é o que vale como homem propriamente dito, como o *homme* em distinção ao *citoyen*, porque ele é o homem que está mais próximo de sua existência sensível individual, ao passo que o homem político constitui apenas o homem abstraído, artificial, o homem como pessoa alegórica, moral. O homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo egoísta, o homem verdadeiro, só na forma do *citoyen* abstrato.

A análise de Marx se ergue, segundo José Paulo Netto (2020, p. 72), sobre a verificação do desdobramento fático da ordem social moderna (isto é, burguesa): de um lado, o Estado, identificado como expressão alienada dos interesses gerais, “expressão da vida genérica dos homens”, e, de outro, a sociedade civil, o espaço real dos particularismos, o reino da vida empírica e privada. Daí a distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão, bem como também a configuração das “*personae*” do burguês (o homem empiricamente existente), e do “homem” (enquanto cidadão abstrato), sendo que “Ao primeiro remetem-se como direitos naturais os direitos do homem real na sua vida factual; ao segundo, pessoa moral abstrata, remetem-se os direitos do cidadão”.

Nesta fórmula abstrata dos direitos humanos encontra-se, portanto, a pretensão burguesa à uma emancipação prenhe de uma contradição insolúvel, que é a oposição, em termos políticos, entre os direitos do homem, considerado em seu estado de indivíduo natural e egoísta, e os direitos do cidadão, considerado, desta vez, a partir do ponto de vista do seu pertencimento a uma comunidade política, ou seja, no reconhecimento de direitos civis.²⁷ A esfera do Estado constituir-se-ia, então, precisamente como o ponto em que os direitos humanos falham, pois não seria nada mais que a instância que, por meio do dispositivo jurídico, legitima e acoberta as relações de dominação sob o manto da igualdade formal, sendo responsável, portanto, por garantir e perpetuar tanto a diferença e a dominação de classe, quanto a exploração e os interesses econômicos da burguesia, a real detentora do

²⁷ Como escreve Márcio Bilharinho Naves (2014, ps. 19-20, colchetes nosso), em *Sobre a questão judaica* Marx demonstra “a insuficiência de uma emancipação que permanece no campo exclusivo da política, e não se estende ao conjunto das determinações do homem, ou seja, uma emancipação puramente política não levaria a uma emancipação humana, antes, ela seria um impedimento a essa emancipação. Por essa razão, Marx faz uma crítica à representação do Estado como esfera separada da sociedade civil e na qual os interesses gerais da coletividade estariam assegurados. [...] Como parte desse movimento crítico, Marx examina as declarações dos direitos do homem e do cidadão do período da Revolução Francesa, revelando o significado efetivo delas [como o direito do “homem egoísta”, membro da sociedade civil, separado do homem e da comunidade], mas essa crítica não representaria ainda a dissipação da ilusão jurídica, antes apenas o seu deslocamento”.

poder político (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 277). Isso significa, por sua vez, que, para Marx, enquanto viger essa cisão do homem em indivíduo e cidadão, a sua emancipação permanecerá parcial, incompleta e contraditória, sendo possível tão somente a emancipação política,²⁸ a qual não se confunde com a emancipação humana (NETTO, 2020, p. 73), uma vez que esta

[...] só estará plenamente realizada quando o homem individual real tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado ente genérico na qualidade de homem individual na sua vida empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado as suas “forces propres” [forças próprias] como forças sociais e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social na forma da força política (MARX, 2010, p. 54).

O testemunho de Marx serve aqui a um propósito: ele demonstra como desde o início a positivação dos direitos humanos vem carregada deste movimento, o qual se quer evidenciar, que é a existência ab initio de uma dialética entre homem e cidadão, presente, nestes termos, tanto na declaração de direitos francesa de 1789, quanto, deve-se notar, nos documentos proclamados na ocasião da independência dos EUA. Dialética esta que encontrou sua deplorável atestação já no início do século XX, com a alastrada crise política da gestão da cidadania que veio a assolar a Europa nos períodos entre e pós-Guerra - principalmente devido aos fenômenos de multiplicação de minorias, decorrentes dos tratados de paz que vieram a pôr fim à primeira Guerra Mundial, aos quais somaram-se a realidade daqueles denominados como seus “primos em primeiro grau”, a situação dos “povos sem Estado”, os apátridas²⁹ -, e que veio a afetar todos os Estados nacionais. Esta crise, desde então tornada permanente, expressa uma situação na qual se pode reconhecer um rompimento radical no vínculo homem-cidadão, desnudando, assim, a precariedade e a abstração da noção de direitos do homem (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 278).

²⁸ “Toda emancipação é *redução* do mundo humano e suas relações ao *próprio homem*. A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a *cidadão*, a pessoa moral” (MARX, 2010, p. 54).

²⁹ Conforme escreve Hannah Arendt (2012, p. 371, grifo nosso): “Os *apátridas* e as *minorias*, denominados com razão ‘*primos em primeiro grau*’, não dispunham de governos que os representassem e protegessem e, por isso eram forçados a viver ou sob as leis de exceção dos Tratados de Minorias - que todos os governos (com exceção da Tchecoslováquia) haviam assinado sob protesto e nunca reconheceram como lei -, ou sob condições de absoluta ausência da lei”.

O fim da primeira Guerra Mundial veio a modificar em escala numérica até então inaudita o número de pessoas que não eram bem-vindas e que também não podiam ser assimiladas em lugar algum. Esta era a realidade das displaced persons (apátridas) e dos refugiados, que, conforme escreveu Hannah Arendt, ao perderem os seus lares, vieram a perder também a sua cidadania, e, desta forma, expulsas da trindade Estado-Povo-Território, converteram-se em verdadeiros refugos da terra,³⁰ para os quais não há, em realidade, direito humano algum acessível (LAFER, 1988, p. 139). Com efeito, conforme aduz Arendt (2012, p. 397), “Os apátridas estavam tão convencidos quanto as minorias de que a perda de direitos nacionais era idêntica à perda de direitos humanos e que a primeira levava à segunda”.

O que os refugiados e os apátridas escancaram, logo, é como o fato do não pertencimento a uma comunidade política, o fato de não possuir um lugar no mundo no qual se possa fincar raízes, acaba por tornar manifesta a condição deficitária dos direitos humanos em termos de conteúdo, a despeito da sua enunciação e construção histórica.³¹ O que fica oculto na enunciação das várias dimensões de direitos, sejam eles os direitos individuais de primeira geração, os direitos coletivos de segunda geração, ou até mesmo os direitos de terceira e quarta gerações,³² o motivo pelo qual todas elas, no fim, falham, é precisamente por presumirem um direito fundamental, sem o qual todos eles perdem o sentido: a cidadania. Exatamente o direito que, no caso dos refugiados e dos apátridas, veio a surgir em primazia sob a negativa da perda de uma comunidade política (GIACCOIA JUNIOR, 2008, p. 280). Não por outra razão, aliás, seguem nesta mesma via as lúcidas lições de Hannah Arendt (2012, p. 402, grifo nosso):

Não importa como tenham sido definidos no passado (o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade, de acordo com a fórmula americana; ou a igualdade perante a lei, a liberdade, a proteção da propriedade e a soberania nacional, segundo os franceses; não importa como se procure aperfeiçoar uma fórmula tão ambígua como a busca da felicidade, ou uma fórmula antiquada como o direito indiscutível à propriedade; a verdadeira

³⁰ “Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas, quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra” (ARENDR, 2012, p. 369, grifo nosso).

³¹ As suas tensões e contradições internas, escreve Douzinas (2009, ps. 107-108), já se encontravam plenas no texto francês: “[...] no contraste entre homem e cidadão, entre princípio e exceção, entre cidadão e estrangeiro, e entre homens e mulheres, escravos, brancos, colonizados e todos aqueles excluídos de direitos políticos”.

³² Neste tema, conforme Lafer (1988, ps. 125-134).

situação daqueles a quem o século XX jogou fora do âmbito da lei mostra que esses são direitos cuja perda não leva à absoluta privação de direitos. [...] A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião - fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades - mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade.

É nesta questão que se assenta, aliás, segundo André Duarte (2000, p. 45), um dos elementos mais importantes na análise que Arendt faz sobre o totalitarismo: precisamente, este colapso da ideia de direitos humanos que veio a ocorrer a partir do momento em que se pôde visualizar a existência de pessoas consideradas indesejáveis e supérfluas por Estados que negaram-lhes conceder o direito de cidadania, negando-lhes, desta forma, seguindo a intuição de Hannah Arendt, o “direito a ter direitos”.³³ Passava a existir, assim, uma nova série de refugiados, de seres humanos desabrigados, destituídos de um lugar próprio, os quais terminam por explicitar o “paradoxo” contido na declaração dos direitos sagrados e inalienáveis do homem, isto é, o fato de que tais direitos referiam-se a um “ser humano abstrato”, o qual não se encontrava em parte alguma, enquanto que, na bruta realidade dos fenômenos, os homens concretos seguiam totalmente desprotegidos, entregues às arbitrariedades dos poderes vigentes.

Com efeito, segundo Hannah Arendt (2012, p. 408), em uma frase que poderia muito bem ter sido proferida por Agamben, “O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano”. Para atualizar Arendt com as contribuições de Agamben, poderíamos agora explicitar o sentido oculto da frase da seguinte maneira: sagrados, em realidade, eram; porém, conforme o étimo: matáveis e, todavia, insacrificáveis. Trata-se, portanto, da mesma sacralidade observada naquela obscura figura do direito romano, o *homo sacer*, a qual indica “uma vida absolutamente matável, objeto de uma violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício” (AGAMBEN, 2010, p. 87, grifo nosso).

Este excursus, que diz respeito à reconstrução das principais críticas feitas aos direitos humanos, foi, aqui, necessário. Necessário, pois é por meio dele que se pode chegar na contribuição de Agamben para este tão importante e complicado tema, tendo em vista que, para o autor, o que está em jogo nos

³³ “Só conseguimos perceber a existência de *um direito a ter direitos* (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgem milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova política global” (ARENDR, 2012, p. 403, grifo nosso).

direitos humanos é precisamente a articulação que vimos problematizando, isto é, a articulação entre o homem e o cidadão: por um lado, os refugiados, os homens que carecem ou perderam a cidadania, e, por outro, a separação entre o humanitário, que tem por objeto a vida desprovida de cidadania, e o político (CASTRO, 2013, p. 69).

É importante observar, deste modo, de que maneira Agamben inicia sua interpretação biopolítica dos direitos humanos. Ele a promove, tanto no *Homo sacer*, quanto em *Meios sem fim*, tendo como principal ponto de partida uma reflexão de Hannah Arendt (2012, p. 408, grifo nosso) sobre a situação dos refugiados, que aqui reproduzimos:

O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas - exceto que ainda eram humanos.³⁴

Como escreve Agamben em “Para além dos direitos do homem”, o problema do refugiado não só se apresenta, na Europa e fora dela, com idêntica urgência, como também, no agora irrefreável declínio do Estado-nação e na corrosão geral das suas tradicionais categorias jurídico-políticas, como sendo, talvez, a única figura pensável do povo no nosso tempo, de modo que, enquanto não for promovida a dissolução do Estado-nação e da sua soberania, continuará a ser ele a única figura na qual se pode hoje entrever as formas e os limites de uma outra política (AGAMBEN, 2015b, p. 24).

A figura dos refugiados, consoante os eventos e contextos acima tratados, tomou uma forma massiva, especialmente em nossa época, na qual houve a combinação letal de processos de exílio e desnacionalização. Pode-se exemplificar isso, por um lado, com as leis de desnacionalização e de desnaturalização aplicadas pela França a partir de 1915 aos cidadãos de origem inimiga, a qual acabou sendo seguida por diversos outros Estados europeus, como pela Bélgica em 1922, pela Itália em 1926, a Áustria em

³⁴ Esta passagem é citada por Agamben em dois de seus livros: *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I* (AGAMBEN, 2010, p. 123), e também em *Meios sem fim: notas sobre a política* (AGAMBEN, 2015b, p. 27), tendo uma grande importância, a nosso ver, em seu argumento. Vale observar, contudo, que o autor referencia esta citação a partir da obra “*Essays on understanding*”, de Hannah Arendt, na qual não encontramos a passagem correspondente, sendo possível encontra-la, como acima demonstrado, no entanto, em *Origens do totalitarismo*.

1933, mas que tem como maior insígnia, é claro, a Alemanha em 1935.³⁵ Por outro lado, esta situação também pode ser exemplificada por aqueles refugiados que optaram por renunciar às suas cidadanias originais, em razão dos perigos que corriam em seus lugares de origem (CASTRO, 2013, p. 70).

Desta forma, o refugiado, simultaneamente exilado e sem pátria, que segundo Hannah Arendt deveria encarnar os direitos do homem, mostra antes a sua crise e decadência. Por essa razão, de acordo com Agamben (2010, p. 130, grifos nossos),

É necessário desembaraçar resolutamente o conceito de refugiado (e a figura da vida que ele representa) daquele dos direitos do homem, e levar a sério a tese de Arendt, que ligava os destinos dos direitos àqueles do Estado-nação moderno, de modo que o declínio e a crise deste implicam necessariamente o tornar-se obsoleto daqueles. O refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que o conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-nação, do nexos nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma política em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos.

A propósito desta argumentação, pode-se notar como não só a figura do refugiado, a partir de uma leitura biopolítica, se configura como um conceito-limite que põe em xeque os fundamentos do moderno Estado-nação, mas como também a própria noção de “povo”,³⁶ um de seus principais pilares, por si só revela-se também como contendo, nas palavras de Agamben, uma “fratura biopolítica fundamental”.

Para o autor, toda interpretação do significado político do termo povo deve necessariamente levar em consideração a ambiguidade fundamental

³⁵ “[...] até que em 1935 as leis de Nuremberg dividiram os cidadãos alemães em cidadãos em sentido pleno e cidadãos sem direitos políticos. Essas leis - e a massa de apátridas resultantes delas - marcam uma virada decisiva na vida do Estado-nação moderno e sua definitiva emancipação das noções ingênuas de povo e cidadão” (AGAMBEN, 2015b, p. 26).

³⁶ Pois, como sugere Agamben (2015b, ps. 66-67)...: “Para quem nutre ainda alguma dúvida sobre esse propósito, uma olhada ao que está acontecendo ao nosso redor é, a partir desse ponto de vista, instrutiva: se os poderosos da terra se movem armados para defender um *Estado sem povo* (o Kuwait), *os povos sem Estado* (curdos, armênios, palestinos, bascos, judeus da diáspora) podem, ao contrário, ser oprimidos e exterminados impunemente, para que fique claro que o destino de um povo só pode ser uma identidade estatal e que o conceito de *povo* apenas tem sentido recodificado naquele de cidadania”.

do termo, que, nas línguas europeias modernas, indica simultaneamente tanto o sujeito político constitutivo como classe, quanto também, desde sempre, os pobres e os deserdados, ou seja, aqueles que estão excluídos da política³⁷ (AGAMBEN, 2015b, p. 35). De acordo com Agamben, trata-se o termo “povo” de um conceito polar: de um lado, ele representa o Povo com maiúscula, isto é, o sujeito político; porém, de outro, ele representa também o povo com minúscula, ou seja, a multiplicidade dos corpos necessitados. Esta oposição entre “Povo” e “povo” (refletida, por exemplo, em *populus* e *plebs*, povo e plebe, segundo o direito romano), por sua vez, superpõe-se com a distinção entre *bíos* e *zoé*, isto é, entre inclusão e exclusão, entre existência política (Povo) e vida nua (povo) (CASTRO, 2013, p. 71). Ou seja, pode-se dizer, nestes termos, que o “povo” traz sempre em si uma “[...] fratura biopolítica fundamental. Ele é aquilo que não pode ser incluído no todo do qual faz parte e não pode pertencer ao conjunto no qual já está desde sempre incluído” (AGAMBEN, 2015b, p. 37).

Para Agamben isto demonstra, afinal, como a constituição da espécie humana em um corpo político passa, necessariamente, por uma cisão fundamental; constituindo uma fratura biopolítica que permearia toda a política moderna. Assim, diz Agamben (2015b, p. 40):

Parafrazeando o postulado freudiano sobre a relação entre Es e Ich, poderíamos dizer que a biopolítica moderna é sustentada pelo princípio segundo o qual “onde há vida nua, um Povo deverá ser”; sob a condição, porém, de acrescentar imediatamente que tal princípio vale também na formulação inversa, que quer que “onde há um Povo, ali haverá vida nua”. A fratura, que acreditavam ter sanado eliminando o povo (os judeus que são seu símbolo), reproduz-se, assim, transformando novamente todo o povo alemão em vida sagrada votada à morte e em corpo biológico que deve ser infinitamente purificado (eliminando doentes mentais e portadores de doenças hereditárias).

³⁷“Em italiano *popolo*, em francês *peuple*, em espanhol *Pueblo* [em português *povo*] (como os adjetivos correspondentes *popolare*, *populaire*, *popular* e os latinos tardios *populus* e *popularis* dos quais todos derivam) designam, na língua comum e no léxico político, tanto o conjunto dos cidadãos como corpo político unitário (como em ‘povo italiano’ ou em ‘juiz popular’) quanto os pertencentes às classes inferiores (como em *homme du peuple*, *rione popolare*, *front populaire*). Também em inglês *people*, que tem um sentido mais indiferenciado, conserva, porém, o significado de *ordinary people* em oposição aos ricos e à nobreza. Na constituição americana lê-se, assim, sem distinção de gênero, ‘*We people of the United States...*’; mas quando Lincoln, no discurso de Gettysburgh, invoca um ‘*Government of the people by the people for the people*’, a repetição contrapõe implicitamente ao primeiro povo um outro” (AGAMBEN, 2015b, ps. 35-36).

Esta fratura biopolítica, de acordo com o autor, revela-se também na questão da eugenia moderna, ou seja, na política como decisão acerca da vida, mais especificamente, neste caso, acerca das vidas dignas ou indignas de serem vividas (CASTRO, 2013, p. 71). O que está em jogo, quanto a isto, é a questão biopolítica que estes métodos implicam, especialmente ao fato de que à soberania do homem vivente pareça corresponder imediatamente, quanto à sua vida, a fixação de um limiar além do qual ela possa cessar de ter valor jurídico e, desta forma, possa tornar-se matável sem que com isso se cometa, porém, um homicídio, assemelhando-se, nesse sentido, àquela vida nua do homo sacer. Pois, na problemática da politização da vida o que parece estar em questão, assim como no problema do estado de exceção, é aquele da decisão: de acordo com Agamben, é como se toda politização da vida implicasse em uma nova decisão a respeito do limiar no qual a vida possa deixar de ser relevante, momento a partir do qual, tornada “vida sacra”, ela se torna, então, impunemente eliminável (AGAMBEN, 2010, p. 135).

E por que motivo este debate interessa? Ele cresce em importância quando se nota o fato de que este fenômeno da sacralização das vidas, do fato de se poder assinalar um momento a partir do qual uma vida deixa de ter valor, podendo, desta forma, ser eliminada, não estava de maneira alguma restrita ao nazismo e ao fenômeno totalitário. Ele não é, de modo algum, um fenômeno do passado, mas sim algo que concerne propriamente ao cidadão moderno, pois, conforme afirma Agamben (2010, p. 135, grifo nosso),

Toda sociedade fixa este limite, toda sociedade - mesmo a mais moderna - decide quais sejam os seus “homens sacros”. É possível que este limite, do qual depende a politização e a exceptio da vida natural na ordem jurídica estatal não tenha feito mais do que alargar-se na história do Ocidente e passe hoje - no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional - necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente.

O poder de decidir sobre a vida nua, o poder que no caso do nacional-socialismo veio a se tornar a sua principal vocação, era precisamente este poder de decisão sobre a vida que seria considerada digna ou indigna de ser vivida. Não há, nesse sentido, talvez, símbolo tão expressivo do exercício desta vocação - juntamente com as câmaras de gás - que o programa de eutanásia levado a cabo por Hitler, o qual tinha por objetivo eliminar, dentre outros, os doentes mentais incuráveis. Calcula-se que o programa, que durou

algo em torno de quinze meses, tenha acabado com a vida de cerca de sessenta mil pessoas (AGAMBEN, 2010, p. 137).³⁸

Para Agamben (2010, p. 137), isso demonstra o fato de que a “vida indigna de ser vivida” não é, com toda a evidência, um conceito da ordem da ética, mas, sobretudo, um conceito político, no qual o que está em questão é a extrema metamorfose realizada, na contemporaneidade, na vida matável e insacrificável do homo sacer, sobre a qual está baseado o poder soberano. Nesse sentido, o problema da eutanásia é utilizado por Agamben como um exemplo daquilo que, enquanto dispositivo que pode operar esta troca na vida do homo sacer, somente pode fazê-la porque nela pode-se encontrar a situação na qual um homem pode separar em outro a zoé do bíos, isto é, pode encontrar e separar nele algo como uma vida nua, uma vida matável. No que tange ao exemplo do nazismo, vale ainda frisar, na perspectiva da biopolítica moderna, a eutanásia se coloca, de acordo com o autor, na intersecção soberana sobre a vida matável e a tarefa de zelar o corpo biológico da nação, ela se encontra exatamente no ponto no qual a biopolítica se converte, necessariamente, em tanatopolítica.

A tanatopolítica é, portanto, a biopolítica elevada ao seu grau mais extremo, no qual vive uma heterogeneidade complementar entre o antigo poder soberano de fazer morrer e deixar viver e o biopoder de fazer viver e deixar morrer.³⁹ Para Agamben, é exatamente este o caso dos grandes Estados totalitários do nosso tempo, como se pode notar do excerto que segue presente em O que resta de Auschwitz:

É precisamente tal heterogeneidade que, no entanto, começará a tornar-se problemática no momento de

³⁸ Quanto a isto, é interessante notar, de acordo com Hannah Arendt (1999, p. 122), como este programa aparentemente autônomo estava, na verdade, intimamente ligado ao programa de extermínio por câmaras de gás que logo se tornaria o método oficial de extermínio utilizado pelos nazistas: “Nessa atmosfera de morte violenta era especialmente eficiente o fato de a Solução Final, em seus últimos estágios, não ser efetuada por fuzilamento, portanto por meio da violência, mas nos pavilhões de gás que, do começo ao fim, estavam intimamente ligados ao ‘programa de eutanásia’, ordenado por Hitler nas primeiras semanas da guerra e aplicado aos doentes mentais da Alemanha, até a invasão da Rússia”.

³⁹ Como descreve Foucault (2010, p. 202, grifo nosso) em “*Em defesa da sociedade*”, o velho direito de soberania consistia no direito de “fazer morrer ou deixar viver”, enquanto que a biopolítica, diferentemente, consiste numa forma de governamentalidade que possui um poder inverso, o de “fazer viver ou deixar morrer”: “É eu creio que, justamente, uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania - fazer morrer ou deixar viver - com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassa-lo, modifica-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer. O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de *fazer viver e de deixar morrer*”.

afrontar a análise dos grandes Estados totalitários do nosso tempo, especialmente a do Estado nazista. Nele, uma absolutização sem precedentes do biopoder de fazer viver se cruza com uma não menos absoluta generalização do poder soberano de fazer morrer, de tal forma que a biopolítica coincide imediatamente com a tanatopolítica (AGAMBEN, 2008, p. 89).

4 O CAMPO E A BIFRONTALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O exercício desse poder, no entanto, talvez não tenha sido mais radicalizado de maneira mais evidente em nenhum outro lugar senão no campo, o lugar onde habita o intestemnhável, isto é, o “muselmann”.⁴⁰ Os “muçulmanos” (der Muselmann), por sua vez, eram o jargão pelo qual se chamavam os habitantes dos campos de concentração: “O intestemnhável tem nome. Chama-se, no jargão do campo, der Muselmann, o muçulmano” (AGAMBEN, 2008, p. 49). Mas, afinal, o que é um campo?

O campo é, entre outras coisas, o lugar onde se realizou a mais absoluta “conditio inhumana” de que se tem conhecimento sobre a terra. Contudo, ao invés de se deduzir uma definição do campo a partir dos eventos catastróficos que nele se sucederam, seguindo a abordagem de Agamben, iremos, antes, perquirir qual é a estrutura jurídico-política vigente neste espaço, que faz com que seja possível que eventos semelhantes a estes

⁴⁰ *Intestemnhável*, diz-se, seguindo a linha do que Giorgio Agamben chamou de “paradoxo de Levi”, em *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*, baseado nos relatos do químico e literato Primo Levi, sobrevivente dos campos de extermínio e um dos epígonos da literatura do testemunho. O paradoxo consiste, nas palavras de Jeanne Marie Gagnebin (2008, ps. 15-16), “[...] em afirmar que não pode haver nem verdadeira testemunha nem verdadeiro testemunho, porque os únicos que poderiam ser testemunhas autênticas foram mortos - como o foram os ‘muçulmanos’ e tantos outros” (GAGNEBIN, 2008, ps. 15-16). Quanto a isto, após ter analisado a estrutura jurídico-política dos campos, no interior do primeiro *Homo sacer*, Agamben retoma a questão em *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*, obra que demarca uma profunda mudança, pois, em vez de assumir e continuar escrevendo sobre a provocativa tese com a qual havia terminado *O poder soberano e a vida nua* - o campo como o “paradigma biopolítico” do nosso tempo -, Agamben deixa de tratar do *paradigma* do campo para tratar da *vida* nos campos e como se pode dela dar testemunho. Nesse sentido, nas palavras de Carlo Salzani (2013, p. 113): enquanto “[...] i vari studi del volume II si allontanano progressivamente da questo paradigma [da vida nua] e sviluppano una serie di altri paradigmi - non alternativi, ma di più ampia e profonda portata - per indagare la struttura formale della sovranità e del potere, il volume III del progetto, *Quel che resta di Auschwitz. L'archivio e il testimone* (1998), si centra invece proprio il polo della ‘vita’, quella vita denudata all’estremo nei campi di sterminio nazisti, di cui Auschwitz è preso a paradigma”.

venham a acontecer.⁴¹ Tratar-se-á o campo, logo, não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado, ainda que mesmo hoje eventualmente verificável, mas como uma verdadeira matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que habitamos (AGAMBEN, 2015b, p. 41).

De início, vale observar, como relata Hannah Arendt, que os campos compreendem aquele espaço formado por uma tal estrutura de dominação total que terminam por se tornar a esfera onde “tudo é possível”.⁴² Nesse sentido, segue um excerto no qual autora denuncia, porém, tanto o paradoxal fato da origem não totalitária dos campos, bem como também a sua ligação desde o início com o instituto, que viria a ser intensamente adotado no Terceiro Reich, da “custódia protetora”:

Nem mesmo os campos de concentração são invenção dos movimentos totalitários. Surgiram pela primeira vez na Guerra dos Bôeres, no começo do século XX, e continuaram a ser usados na África do Sul e na Índia para os “elementos indesejáveis”; aqui também encontramos pela primeira vez a expressão “custódia protetora”, que mais tarde foi adotada pelo Terceiro Reich. Esses campos correspondem, em muitos detalhes, aos campos de concentração do começo do regime totalitário; eram usados para “suspeitos” cujas ofensas não se podiam provar, e que não podiam ser condenados pelo processo legal comum. Tudo isso aponta claramente na direção dos métodos totalitários; [...] Mas, onde essas novas

⁴¹ Pois, de acordo com o autor, “A pergunta correta em relação aos horrores cometidos nos campos não é, portanto, aquela que questiona como foi possível cometer crimes tão atrozes contra seres humanos; mais honesto e, sobretudo, mais útil seria indagar atentamente através de quais procedimentos jurídicos e de quais dispositivos políticos seres humanos puderam ser tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até que cometer nos seus confrontos qualquer ato não parecesse mais como um delito (nesse ponto, de fato, tudo tinha se tornado realmente possível)” (AGAMBEN, 2015b, p. 44).

⁴² De acordo com Arendt (2012, p. 581, grifo nosso), “Os campos de concentração e de extermínio dos regimes totalitários servem como laboratórios onde se demonstra a crença fundamental do totalitarismo de que *tudo é possível*”. Isso somente pôde acontecer, por sua vez, porque, segundo escreveu a autora no ensaio “Social Science Techniques and the Study of Concentration Camps”, o campo de concentração tinha como objetivo a “total dominação do homem”: “The supreme goal of all totalitarian governments is not only the freely admitted, long-range ambition to global rule but also the never-admitted and immediately realized attempt at the total domination of man. The concentration camps are the laboratories in the experiment of total domination, for human nature being what it is, this goal can be achieved only under the extreme circumstances of a human-made hell. Total domination is achieved when the human person, who somehow is always a specific mixture of spontaneity and being conditioned, has been transformed into a completely conditioned being whose reactions can be calculated even when he is led to certain death” (ARENDR, 1994, p. 240).

formas de domínio adquirem a estrutura autenticamente totalitária, transcendem esse princípio, que ainda se relaciona com os motivos utilitários e o interesse dos governantes, e vão atuar numa esfera que até agora nos era completamente desconhecida: a esfera onde “tudo é possível” (ARENDR, 2012, ps. 584-585, grifo nosso).

De acordo com Agamben (2015b, ps. 41-42), fazendo coro ao relato de Arendt, os historiadores discutem se a primeira aparição dos campos encontrar-se-ia nos “campos de concentraciones” criados pelos espanhóis em Cuba, em 1896, com a finalidade de se reprimir a insurreição da população da colônia, ou nos “concentration camps”, nos quais os ingleses, no início do século XX, mataram os bôeres. Isto, no entanto, não é para nós o mais importante. O essencial é que, conforme aponta Agamben, em ambos os casos o que houve foi a extensão a uma inteira população civil de um estado de exceção ligado a uma guerra colonial. Esta é a razão, aliás, pela qual Agamben repete com firmeza como os campos nascem não do direito ordinário, mas sempre dentro do campo semântico do estado de exceção e da lei marcial.

Para Agamben (2004, p. 15), o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas sim a suspensão da própria ordem jurídica, o que define seu próprio patamar ou conceito limite. E, segundo o autor, a história deste instituto reside, a partir da sua criação, na sua progressiva emancipação a respeito de contextos e situações de guerra, para se converter em um instrumento extraordinário da função de polícia que exercem os governos, inclusive nas democracias contemporâneas. Nesse sentido, tinha-se, inicialmente, dois paradigmas, o do estado de sítio (a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempos de guerra) e o da suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais). Todavia, com o tempo, ambos os institutos acabaram convergindo para um único fenômeno jurídico, este que chamamos de estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 16-17).

Isso era ainda mais verdadeiro, evidentemente, nos lager nazistas. Conforme expõe Agamben (2015b, p. 42), a base jurídica do internamento nos lager não era o direito comum, mas a Schutzhaft (que literalmente significa “custódia protetora”), um instituto de derivação prussiana, que era às vezes classificado pelos juristas nazistas como uma medida de polícia preventiva, a qual os permitia “prender em custódia” indivíduos independentemente de quaisquer comportamentos penalmente relevantes, e que eram justificados unicamente com o “fim de evitar um perigo para a segurança do Estado”. Mas a origem da Schutzhaft está, no entanto, na lei prussiana de 4 de junho de 1871, a qual foi estendida, com exceção da Baviera, para toda a Alemanha,

e, antes ainda, na lei prussiana sobre a “proteção da liberdade pessoal” (Schutz der persönlichen Freiheit), de 12 de fevereiro de 1850, e que foram maciçamente aplicadas na ocasião da Primeira Guerra Mundial, bem como também nos anos que se seguiram à conclusão do tratado de paz. Seu fundamento jurídico residia, vale ressaltar, na proclamação do estado de sítio ou do estado de exceção, com a correspondente suspensão dos artigos constitucionais que garantiam as liberdades pessoais, e que, na Constituição de Weimar, era corporificado pelo seu artigo 48 (AGAMBEN, 2010, p. 163).

Deve-se notar, no entanto, que tanto os campos de concentração, como já relatado por Hannah Arendt, quanto o uso indiscriminado do estado de exceção como forma de governo, não foram obras do regime nazista, mas dos governos social-democráticos.⁴³ Segundo Agamben (2010, ps. 163-164), o estado de exceção, lastreado no artigo 48 da Constituição de Weimar, foi proclamado diversas vezes entre 1919 e 1924, tendo se prolongado, em alguns casos, por vários meses. Deste modo, quando os nazistas tomaram o poder e, em 28 de fevereiro de 1933, emanaram o “Verordnung zum Schutz von Volk und Staat” (Decreto para a proteção do povo e do Estado), que promovia uma suspensão indeterminada dos artigos da constituição referentes à liberdade pessoal, à liberdade de expressão e de reunião, à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo postal e telefônico, eles não fizeram nada mais, nesse sentido, que seguir uma praxe consolidada pelos governos precedentes. No entanto, diz Agamben (2010, p. 164, grifos do autor), havia no caso alemão uma novidade:

O texto do decreto que, do ponto de vista jurídico, baseava-se implicitamente no art. 48 da constituição ainda vigente e equivalia, sem dúvida, a uma proclamação do estado de exceção (“Os artigos 114, 115, 118, 123, 124 e 153 da constituição do Reich alemão - proferia o primeiro parágrafo - estão suspensos até nova ordem”) não continha, porém, em nenhum ponto a expressão *Ausnahmezustand* (estado de exceção). De fato, o decreto permaneceu em vigor até o fim do terceiro Reich, que, neste sentido, pôde ser eficazmente definido como “uma noite de S. Bartolomeu que durou 12 anos” (Drobisch e Wieland, 1993, p. 26). O estado de exceção

⁴³ “É bom não esquecer que os primeiros campos de concentração na Alemanha não foram obra do regime nazista, e sim dos governos social-democráticos que, em 1923, após a proclamação do estado de exceção, não apenas internaram com base na *Schutzhaft* milhares de militantes comunistas, mas criaram também em Cottbus-Sielow um *Konzentrationslager für Ausländer* que hospedava sobretudo refugiados hebreus orientais e que pode, portanto, ser considerado o primeiro campo para hebreus do nosso século [século XX] (mesmo que, obviamente, não se tratasse de um campo de extermínio)” (AGAMBEN, 2010, p. 163).

cessa, assim, de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo fictício e tende a confundir-se com a própria norma. Os juristas nacional socialistas estavam tão conscientes da peculiaridade de uma tal situação que, com uma expressão paradoxal, eles a definem como “um estado de exceção desejado” (einem gewolten Ausnahmezustand)”. “Através da suspensão dos direitos fundamentais” - escreve Werner Spohr, um jurista próximo ao regime - “o decreto coloca em existência um estado de exceção desejado com vistas à instauração do Estado nacional-socialista”.

Desta forma, pode-se perceber claramente o nexo constitutivo entre estado de exceção e campo de concentração, o qual dificilmente pode ser subestimado, caso se queira empreender a correta compreensão da natureza do campo e sua potencialidade letal.

Deve-se notar, ainda, a ironia presente nesta situação: a “proteção” da liberdade que estava em questão na Schutzhaft era, precisamente, proteção contra a suspensão da lei que caracteriza a emergência. O que, todavia, impõe-se como novidade, a situação para a qual Agamben quer aqui especialmente chamar atenção, é o fato de que agora, por conta deste “estado de exceção desejado”, este instituto (a Schutzhaft) desvincula-se do estado de exceção no qual se fundava para se tornar, desta forma, em vigor de forma permanente, isto é, normal (AGAMBEN, 2010, p. 164). Esta é a razão pela qual Agamben (2015b, p. 42) irá afirmar que “O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra”. Neste estado de coisas, o estado de exceção, que era em essência uma suspensão temporal do ordenamento, passa a adquirir uma ordem espacial permanente, a qual reside, porém, constantemente fora do ordenamento normal (AGAMBEN, 2015b, ps. 42-43).

É especialmente ilustrativa desta situação o fato de que, quando em março de 1933, na ocasião das celebrações pela eleição de Hitler como chanceler do Reich, Himmler decide criar um “campo de concentração para prisioneiros políticos” em Dachau, este foi imediatamente confiado às SS e, por meio da Schutzhaft, colocada fora das regras do direito penal e do direito carcerário, com os quais jamais viria a manter alguma relação. Desta forma, a despeito de todas as circulares, instruções e telegramas frequentemente contraditórios com os quais, após o Decreto de 28 de fevereiro, tanto as autoridades do Reich, como também aquelas responsáveis por cada Länder, procuraram manter o funcionamento da Schutzhaft da maneira mais indeterminada possível, a sua absoluta independência de todo controle judiciário e de toda e qualquer referência ao ordenamento jurídico foi constantemente confirmada. Assim, como consequência, seguindo as

novas concepções dos juristas do Reich (como recorda Agamben, na primeira linha deles, ninguém menos que Carl Schmitt),⁴⁴ os quais indicavam como fonte imediata e primária o comando do Führer,⁴⁵ a Schutzhaft existia sem ter a necessidade de nenhum fundamento jurídico com base nas instituições e leis vigentes, sendo ela, na realidade, “um efeito imediato da revolução nacional-socialista”. Desta forma, por este e outros motivos, e, tendo em vista que os campos tinham lugar em um espaço de exceção, Agamben relata como o chefe da Gestapo, Diels, pôde afirmar: “Não existe ordem alguma nem instrução alguma para a origem dos campos: estes não foram instituídos mas um certo dia vieram a ser” (AGAMBEN, 2010, p. 165). Para um sistema que funcionava, afinal, no espaço da exceção, a mera aparência de legalidade era mais do que suficiente.⁴⁶

Pode-se, agora, devidamente refletir sobre o estatuto paradoxal do campo, entendido, nos termos de Agamben, como espaço de exceção: o campo é um pedaço de território, o qual é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas que, contudo, nem por isso se torna simplesmente um espaço externo. Portanto, aquilo que é nele excluído é, de acordo com

⁴⁴ Carl Schmitt chegou a ser declarado como sendo o “*Nazi Kronjurist*”, isto é, o “jurista coroado do Reich”. É, ironicamente, uma vez tendo sua utilidade na consolidação da ditadura totalitária de Hitler esgotada, foi, no entanto, logo em seguida descartado pelo regime que ajudou a erigir. Nesse sentido, segue o relato histórico de Joseph Bendersky (1983, p. 242): “Opportunism had certainly been a major factor in Schmitt’s National Socialist career, but equally important was his own belief that he could, as the *Nazi Kronjurist*, establish a constitutional framework for the Third Reich. To him, National Socialism was a precocious movement which required further development of its theoretical political and legal foundations. His attempt to provide such foundations along the lines of a traditional authoritarian regime was foredoomed, and he succeeded only in helping to consolidate a totalitarian dictatorship. Certain members of the party hierarchy had welcomed his support in the initial stages of the regime because his reputation lent an aura of respectability to the Nazi cause. But as soon as Schmitt attempted to exert any real influence, the struggle to eliminate him began. In 1936, *Deutsche Briefe* aptly summed up his predicament in Schiller’s phrase, ‘The Moor has done his duty, the Moor can go’”.

⁴⁵ Tanto que, conforme relata Hannah Arendt (1999, p. 35, grifo nosso), Adolf Eichmann constantemente bradava ser um mero “cidadão respeitador das leis”: “Será que ele se teria declarado culpado se fosse acusado de cumplicidade no assassinato? Talvez, mas teria feito importantes qualificações. O que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, *porque as ordens de Hitler*, que sem dúvida executou o melhor que pôde, *possuíam “força de lei”* no Terceiro Reich”.

⁴⁶ “Uma ordem diferia da palavra do Führer porque a validade desta última não era limitada no tempo e no espaço - a característica mais notável da primeira. Essa é também a verdadeira razão pela qual a ordem do Führer para a Solução Final foi seguida por uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem, ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei. Nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser um mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficientemente para dar a toda a coisa a sua *aparência de legalidade*” (ARENDDT, 1999, p. 167).

o significado etimológico de exceção, capturado fora, ou seja, é incluído a partir da sua própria exclusão. No entanto, como se sabe, aquilo que é capturado no ordenamento, desta forma, é o próprio estado de exceção, e, na medida em que este é um estado de exceção “desejado”, de acordo com o autor, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se, por fim, indiscernível da exceção (AGAMBEN, 2010, p. 166). Este contexto permite que Agamben (2010, p. 166) afirme, então, o seguinte:

O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente. O soberano não se limita mais a decidir sobre a exceção, como estava no espírito da constituição de Weimar, com base no reconhecimento de uma dada situação factícia (o perigo para a segurança pública): exibindo a nu a íntima estrutura de bando que caracteriza o seu poder, ele agora produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção. Por isso, observando-se bem, no campo a *quaestio iuris* não é mais absolutamente distinguível da *quaestio facti* e, neste sentido, qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que nele sucede é simplesmente desprovido de sentido. O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.

Como se observou acima, Hannah Arendt já havia enunciado como nos campos emergiu em plena luz o princípio que rege o domínio totalitário, o princípio segundo o qual neles “tudo é possível”. Esta colocação, por sua vez, somente pode tornar-se totalmente inteligível caso se entenda como os campos são, em verdade, constituídos por um espaço de exceção, no sentido proposto por Agamben, em que a lei não somente é suspensa em sua integralidade, mas como também, além disso, neles fato e direito se confundem sem resíduos, de modo que, desta forma, neles tudo se torna verdadeiramente possível. Aqueles que entram no campo moviam-se numa verdadeira zona de indistinção. Indistinção entre externo e interno, exceção e regra, lícito e ilícito, o que, por sua vez, terminava por tornar os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica desprovidos de qualquer sentido (AGAMBEN, 2010, p. 166). Trata-se, em verdade, da compreensão do fato inefável de que “Frente ao soberano não existem os sujeitos de direito, como pretende a cultura jurídica moderna, mas a vida nua ou sacra, matável” (BAZZICALUPO, 2017, p. 98).

Neste ilocalizável dos campos, nesta zona anômica preenchida pelo estado de exceção, aqueles que o habitam encontram-se completamente despojados de todo estatuto político-jurídico, reduzidos, portanto,

integralmente à vida nua. Por esta razão, pode-se afirmar, com Agamben (2010, p. 167, grifo nosso), que o campo é “[...] o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação”. Por isso, o campo é, também, “[...] o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política se torna biopolítica e o homo sacer se confunde virtualmente com o cidadão” (AGAMBEN, 2015b, p. 44). A biopolítica exercida no campo reduz a vida do sujeito à mais pura e absoluta nudez, a qual não é, porém, um fato extrapolítico natural, que o direito deve se limitar a constatar ou reconhecer. A produção da vida nua no campo se dá, precisamente, porque no campo a vida se encontra permanentemente em um limiar de indiscernibilidade entre fato e direito. Desta maneira, pode-se dizer, enfim, que a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção, criando, desta forma, conseqüentemente, o espaço no qual a vida nua e a norma terminam por se tornar indiscerníveis (AGAMBEN, 2010, ps. 167-169).

Assim, o diagnóstico benjaminiano segundo o qual “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso” (BENJAMIN, 2005, p. 83, grifo nosso) assume uma insuspeita atualidade. Porque, em última instância, isso significa que o campo é uma virtualidade que pode a qualquer momento se materializar,⁴⁷ e que os potenciais homini sacri de nosso tempo não são apenas os refugiados, mas, sim, todo e qualquer cidadão, os quais, uma vez enredados nesta teia, não irão encontrar realidade e concreção em nenhum dos sagrados e inalienáveis direitos humanos, pois estarão essencialmente privados de qualquer estatuto jurídico, expostos e abandonados a uma violência potencialmente absoluta e inderrogável.

⁴⁷ Se a essência do campo consiste de fato nesta materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço para a vida nua como tal, teremos que admitir, então, com Agamben (2015b, p. 45), “[...] que nos encontramos virtualmente em presença de um campo todas as vezes em que for criada uma estrutura semelhante, independentemente da entidade dos crimes que são ali cometidos e qualquer que seja a sua denominação e topografia específica. Será um campo tanto o estádio de Bari, no qual, em 1991, a polícia italiana amontoou provisoriamente os imigrados clandestinos albaneses antes de devolvê-los a seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os judeus antes de entrega-los aos alemães; tanto o campo de refugiados na fronteira com a Espanha, no qual morreu, em 1939, Antonio Machado, quanto as zonas d’attente nos aeroportos internacionais franceses, nos quais foram mantidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiado. Em todos esses casos, um lugar aparentemente anódino (por exemplo, o Hotel Arcades, em Roissy) delimita, na realidade, um espaço no qual o ordenamento normal é, de fato, suspenso e no qual o fato de que sejam cometidas ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do sentido ético da polícia que age provisoriamente como soberana (por exemplo, nos quatro dias em que os estrangeiros foram detidos nas zone d’attente antes da intervenção da autoridade judicial)”.

É necessário fazer, porém, uma importante advertência. Não se trata, de maneira alguma, a propósito dos argumentos empreendidos e das críticas aqui formuladas, de se negar os direitos humanos. Os direitos humanos, como ressalta Jürgen Habermas (2012, ps. 11-17), sempre surgiram primeiro a partir da oposição à arbitrariedade, à opressão e à humilhação, e se alimentam, desta forma, da indignação dos humilhados pela violação de sua dignidade humana,⁴⁸ de modo que os seus conteúdos são, à luz dos desafios históricos e às novas formas de violação, a cada momento atualizados, o que permite, por sua vez, tanto um maior aprofundamento do conteúdo normativo dos direitos já assegurados, quanto a própria descoberta e construção de novos direitos fundamentais. A dignidade humana funciona, nesse sentido, como um verdadeiro sismógrafo, que mostra aquilo que é constitutivo para uma ordem jurídica democrática, a saber, precisamente os direitos que os cidadãos de uma comunidade política devem se dar para que possam se respeitar de forma recíproca, como membros de uma associação voluntária de livres e iguais, tendo em vista, principalmente, que “Somente a garantia desses direitos humanos cria o status de cidadãos que, como sujeitos de direitos iguais, pretendem ser respeitados em sua dignidade humana” (HABERMAS, 2012, p. 17).

Portanto, negar a importância das declarações de direitos e a sua função emancipatória, isto é, como instrumento garantidor das liberdades públicas, como forma de resistência ao arbítrio e à tirania, pelo seu papel essencial no constitucionalismo moderno, pela sua constante busca por formas mais igualitárias e mais justas de existência, bem como também pelo seu indispensável conteúdo ético, voltado para a supressão das violências, das torturas e das humilhações e da valorização da alteridade, seria algo evidentemente cínico. Deve-se ressaltar, desta forma, de maneira explícita, que não é disto que se trata a presente argumentação. Trata-se, em verdade, como ressalta Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 284) em “Sobre os direitos humanos na era da bio-política”, de se tomar consciência, na esteira do pensamento de Giorgio Agamben, da função histórico-política do trinômio nação/nacionalidade, soberania e poder jurídico sobre a vida e, desta maneira, reconhecer as nefastas consequências desta combinação. Desta forma, o que

⁴⁸ Pois, conforme escreve Habermas (2012, p. 14, grifo nosso), “*A experiência da violação da dignidade humana tem uma função de descoberta* - por exemplo, em vista das condições sociais de vida insustentáveis e da marginalização das classes sociais empobrecidas; em vista do tratamento desigual de mulheres e homens no mercado de trabalho, da discriminação de estrangeiros, de minorias culturais, linguísticas, religiosas e raciais; também em vista do sofrimento de mulheres jovens de famílias de imigrantes que precisam se libertar dos códigos de honra tradicionais; ou diante da expulsão brutal de imigrantes ilegais ou dos que buscam asilo. À luz dos desafios históricos, em cada momento são atualizadas outras dimensões do sentido da dignidade humana”.

salta aos olhos é a percepção de que, ao lado da função emancipatória das declarações de direitos humanos, há, também, o seu reverso, o outro lado da moeda, que é caracterizado, por sua vez, pela indispensável percepção de que elas integram o dispositivo de abandono da vida nua à violência dos mecanismos de poder, dos quais todas as encarnações das vidas indignas de serem vividas⁴⁹ - à exemplo do refugiado, mas que, num país como o Brasil, os exemplos são tão mais numerosos do que este espaço permitiria enumerar -, dão, todos os dias, testemunho.

Há de se reconhecer, portanto, esta bifrontalidade presente na construção histórica dos direitos humanos, não para lhes acusar o fim, mas para, por meio da compreensão dos seus limites e deficiências, tentar encontrar modos ainda mais efetivos de emancipação, de graus mais intensos de liberdade e de formas políticas mais igualitárias. Nesse sentido, o que a presente pesquisa pôde encontrar como resposta é o problemático fato de que enquanto estiver vigente o sistema do Estado-nação, lastreado na teoria da soberania, as vidas que forem capturadas pelo seu dispositivo estarão desde sempre marcadas pelo signo da sacralização, o que significa, conforme o étimo, que elas tornar-se-ão sempre matáveis e insacrificáveis.⁵⁰ Logo, se acompanhamos a reflexão de Agamben, é porque, assim como ele,

⁴⁹ Dos torturados e desaparecidos pela ditadura civil-militar, até os(as) jovens negros(as) nas periferias das grandes cidades, conforme aponta Jeanne Marie Gagnebin (2010, ps. 185-186): “Esse passado que insiste em perdurar de maneira não reconciliada no presente, que se mantém como dor e tormento, esse passado não passa. Ele ressuscita de maneira infame nos inúmeros corpos torturados e mortos, mortos muitas vezes anônimos, jogados nos terrenos baldios ou nas caçambas de lixo, como foi o caso dos três jovens do morro da Providência no Rio, em julho de 2008. O silêncio sobre os mortos e torturados do passado, da ditadura, acostuma a silenciar sobre os mortos e torturados de hoje. Todos encarnam, mesmo que sob formas diversas, a figura sinistra ‘daquele que é reduzido à vida nua, isto é, de um homem que não é mais homem’ - ou melhor, que pode ser morto sem que seu assassinato seja castigado’, assim a definição do *Homo sacer* por Giorgio Agamben. O não saber sobre os mortos do passado instaura na memória um lugar de indeterminação cuja transposição atual se encontra nesses espaços indeterminados de exceção, situados no próprio seio do corpo social - e cuja existência nem sequer é percebida. Podemos citar Guantánamo, mas também lugares ditos mais ‘normais’ como os campos de refugiados, as salas de espera para os clandestinos nos aeroportos e, quem sabe, as assim chamadas periferias das grandes cidades”.

⁵⁰ Nesse sentido, é curioso notar como uma tal articulação se pronuncia até mesmo na sociologia de Zygmunt Bauman (2005, p. 45), o qual, a partir de um ponto de vista agambeniano, afirma: “Traduzindo tudo isso em termos seculares contemporâneos, diríamos que, na versão atual, o *homo sacer* não é nem definido por um conjunto de leis positivas nem portador dos direitos humanos que precedem as normas jurídicas. Pela capacidade que o soberano tem de se recusar a outorga de leis positivas e de negar a posse de quaisquer direitos de origem alternativa (incluindo os ‘direitos humanos’) - e, portanto, por sua capacidade de colocar de lado os *homini sacri* definidos pela retirada das definições legais -, a ‘esfera soberana’ é proclamada, conquistada, circunscrita e protegida”.

compartilhamos desta que constitui a sua preocupação medular, descrita aqui por Giacoia Junior (2008, ps. 288-289):

Justamente essa constitui a preocupação medular de Agamben, em *O poder soberano e a vida nua I*, assim como em *Estado de Exceção*: sua crítica radical da doutrina dos direitos humanos tem em vista liberar a política do paradigma do bio-poder, separá-la de sua vinculação sempiterna com o Estado e com o Direito. Essa preocupação se desdobra num exame minucioso sobre o laço entre soberania e vida nua, sobre a lógica paradoxal do abandono da vida ao poder soberano, que pretende dissolver o vínculo mítico e ancestral entre Direito e violência.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se primeiramente propor uma genealogia para a noção de sujeito de direito, a qual veio a dominar, na modernidade, os rumos da filosofia e da teoria do direito e, subsequentemente, a firmar-se como o substrato teórico sob o qual se fundou o moderno conceito de direitos humanos. Estes, por sua vez, mostraram-se, num primeiro momento, verdadeiramente emancipatórios, na medida em que se opunham a todas as formas de violência, desigualdade e opressão. Isto, contudo, conforme se tentou demonstrar na segunda parte da pesquisa, caracterizava apenas uma de suas facetas, pois, além desta função emancipatória, os direitos humanos, na forma como vieram a se impor na modernidade, também podem ser entendidos, a partir dos pressupostos biopolíticos apresentados, não como os “direitos extrajurídicos e supra-históricos” que serviriam para limitar as normas do direito positivo e a atuação discricionária e violenta dos Estados, mas, sim, como o principal dispositivo de inscrição da vida nua na estrutura dos próprios Estados - os mesmos em relação aos quais os direitos humanos deveriam servir como armadura, e do qual se busca diminuir, e não aumentar, nossa sujeição.

Pois, capturadas no âmbito do poder soberano, as vidas concretas que restam - a despeito do ser humano abstrato contido nas declarações formais de direitos humanos - são somente vidas nuas, o que pode ser dito tanto sobre as figuras que representam de forma mais evidente as insígnias da exclusão, como os apátridas e os refugiados, tanto quanto também potencialmente sobre os todos os cidadãos de um Estado-nação, visto que estes, enquanto se encontrarem soberanizados, isto é, capturados pelo bando soberano, serão sempre habitantes virtuais do campo, o qual pode, a qualquer

momento, vir a se materializar. O campo representa, desta maneira, enquanto dispositivo regulador oculto da inscrição da vida no ordenamento, “[...] o signo da impossibilidade de o sistema funcionar sem se transformar em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2015b, p. 46), para além das declarações e proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, como são os direitos humanos, em sua presente estrutura e funcionamento.

A questão que se impõe, desta forma, é: há, então, alguma saída? Que as coisas podem ser diferentes, já sabemos: o conceito de sujeito direito que hoje impera é de datação recente, como pudemos demonstrar por meio de um breve diálogo com a história do direito; não foi o conceito que vigeu no ocidente desde sempre, tampouco será o último. Nesse sentido, seguindo os apontamentos de Agamben, é necessário pensar, portanto, em uma política e um direito que vem, isto é, uma política e um direito para além do bando soberano, nos quais já não se pode mais enxergar nenhum rastro do ancestral vínculo mítico entre o direito e a violência, os quais, atualmente, seguem plenamente operantes. Então, e somente então, poder-se-á pensar, talvez, em um novo e mais livre devir, assim como, também, um outro estatuto e uma outra realidade para os direitos, sobretudo os direitos humanos, categoria, esta, tão eminentemente aporética, mas, igualmente, tão absolutamente necessária.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Stasis**: La guerra civile come paradigma politico. Homo sacer, II, 2. 01 ed. Italia: Bollori Boringhieri Editore, 2015a.

AGAMBEN, G. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015b.

AGAMBEN, G. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). Tradução de Selvino. J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDDT, H. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDDT, H. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDDT, H. **Essays in understanding: 1930-1954**. Edited by Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 1994.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Editora Vega, 1998.

ASSMANN, S. J.; BAZZANELLA, S. L. A máquina/dispositivo política: a biopolítica, o estado de exceção, a vida nua. *In*: LONGHI, A. J. **Filosofia, política e transformação**. São Paulo, SP: LiberArs, 2012.

BAUMAN, Z. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAZZICALUPO, L. **Biopolítica: um mapa conceitual**. Tradução de Luisa Rabolini. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2017.

BENJAMIN, W. Sobre o conceito de história. *In*: LÖWY, M. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das Teses por Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

BENDERSKY, J. W. **Carl Schmitt, Theorist for the Reich**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983.

BERCOVICI, G. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BITTAR, E. C. B. Democracia e políticas públicas de direitos humanos. **Revista USP**, n. 119, p. 11-28, 6 nov. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/151573>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRUNO, A. S. C. A biopolítica em Michel Foucault e Giorgio Agamben: modernidade, soberania e exclusão. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. 1.], v. 114, p. 605-632, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176604>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRUNO, A. S. C. Nos limiares do poder: notas sobre democracia e estado de exceção em Giorgio Agamben. **Profanações**, v. 6, p. 105-137, 10 jun. 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/prof/article/view/1896>. Acesso em: 28 ago. 2020.

CASTRO, E. **Introdução a Foucault**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

CASTRO, E. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. 1. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

CRETTEZ, X. **As formas da violência**. Tradução de Lara Chistina de Malimpensa e Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

DE LA DURANTAYE, L. **Giorgio Agamben**: a critical introduction. Stanford: Stanford University Press, 2009.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUARTE, A. **O pensamento à sombra da ruptura**: política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ESPOSITO, R. **Bios**: biopolítica e filosofia. Tradução de Wander Melo Miranda. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade 1: A vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, M. **Segurança, território, população:** curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. Revisão da tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GAGNEBIN, J. M. O preço de uma reconciliação extorquida. *In:* TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

GAGNEBIN, J. M. Apresentação. *In:* AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz:** o arquivo e a testemunha (Homo sacer III). Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

GIACOIA JUNIOR, O. **AGAMBEN, Por uma ética da vergonha e do resto.** São Paulo: n-1 edições, 2018.

GIACOIA JUNIOR, O. Sobre direitos humanos na era da biopolítica. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, p. 267-308, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 set 2020.

HABERMAS, J. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. *In:* **Sobre a constituição da Europa:** um ensaio. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** Coimbra: Edições Almedina, 2019.

HOBES, T. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner. Revisão da tradução por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUNT, L. The Revolutionary Origins of Human Rights. *In*: HUNT, Lynn (ed.). **The French Revolution and Human Rights: A Brief Documentary History**. Boston: Bedford Books, 1996.

JAEGER, W. **Paideia**: a formação do homem grego. Tradução de Arthur M. Pereira. Adaptação do texto para a edição brasileira Monica Stahel. Revisão do texto grego por Gilson César Cardoso de Souza. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KAFKA, F. Comunidade. *In*: KAFKA, Franz. **Narrativas do espólio**: (1914-1924). Tradução e posfácio de Modesto Carone. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KOTSKO, A. **Agamben's Philosophical Trajectory**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2020.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARX, K. **Sobre a questão judaica**. Apresentação e posfácio de Daniel Bensaïd; tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

NASCIMENTO, D. A. **Do fim da experiência ao fim do jurídico**: percurso de Giorgio Agamben. São Paulo, SP: LiberArs, 2012.

NAVES, M. B. **A questão do Direito em Marx**. 1. ed. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

NETTO, J. P. **Karl Marx**: uma biografia. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

SALZANI, C. **Introduzione a Giorgio Agamben**. Genova: Il nuovo melangolo, 2013.

VILLEY, M. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. Notas revistas por Eric Desmons. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VILLEY, M. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Prefácio de François Terré. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Revisão técnica de Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.